

6-0
75

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВознавство

Правові
системи
світу



ІНСТИТУТ ЗАКОНОДАВСТВА ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ім. В. М. КОРЕЦЬКОГО НАН УКРАЇНИ

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО
(правові системи світу)

НБ ПНУС



779184

Київ
Парламентське видавництво
2008

УДК 440.5
ББК 67.0
П59

Рекомендовано до друку Вченою радою Інституту законодавства
Верховної Ради України (протокол № 8 від 23 листопада 2007 р.)

Рецензенти:

В. Н. Денисов — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АПрН України;
М. П. Недюха — доктор філософських наук, професор

Відповідальний редактор О. В. Зайчук
Науковий редактор Н. М. Оніщенко

Колектив авторів:

Ю. С. Шемшученко — академік НАН України (передмова);
О. В. Зайчук — д-р юрид. наук, професор, член-кореспондент АПрН України (розділ 1 підрозділ 4 у співавторстві з Н. М. Оніщенко; розділ 2, підрозділ 4; розділ 4, підрозділ 2);
О. Л. Копиленко — д-р юрид. наук, професор, член-кореспондент НАН України (післямова);
Н. М. Оніщенко — д-р юрид. наук, професор, член-кореспондент АПрН України (розділ 1, підрозділ 4 у співавторстві з О. В. Зайчуком; розділ 3; розділ 5, підрозділ 1, розділ 5, підрозділ 2 у співавторстві з С. В. Гречанюк);
Ю. В. Зайчук — канд. юрид. наук (розділ 2, підрозділ 5);
О. Л. Богиніч — канд. юрид. наук (розділ 2, підрозділ 3);
Т. І. Тарахонич — канд. юрид. наук, ст. наук. співроб. (розділ 1, підрозділ 1);
Н. М. Пархоменко — канд. юрид. наук, ст. наук. співроб. (розділ 1, підрозділ 2);
О. Л. Львова — канд. юрид. наук (розділ 4, підрозділ 1);
Л. О. Макаренко — канд. юрид. наук (розділ 2, підрозділ 1);
В. Ю. Васецький — канд. юрид. наук (розділ 1, підрозділ 3);
В. В. Демічева — канд. юрид. наук (розділ 2, підрозділ 2 у співавторстві з К. П. Вовраженцевою);
К. П. Вовраженцева (розділ 1, підрозділ 5; розділ 2, підрозділ 2 у співавторстві з В. В. Демічевою);
С. В. Гречанюк (розділ 5, підрозділ 1, розділ 5, підрозділ 2 у співавторстві з Н. М. Оніщенко; розділ 5, підрозділ 3);
І. В. Міма (розділ 4, підрозділ 3).

НАУКОВА БІБЛІОТЕКА

Інв. №

77 91 87

© Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2008.
© Інститут держави і права ім. В. М. Корецького
НАН України, 2008

ISBN 978-966-611-629-4

ЗМІСТ

Передмова..... 7

Розділ I

РОМАНО-ГЕРМАНСЬКА ПРАВОВА СІМ'Я (система континентального права)

1.1. Історичні етапи виникнення, становлення та розвитку романо-германської сім'ї	8
1.2. Система джерел права у романо-германській правовій сім'ї	20
1.3. Права людини як одна із сутнісних характеристик романо-германської правової системи	50
1.4. Особливості розвитку та основні характеристики правової системи України	74
1.5. Правова система Республіки Білорусь: історія, сучасний стан та перспективи розвитку	116

Розділ II

АНГЛОСАКСОНСЬКА ПРАВОВА СІМ'Я (система загального права). ОСОБЛИВОСТІ АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

2.1. Історичні етапи виникнення, становлення та розвитку англосаксонської правової сім'ї	142
2.2. Система англосаксонського права. Основні форми (джерела) права	163
2.3. Права людини в англосаксонській правовій сім'ї.....	186
2.4. Розвиток та функціонування правової системи США	197
2.5. Правова система Канади (сутнісні риси та етапи розвитку)	212

Розділ III

ПРАВОВА СИСТЕМА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ (природа, сутність, риси та характеристики).....

220

Розділ IV

СІМ'Я РЕЛІГІЙНОГО ПРАВА

4.1. Мусульманська правова система (виникнення та розвиток мусульманського права, джерела мусульманського права, структура мусульманського права, місце прав людини у мусульманському праві)	243
4.2. Загальна характеристика індуського права. Основні джерела права та особливості правової діяльності.....	309
4.3. Іудейське право	330

Розділ V

СІМ'Я ТРАДИЦІЙНОГО ПРАВА

5.1. Загальна характеристика китайського права. Етапи формування, основні джерела, особливості правової діяльності	371
5.2. Загальна характеристика японського права. Етапи формування, основні джерела, особливості правової діяльності	399
5.3. Звичаєво-общинний (африканський) різновид правової системи	430
Післямова	460
Джерела	462

ПЕРЕДМОВА

Представлене монографічне видання є продовженням тематики, дослідженої у книзі «Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження)». Ця тематика є не тільки широкою і глибокою за своїм змістом, а й багатогранною. Саме цим і обумовлена необхідність наукового опрацювання проблем диференціації та уніфікації правових систем в умовах глобалізаційних процесів.

У запропонованій монографії систематизовані сучасні теоретико-методологічні та концептуальні підходи до аналізу правових систем сучасності, загальні тенденції їх розвитку з урахуванням соціальних особливостей. Йдеться, зокрема, про окремі правові сім'ї та правові системи світу, їх виникнення, розвиток, витоки, джерела, правові засоби захисту прав і свобод людини. Зазначається також, що порівняльне правознавство дає можливість розглядати право в історичному аспекті в контексті громадянського суспільства й системного зв'язку правових явищ, що збагачує варіантність правового розвитку кожної країни з урахуванням загальних тенденцій і визнанням принципу паритетності соціального статусу різних правових систем.

Особливістю цієї монографії є те, що предмет її дослідження не обмежується традиційним аналізом континентальної та англосаксонської правових систем. Розглядаються також мусульманська, індуська, китайська, японська та інші системи права.

Сучасна юридична компаративістика відкриває унікальні можливості для порівняння різних правових систем і сімей.

Ю. С. Шемшученко,
директор Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України,
академік НАН України

Розділ I

**РОМАНО-ГЕРМАНСЬКА ПРАВОВА СІМ'Я
(СИСТЕМА КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА)****1.1. Історичні етапи виникнення,
становлення та розвитку романо-германської сім'ї**

У світовому співтоваристві сформувалися та продовжують формуватися унікальні правові системи окремих держав і міждержавних утворень. Кожній державі притаманне власне право, яке відображає стан її розвитку на даному історичному етапі, фіксує властиві певному суспільству моральні ідеали, закріплює наявні традиції та вірування, відбиває особливості правосвідомості й правової культури. Різним державно організованим суспільствам властиві свої правові системи, які характеризуються своєрідними правовими конструкціями, власною системою джерел права, особливостями правотворчого та правозастосовного процесів, особливостями використання принципів права, співвідношенням приватного та публічного права.

В юридичній літературі розрізняють держави з одно-, дво-, трирівневими і паралельними (дуалістичними) правовими системами. Однорівнева правова система — це сукупність права, правової культури та юридичної практики окремо взятої унітарної держави, де вся територія поділяється на адміністративні одиниці, державно-правовий статус яких повністю визначається та регулюється правовою системою цієї держави (наприклад, Польща, Естонія, Білорусь тощо). Дворівневі правові системи виникають і формуються в державах зі складним державно-правовим устроєм, що враховує особливості автономних утворень (наприклад, Данія, Україна, Молдова) чи специфіку суб'єктів федерації (наприклад, Федеративна республіка Німеччина, Канада тощо). У державах із трирівневими правовими системами поряд з федеральними та регіональними правовими системами функціонує дворівнева система країв та областей, до яких входять автономні округи (наприклад, Російська Федерація). У державах із паралельними (дуалістичними) правовими системами, окрім офіційних правових систем, існують і здійснюють значний вплив на національне право системи, побудовані на релігійних віруваннях, звичаях, традиціях (наприклад, Індія)¹.

¹Мушкеико И. Н. Типология современных правовых систем: критерии и сравнительная характеристика // История государства и права. — Вып. 3. — 2007. — С. 36.

Спільні особливості правових систем різних держав є умовою їх об'єднання в правові сім'ї.

Правова сім'я — це сукупність правових систем, виділених на основі спільності генезису, джерел форм, закріплення та вираження норм права, структурної єдності, тотожності, спільності принципів регулювання суспільних відносин, єдності термінології, юридичних категорій та понять, а також техніки викладення та систематизації норм права².

М. Мірошніченко пропонує в процесі аналізу правових систем ширше використовувати системно-інформаційний підхід. У його рамках можливо органічно поєднати елементи речово-матеріальної моделі світу, яку дає нам діалектика, та інформаційно-комунікативної моделі світу, що дає синергетика. У загальнометодологічному аспекті синергетика орієнтована на динамічність, процесуальність, інтегративність та є продовженням системного підходу, який базується на діалектиці та інтегрує пізнавальний (описовий) і структурний (проекування систем) аспекти.

В основі системно-інформаційного підходу лежать принципи системності, саморозвитку, самоорганізації, комунікативної самодетермінації, взаємопереходу енергії творення в інформацію, яка в комунікативному процесі виступає системоутворювальною цінністю³.

Застосовуючи методологічні підходи до аналізу правових систем, в юридичній літературі можна виділити такі критерії класифікації правових систем різних держав:

- спільність генезису, що свідчить про спільні історичні корені виникнення та подальшого розвитку цих систем;
- спільність джерел, форм закріплення і вираження норм права; їх співвідношення, роль і значення в різних правових системах;
- структурна єдність і схожість будови нормативно-правового матеріалу;
- спільність принципів регулювання суспільних відносин на ідеях свободи, формальної рівності в одних правових системах і на релігійних, теологічних та інших засадах — в інших;
- єдність правничої термінології, юридичних категорій та понять, а також техніки викладення та систематизації норм права⁴.

²Теория государства и права: Учебн. для вузов / Отв. ред. В. Д. Перевалов. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, 2007. — С. 458.

³Мірошніченко М. Системно-інформаційний підхід у дослідженні правової системи // Право України. — 2006. — № 8. — С. 36–37.

⁴Кельман М. С., Мурашин О. Г. Загальна теорія права (з схемами, кросвордами, тестами): Підручн. — К.: Кондор, 2002. — С. 268.

Здійснюючи типологізацію сучасних правових систем, деякі науковці доводять необхідність створення «ідеальних типів» моделей, на підставі яких буде здійснюватися групування правових систем. Ці моделі повинні мати певні ознаки, за якими можна ідентифікувати реально наявні правові системи з відповідним типом. Розрізняють основні та додаткові ознаки таких моделей. До основних ознак належать: особливості інституційної, функціональної, нормативної частин, які визначають найбільш суттєві юридичні ознаки конкретного типу; наявність механізму правового впливу та відповідного рівня його нормативності. Серед додаткових ознак виділяють: характер правової норми та способів і форм її об'єктивації; наявність механізму забезпечення реалізації правових норм шляхом здійснення відповідної юридичної діяльності (особливо судової)⁵.

Аналізуючи різні підходи до класифікації правових систем, ряд науковців наголошують на тісному взаємозв'язку, який існує між категоріями «сутність права» та «цивілізація».

Є. О. Харитонов та О. І. Харитонova розрізняють світові та локальні цивілізації. Світові цивілізації аналізуються як певний етап в історії людства, що відображає рівень потреб, здібностей, знань, навичок та інтересів людини, спосіб виробництва, устрій політичних і суспільних відносин, рівень духовного розвитку та відтворення. Локальні цивілізації відтворюють культурно-історичні, етичні, етнічні, релігійні, економіко-географічні особливості окремої країни, групи країн, етносів, які пов'язані спільною долею і мають свій почерк і ритм, більш або менш синхронізований з ритмом світових цивілізацій.

Кожній локальній цивілізації відповідає своя «традиція права», що відбиває взаємозв'язок права з певною локальною цивілізацією та тлумачиться як сукупність правових цінностей, категорій, інститутів, норм, які протягом сторіч свідомо передавалися від покоління до покоління у певній цивілізації (культурі)⁶.

⁵ Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: Монографія / Кресін О. В. (керівник авт. кол.), Луць Л. А., Мережко О. О. та ін. / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, 2006. — Серія «Енциклопедія порівняльного правознавства». — Вип. 3. — С. 18–19.

⁶ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Деякі методологічні проблеми визначення типології національної правової системи України // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей / За ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна; Упор. О. В. Кресіна, О. М. Редькіна, за участі К. О. Чернічка. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, Таврійський національний університет ім. В. І. Вернадського, Київський університет права НАН України, 2006. — С. 229.

Романо-германська правова система виникла в континентальній Європі та формувалася на основі римського права, канонічних і місцевих правових традицій.

Римському праву відводиться визначальна роль в історії розвитку світових цивілізацій. Римське право, закріплюючи класові інтереси рабовласників, виявилось достатньо розробленою та абстрактною правовою формою, яка була пристосована для регулювання приватновласницьких інтересів.

В юридичній літературі виділяють таку періодизацію історії римського права.

Найдавніший період (VI ст. до н. е. — середина III ст. до н. е.). У цей період римське право характеризується національно-полісною замкненістю, архаїчністю, простотою основних інститутів права. Найдавнішими джерелами права в Римі були правові звичаї (*mores majorum*). З боротьбою патрициїв і плебеїв пов'язано прийняття перших писаних римських законів — Законів XII таблиць (близько 450 р. до н. е.), які стали основою загального для патрициїв і плебеїв єдиного квіритського (цивільного) права (*jus civile*), призначеного винятково для римських громадян. Вони були ще досить примітивними, фрагментарними, склалися у вигляді коротких висловів з різних питань права і містили норми стосовно процесу, сім'ї, власності, договорів, злочинів та не скасовували дії правових звичаїв. Іншим важливим джерелом квіритського (цивільного) права були рішення народних зборів, які набували форми закону (*lex*). З пропозицією про прийняття нового закону на зборах зазвичай виступали посадові особи (магістрати). Правового значення набували також рішення сенату (сенатус-консулти), а у виняткових випадках і постанови магістратів. Тлумачення законів, а також цивільного права до кінця IV ст. здійснювали понтифіки.

Класичний період (середина III ст. до н. е. — кінець III ст. н. е.). Римське право на кінець цього періоду досягає найвищого ступеня досконалості, стає класичним виразом суспільного розвитку та права приватної власності. На даному історичному етапі важливу роль продовжують відігравати закони. Але більш поширеним джерелом права в цей час стають едикти преторів, на основі яких, поряд із цивільним правом, виникають дві самостійні правові системи: преторське право (*jus praetorium*), яке характеризувалося спадковістю та стабільністю, і право народів (*jus gentium*). Ці правові системи були результатом правотворчої діяльності преторів. Особливу роль відігравали едикти преторів перегринів, які регулювали відносини між римськими громадянами та іноземцями

(перегринами). Створене преторами перегринів «право народів» було не міжнародним, а внутрішньодержавним. Останнім едиктом був «вічний едикт», складений юристом Юліаном у період між 125 і 138 рр. н. е., він був офіційно схвалений сенатус-консультом і став обов'язковим для всіх наступних магістратів. Відтоді преторський едикт перестає бути джерелом нових правових норм. До кінця I ст. н. е. нівелюється значення народних зборів, які поступово позбавляються права приймати нові закони. У перші роки імперії сенату було повернено законодавчу функцію, і сенатус-консульти почали виступати як закони, вони склалися від імені принцепса і часто називалися його іменем. У II ст. н. е. юристи обґрунтували положення, відповідно до якого римський народ передав свою законодавчу владу імператорам. Закони імператорів (конституції) стають найважливішим джерелом права, вони не були обмежені територією міста чи окремої провінції. Своєрідним джерелом розвитку римського права стає діяльність юристів. Юристи республіканського періоду вперше здійснили спробу узагальнити судову практику, систематично виклавши цивільне право і склавши перший коментар преторського права. В епоху принципату юристи відіграють більш активну роль у розвитку юридичної доктрини і практики. Важливого значення набуває викладацька діяльність юристів. У I — на початку II ст. н. е. виникають дві основні школи права: сабін'янці та прокуль'янці, які викладали право та давали тлумачення деяким правовим інститутам. Важливе місце серед численних праць римських юристів займали інституції, коментарі цивільного і преторського права, а також дигести. Поступово імператор установив порядок, відповідно до якого лише думки певних юристів мали обов'язкову силу.

■ *Посткласичний період (IV–VI ст. н. е.)*. На процес розвитку римського права в цей період впливає розпад рабовласницького суспільства й державності та формування нових феодалних відносин у східній частині Римської імперії (Візантії). У період домінації найістотнішого значення набуває законодавство імператорів. Нове покоління юристів втрачає право давати обов'язкові консультації. Судді повинні були з'ясовувати загальну думку лише п'яти юристів: Папініана, Павла, Ульпіана, Модестіна і Гая. Втрата римським правом свого динамізму, стирання меж між цивільним і преторським правом, з одного боку, та «правом народу» — з іншого, створили сприятливі умови для проведення кодифікаційних робіт. Першу офіційну кодифікацію імператорських конституцій здійснено у 438 р. Основні систематизаційні роботи проведено в 528–534 рр. після падіння Західної Римської імперії. У результаті було

створено збірники римського права. Пізніше ці збірники набули форми Зводу законів Юстиніана (*Corpus juris civilis*). Кодифікація Юстиніана стала підсумком усієї історії римського права⁷.

Розвиток суспільства загалом та його правової системи зокрема здійснювався поетапно. Кожний новий етап розвитку вбирав у себе досягнення попередніх цивілізацій. Перш за все, йдеться саме про рецепцію римського права, насамперед, приватного. З публічного права найчастіше запозичувалися окремі зовнішні форми його прояву, певні процедури та окремі рішення. Головним чинником рецепції була необхідність впливу більш високої за рівнем розвитку цивілізації на менш розвинену правову систему. На перебіг цього процесу в різних державах впливали й інші фактори, а саме: рівень економічного розвитку, геополітичне становище, світогляд, ментальність тощо, які прискорювали чи навпаки уповільнювали процес рецепції.

Найважливішими формами рецепції римського права були: вивчення римського права як надбання культури; дослідження, аналіз і коментування юридичних джерел, використання норм позитивного права в процесі прийняття нормативно-правових актів і методики їх створення та застосування; сприйняття і використання термінологічних понять та основних ідей, накопичених попередніми поколіннями тощо.

Серед видів рецепції римського права виокремлюють: по-перше, прямі (первинні), які здійснюються шляхом прямого, безпосереднього контакту в часі, та похідні (вторинні) рецепції, що відбуваються опосередковано, шляхом запозичення положень та ідей окремої правової системи, в якій уже відбувся процес рецепції раніше; по-друге, рецепція може бути не лише явною, а й латентною (прихованою). Такий процес відбувається у тих випадках, коли запозичення певних ідей, засад, принципів рішень відбувається на основі вже відомої раніше правової системи, але з проголошенням принципово іншого підходу до неї.

Розглядаючи загальні положення рецепції римського права, вчені виокремлюють східноєвропейський (візантійський) та західноєвропейський типи рецепції римського права.

Для східноєвропейського (візантійського) типу рецепції римського права характерними є такі ознаки: ґрунтується на одній, чітко встановленій ідеологічній основі; не має, як правило, глибокої науково-теоретичної бази; проводиться «за ініціативою зверху», не обов'язково зумовленою

⁷ Глиняний В. П. Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посіб. / 5-те вид., перероб. і доп. — К.: Істина, 2005. — С. 190–197.

потребами суспільства або навіть усупереч його потребам; обмежується кількома видами форм рецепції, найчастіше — обранням зразків для наслідування.

Західноєвропейський тип рецепції римського права має такі ознаки: ґрунтується на плюралізмі політичних та правових думок; має надійне методологічне підґрунтя; є компромісом дії різних політичних, економічних, соціальних сил; відбувається внаслідок «ініціативи знизу» (як реалізація соціальних, культурних, економічних та інших потреб)⁸.

Процес упровадження інститутів романо-германської правової системи в різних країнах світу відбувається двома основними шляхами: шляхом колонізації європейськими державами інших держав, що свідчить про насильницьку експансію романо-германської правової сім'ї; шляхом добровільної рецепції іншими державами основних принципів і положень романо-германської правової системи.

Досить тривалий час навколо структури та змісту романо-германської правової сім'ї, приналежності до неї тієї чи іншої правової системи відбувалася (і досі відбувається) дискусія. Особливо гострим питанням було віднесення до неї національного права більшості латиноамериканських та африканських держав, таких як Японія, скандинавські країни⁹.

Деякі науковці стверджують, що правові системи афро-азіатського регіону, взаємодіючи з мусульманським і звичаєвим правом, відрізняються від класичного романо-германського зразка та формують своєрідні змішані правові системи. Різновидом змішаних правових систем є гібрид романо-германського та англо-американського права (наприклад, штат Луїзіана, провінція Квебек, Шотландія, Філіппіни тощо).

Багатоаспектність, мінливість, мобільність та неоднозначність складу романо-германської правової сім'ї відбивається не тільки на її структурі, а й на її назві. Досить часто в процесі аналізу правових систем країн Європи використовують три такі назви:

– романо-германська правова сім'я. Ця назва є найпоширенішою в порівняльному правознавстві та сформувалася в результаті діяльності університетів латинських і німецьких держав;

– сім'я континентального права. Назва свідчить про принципову різницю, яка існує між романо-германським правом, що виникло на Євро-

⁸ Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право: Підручн. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — С. 128–131.

⁹ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. Учеб. пособ. — М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. — С. 28.

пейському континенті, та загальним правом, що виникло на Британських островах;

– сім'я цивільного права. Виникнення назви пояснюється тим, що романо-германська правова система ґрунтується на основах римського цивільного права, що визначає своєрідність даної правової сім'ї¹⁰.

Правові системи країн континентальної Європи з огляду на специфічні ознаки поділяються на дві групи: романську та германську. До першої групи належать правові системи Франції, Італії, Іспанії, Бельгії, Люксембурга, Голландії, до другої — Німеччини, Австрії, Швейцарії та інших держав.

М. В. Савчин виділяє ряд характерних особливостей, які притаманні романському та германському праву. Для романської правової сім'ї характерними є такі ознаки: рецепція римського права відбувається поряд із розвитком права кутюмів; формальний характер права, висока частка догматизму, чітка та доступна мова законодавства, переважає лаконічна форма викладу судових рішень; мають місце особливості в структурі публічного права; адміністративне право розглядається як система законодавства, що регулює діяльність органів виконавчої влади та комун; наявність інституційної системи кодифікації приватного права та його дуалізм, поява нового масиву законодавства; конституційний контроль здійснюється конституційною та державною радами; відбувається спеціалізація юридичної професії та диференціація підготовки юридичних кадрів.

Для германської правової сім'ї характерним є: рецепція римського права поряд із значним впливом старогерманського права; менш формалізований характер германського права, визнання впливу прецедентного судового права на розвиток законодавства; особлива структура публічного права, що характеризується відродженням традицій парламентаризму, дифузією публічної влади тощо; пандектна система кодифікації приватного права та його моністичний характер, розгорнута техніка відсилань, застосування застережень, загальних принципів права; специфіка правової інфраструктури, що передбачає централізований конституційний контроль, диференціацію загального судочинства, уніфікацію системи підготовки юридичних кадрів поряд із спеціалізацією юристів¹¹.

Романо-германська правова сім'я має тривалу історію становлення. Першим періодом у її формуванні вважається період, який передує XIII ст.,

¹⁰ Порівняльне правознавство: Підручн. / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов / За ред. В. Д. Ткаченко. — Х.: Право, 2003. — С. 47–49.

¹¹ Савчин М. В. Порівняльне правознавство. Загальна частина: Навч. посібн. — К.: Центр павчальної літератури, 2005. — С. 149–150.

коли робилися перші спроби синтезувати розрізнені елементи системи, що мали характер звичаєвого права¹².

Досить широко використовувалися кодекси, дигести та інституції Юстиніана, а також інші, оновлені відповідно до нових історичних умов, джерела римського права. На території нинішніх європейських держав застосовувалися різні звичаї як набуток народу, племені, продукт колективної совісті, а не вираз свідомої волі чи розуму¹³ та закони варварів (закони германських, слов'янських та інших племен), які не піддавалися систематизації, комплексному вивченню та узагальненню.

У цей період право існувало лише формально, оскільки важливе значення мав арбітраж, який прагнув не стільки надати кожному те, що справедливо йому належить, скільки забезпечити мирне співіснування окремих груп і суспільства в цілому. Система правосуддя була розрізненою та аморфною. У судовому процесі мало місце звернення до надприродного з використанням інквізиційної системи доказів (судження боже, клятви сторін, процедура очищення, судові випробування тощо), не було забезпечено виконання судових рішень¹⁴.

Процес формування сім'ї тривав і після XIII ст. та був пов'язаний із вивченням римського права в італійських, французьких та германських університетах, які створили на основі Зводу законів Юстиніана загальну для багатьох Європейських держав юридичну науку.

Процес рецепції римського права обумовлювався різними причинами економічного, політичного та іншого характеру. Насамперед це географічна спільність генезису; часова відповідність періоду розвитку римського приватного права та формування ідей християнства; поступове поживлення господарської сфери, зростання товарного обігу, для впорядкування якого звичаєвого права вже було недостатньо, зародження буржуазних елементів міського населення та необхідність сильної централізованої держави тощо.

Термін «рецепція» походить від латинського терміну *receptio*, що означає сприйняття. Рецепція спочатку мала доктринальні форми: римське право безпосередньо не застосовувалося, вивчався його понятійний ряд, розвинена структура, внутрішня логіка та юридична техніка¹⁵.

¹² Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право) / Перевод с англ. М. А. Крутоголова и В. А. Туманова. — М.: Прогресс, 1967. — С. 53.

¹³ Порівняльне правознавство: Підручн. / С. П. Погрібняк, Д. В. Лук'янов / За ред. В. Д. Ткаченко. — Х.: Право, 2003. — С. 52.

¹⁴ Марченко М. Н. Вказ. праця. — С. 31–32.

¹⁵ Саидов А. Х. Сравнительное правоведение. — М.: Норма, 2006. — С. 206.

Традиція вивчати право в німецькі університети прийшла від італійських університетів, де римському праву надавалося першочергове значення. Більше того, германські університети спочатку створювалися як теологічні коледжі, в них викладалося канонічне право, засноване на римському праві.

Процес рецепції римського права в середньовічній Німеччині набув гіпертрофованого характеру порівняно з іншими державами, правові системи яких належать до романо-германського права. На думку М. М. Марченка, у зв'язку з нерівномірністю впливу римського права на національні правові системи, складові романо-германського права, його лише умовно можна вважати юридичною, інтелектуальною та методологічною базою цієї правової системи¹⁶.

Німецька середньовічна правова система відзначалась відокремленням комплексу правових норм, що впорядковували вищий феодальний стан і називалися *ленним правом*, та комплексу норм, що регулювали питання території, землі та називалися *земським правом*. Ленне, земське, міське, канонічне право в Німеччині регулювали одні й ті самі відносини (майнові, спадкові, шлюбно-сімейні тощо) по-різному, залежно від станової належності суб'єкта, території, право якої на неї поширювалося.

Проте не можна заперечувати той факт, що середньовічному праву, поряд із схильністю до судових процедур, були притаманні правові принципи та інститути, що формувалися як на базі норм звичаєвого права германців, так і на основі законотворчої діяльності німецьких імператорів у XII–XIII ст. та у відродженому варіанті у XVI ст.¹⁷

На стадії доктринальної рецепції римського права романо-германська правова сім'я формувалася винятково як продукт культури, незалежно від політики та діяльності державної влади.

Рецепція римського права тісно пов'язана з діяльністю Болонського університету, студентам якого читалися та коментувалися джерела права. Тлумачення джерел права надавалися в лекціях, а самих інтерпретаторів — глосаторами¹⁸.

¹⁶ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права: Учебн.: В 2-х т. — Т. 2. Право. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, Проспект, 2007. — С. 59–60.

¹⁷ Глиняний В. П. Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посіб. / 5-те вид., перероб. і доп. — С. 394.

¹⁸ Хашматулла Бехруз. Введение в сравнительное правоведение: Учеб. пособ. — О.: Юрид. лит-ра, 2002. — С. 77–78.

Поряд із тлумаченням римського права в університетах, значна роль відводилася канонічному праву. На думку Х. Бехруза, канонічне право — це сукупність рішень церковних соборів, постанов та інших актів папи римського, за допомогою яких регулювалися питання внутрішнього життя церковних організацій, а також деякі питання сімейних, шлюбних і майнових відносин¹⁹.

Канонічне право як система канонів, правил, встановлених церквою, базувалося на принципах римського права, вивчалось в університетах поряд із римським цивільним правом²⁰.

Період з XIII по XIX ст. характеризувався як період боротьби католицької церкви за свою необмежену владу в суспільстві. Це був період інквізиції, яка відіграла роль судово-поліцейської установи, що використовувала різноманітні методи впливу на навколишнє середовище і мала основним завданням боротьбу з ересями. Найбільшого свого розквіту інквізиція досягла в Іспанії²¹.

На розвиток загальноєвропейської правової традиції значний вплив мали так звані хартії міської свободи, що містили норми конституційного, кримінального, торговельного та іншого права та регулювали взаємовідносини міста та сеньйора, на землях якого воно розташовувалося. Прикладом може слугувати магдебурзьке право як модель муніципального устрою для міст Німеччини та Центральної Європи.

Транснаціональний, космополітичний характер торгівлі призводить до появи норм, які регулюють товарно-кредитні відносини, порядок ведення транспортних документів, організацію та діяльність ділових асоціацій та спільних підприємств. Зазначена сукупність норм була покладена в основу торговельного права (*lex mercatoria*)²².

У університетських колах пріоритетне ставлення до римського права поступово змінюється, відбувається процес формування доктрини природного права, в основі якої закладено можливість існування поряд із приватним правом, що ґрунтується на нормах римського права, норм публічного права, що відображають невід'ємні права людини та свободу дій особистості²³.

У період відродження та просвітництва в Європі відбуваються суттєві зміни. Кожна держава прагне стати суверенною і самостійною, відбува-

¹⁹ Там само. — С. 78.

²⁰ Червошик В. И. Теория государства и права: Учебн. — М.: ИНФФА-М, 2006. — С. 602.

²¹ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. Учебн. пособ. — С. 34–35.

²² Порівняльне правознавство: Підручн. / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов / За ред. В. Д. Ткаченко. — Х.: Право, 2003. — С. 55.

²³ Там само. — С. 56.

ється процес націоналізації юридичної науки та законодавства, що призводить до появи у XVIII–XIX ст. писаних законів (кодексів). У Франції (1804 р.), в Німеччині (1896 р.), Швейцарії (1881–1907 рр.) з'являються перші цивільні кодекси, а потім кримінальні, кримінально-процесуальні, адміністративні, цивільно-процесуальні, торговельні тощо.

Значна увага, приділена в романо-германського сім'ї кодифікаційним процесам, дозволила впорядкувати чинне законодавство, внести зміни та доповнення до застарілих нормативно-правових актів, узгодити наявну множинність права, привести у відповідність багатоманітні звичаї, ліквідувати розрив між теорією та практикою.

Кодифікація романо-германського права характеризується тим, що має глибокі та міцні історичні корені; здійснюється як своєрідна юридична техніка, яка дозволяє втілити на європейському континенті ідеї школи природного права, завершити багатовікову еволюцію правової науки, чітко викласти, на відміну від хаоса компіляцій Юстиніана, право, яке б відповідало інтересам суспільства; має не локальний, а масштабний характер, охоплює практично всі галузі та інститути права; ґрунтується на власній ідеології²⁴.

Успіх у проведенні кодифікаційних робіт залежав від низки факторів. З одного боку, значна роль у цьому процесі відводилася суверену, який повинен був впроваджувати нові принципи справедливості, свободи індивіда, з іншого боку, потрібно було, щоб компіляційні процеси відбулися у державі, яка б мала значний вплив на інші держави. Прикладом проведення таких робіт була Франція у період наполеонівської експансії.

Здійснення кодифікації сприяло тому, що існуючі правові системи національного права були зведені до кількох типів, що сприяло посиленню ролі європейського співтовариства у світі. Кодифікація була однією з передумов поширення романо-германського права як в Європі, так і за її межами²⁵.

Суттєві зміни відбулися не тільки в системі джерел права, а й у самій системі права. У сфері приватного права мав місце процес злиття романизованого традиційного права з новітніми ідеями доктрини природного права; цивільне право пристосувалося до умов вільного ринку; економічний та соціальний прогрес обумовив появу антимонопольного законодавства та законодавства у сфері інтелектуальної власності; радикально реформувалося трудове, страхове та банківське право; з'явилися нові інститути

²⁴ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. Учеб. пособ. — С. 56.

²⁵ Давид Р. Вказ. праця. — С. 84–85.

права, що регулюють відносини у сфері космічної діяльності, генетичних досліджень та інформаційних технологій. Реформування системи державної влади, розширення прав і свобод людини та громадянина й інше призводить до радикальних змін в інститутах і галузях публічного права²⁶.

Слід підкреслити, що етапи, які пройшла романо-германська правова сім'я у своєму становленні та розвитку, дають можливість зрозуміти логіку використання тих чи інших джерел у цій системі та детальніше їх охарактеризувати з урахуванням поданої періодизації романо-германської правової сім'ї.

1.2. СИСТЕМА ДЖЕРЕЛ ПРАВА У РОМАНО-ГЕРМАНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СІМ'І

Тривалий час питання про систему форм права було неактуальним, на відміну від проблеми системи нормативно-правових актів. Правовий звичай розглядався лише в історичному аспекті, а прецедент — виключно як джерело буржуазного права.

Практика світового розвитку підтверджує, що сучасне суспільство з його складними відносинами може найефективніше управлятися за умови розвиненості всіх форм права, що утворюють єдину систему²⁷. У процесі конкуренції джерел права в межах певної правової системи відбувається відбір джерел, що забезпечують найефективніше регулювання суспільних відносин на тому чи іншому етапі суспільного розвитку.

Формування права може здійснюватися різними способами. У зв'язку з цим говорять про види джерел права. У формально-юридичному розумінні в нормативно-правовому акті норми права формуються уповноваженими органами держави; у правовому прецеденті вони формуються як обґрунтування рішення, прийнятого в результаті розгляду судом чи адміністративним органом конкретної справи, але тільки у межах питання, поставленого перед ними позовом, і відповідно до чинних законів або обов'язкових прецедентів; правові приписи у нормативно-правовому договорі є результатом згоди сторін з питань, які зачіпають їх інтереси, і закріплюють суб'єктивні права та юридичні обов'язки учасників договору; положення звичаю набувають правового характеру шляхом визнання

²⁶ *Порівняльне правознавство*: Підручн. / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов. — За ред. В. Д. Ткаченко. — Х.: Право, 2003. — С. 59.

²⁷ *Богдановская И. Ю.* Прецедентное право. — М.: Наука 1993. — С. 21.

чи санкціонування державою (а точніше — законодавчим чи судовим органом) існуючого звичаю²⁸.

Серед сучасних дослідників проблем теорії держави і права (зокрема, джерел права) не існує єдиного підходу до визначення переліку джерел права у формально-юридичному розумінні. Найпоширенішим є поділ джерел права на нормативно-правові акти, правові прецеденти, правові звичаї, нормативно-правові договори. Рідше джерелами права називають релігійні норми, правову доктрину, принципи права.

З позицій правового плюралізму держава у своїй законотворчій діяльності не може (та й не повинна) охопити все «живе право», яке діє в суспільстві. Одночасно з державною можуть існувати й інші правові системи (наприклад, «звичаєве право»)²⁹.

Оскільки предметом цього розділу є джерела права в юридичному значенні, необхідно зазначити, що історично першим джерелом права був правовий звичай, процес виникнення якого безпосередньо пов'язаний з виникненням держави. У первісному суспільстві людина діяла певним чином з огляду на зовнішні обставини, а періодичне повторення таких дій протягом тривалого часу призвело до виникнення звичаю діяти саме таким чином. Із поступовим ускладненням суспільних відносин звичай набуває характеру правила поведінки, якого в обов'язковому порядку дотримуються всі члени певної соціальної групи.

Особливістю даних норм є те, що вони не встановлюються рішенням органів держави, а виникають у результаті багаторазового застосування протягом століть, закріплюють людський досвід у свідомості людей і входять у звичку, існуючи у вигляді соціальних норм. Це джерело права з'явилося на ранніх етапах розвитку держави і права (у так званих полісах — містах-державах) і було спрямоване на регулювання сімейних, шлюбних, господарських, майнових відносин. Про важливу роль звичаїв у формуванні правових систем країн стародавнього світу свідчить те, що перші закони цих країн — це зібрання звичаєвих правил поведінки (Закони XII таблиць, Руська правда).

У різні часи проблемами звичаєвого права займалися М. Гримич, О. С. Добров, О. П. Іванівська, В. А. Камінський, А. Е. Кристер, О. Ф. Кістяківський, О. О. Малиновський, П. П. Чубинський, П. С. Єфименко, О. Я. Єфименко. В Українській (Всеукраїнській) Академії наук протягом

²⁸ *Топалевський Р. Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права: Авторсф... дис. к. ю. н. — Х., 2004. — С. 70.

²⁹ *Туманов В. А.* Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В. К. Бабаева. — Нижний Новгород, 1993. — С. 30–31.

1918–1934 рр. працювала Комісія для вивчення звичаєвого права України³⁰.

У соціальному значенні звичаєм називають неухильний, стереотипний вияв традиційних, успадкованих від минулого приписів, яких дотримуються у певному суспільстві чи групі, для членів якої він є звичним, прийнятним. Традиційне розуміння звичаю в системі джерел права в державах романо-германської правової сім'ї є визначеним у правовій доктрині. Що стосується практичного застосування, то від архаїчного права, формування мононом до сучасного правозастосування можливі певні своєрідні трактування, що неодноразово зазначалося в працях теоретиків-правників³¹.

Правознавці термін «звичай» трактують здебільшого як соціальну норму, правило поведінки, яке в результаті багаторазового тривалого застосування увійшло у звичку людей і таким чином регулює їхню поведінку. Тому звичай — це звичні (або звичаєві) норми. У ширшому значенні до звичаєвих норм відносять не тільки звичай, а й традиції, обряди, ритуали. До більшості традицій та обрядів право індиферентне. Водночас воно спирається на звичні форми поведінки, а в певних випадках закріплює їх у своїх нормах³². Тобто звичай слід відрізнити від традицій, які виникають на підставі міжгромадських зв'язків; дія традицій не обмежена суворо визначеною територією, вони відрізняються всезагальністю, на відміну від локальності звичаїв³³. Крім того, правовий звичай, тобто звичай, застосування якого забезпечується санкцією держави, варто відрізнити від звичаю, який становить моральну норму, релігійне правило тощо³⁴.

Поява соціальної нерівності, протилежних інтересів призводить до порушення звичаєвих правил поведінки окремими індивідами. Тому до-

³⁰ Критстер А. Е. Три ступені правоутворення; Каменський В. А. Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні; Гримич М. Дискусійні аспекти трактування терміна «звичаєве право» // Етнічна історія народів Європи: Збірник наук. праць. — Вип. 8. — К., 2001; Добря О. С. Правоутворення без законодавця (нарис з теорії джерел права). Частина перша: Звичаєве право // Праці Комісії для вивчення звичаєвого права України. — Вип. 2. — К., 1928. — С. 208–209.; Іванівська О. П. Звичаєве право в Україні. Етніотворчий аспект. Навч. посібн. — К., 2002; Малиновський О. О. Револьюційне радянське звичаєве право. — К., 1928. — 99 с.

³¹ Сунатаєв М. А. Правовой обычай как источник права в развивающихся странах // Источники права. — М.: Наука, 1985. — С. 47.

³² Общая теория права и государства: Учебн. / Под общ. ред. В. В. Лазарева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — С. 38.

³³ Гранат Н. Л. Источники права // Юрист. — 1998. — № 9. — С. 7.

³⁴ Марксистско-ленинская общая теория государства и права: В 4 т. — Т. 1. Основные институты и понятия / Отв. ред. В. М. Чхиквадзе. — М.: Юрид. лит.-ра, 1970. — С. 586.

сягти обов'язкового виконання звичаїв можна було тільки надавши їм захист з боку держави шляхом санкціонування (визнання). Відповідно, на відміну від звичаїв, реалізація правових звичаїв забезпечується засобами державного примусу. Крім того, в результаті санкціонування державою звичай набуває загальнообов'язкового характеру щодо його виконання, що означає можливість не тільки його поширення на всіх суб'єктів, а й гарантування виконання з боку держави.

У країнах, що розвиваються, можна виділити два рівня санкціонування звичаю державними органами. На першому рівні національне законодавство в узагальненій формі приписує, що суди повинні або можуть здійснювати юрисдикцію відповідно до звичаєвого права за певних передбачених законом умов. У судовому рішенні по конкретній справі звичай деталізується на другому рівні³⁵.

У сучасній теорії права виділяють дві форми санкціонування звичаю: посилання на нього у статті закону (так, у п. 1 ст. 19 Цивільного кодексу Російської Федерації зазначається, що громадянин набуває і здійснює права та обов'язки під своїм іменем, що включає прізвище і особисте ім'я, а також по батькові, якщо інше не впливає із закону або національного звичаю) або його визнання судовою, адміністративною практикою та використання як основи судового рішення. У таких випадках звичай набуває форми правового та забезпечується не тільки заходами суспільного впливу, а й можливістю примусу з боку держави.

Дискусійним є співвідношення понять звичаю та звичаєвого права (правового звичаю). Існує дві позиції: їх ототожнення — звичай — це правило поведінки (норма), що закріпилась у свідомості людини і використовується нею протягом тривалого часу; відмінності — звичай як ступінь розвитку будь-якої норми є виразом її певної усталеності та стабільності, а звичаєве право — це реалізація системи звичаїв з більш високою нормативністю та мірою обов'язковості. Звичай встановлюється стихійно, непомітно, а на розвиток звичаєвого права впливає діяльність органів та установ з управління родовим колективом, держави врешті-решт. Звичаєве право тісно пов'язане з владою, має підзаконний характер, чітке етнічне, регіональне забарвлення, спрямованість на саморегуляцію відносин в угрупованні³⁶.

³⁵ Сунатаєв М. А. Вказ. праця. — С. 47.

³⁶ Усенко І. Б. Правовий звичай як джерело українського права й об'єкт дослідження вітчизняних правознавців // Право в системі соціальних норм: історико-юридичні аспекти: Матеріали XIII історико-правової конференції (м. Чернівці, 20–22 травня 2005 р.). — Чернівці: Рута, 2005. — С. 41.

Правовий звичай має такі риси:

- природну основу виникнення. Створюється певною масою людей, пов'язаних спільністю економічних та правових умов життя, мови та національності, побуту та географічних умов;
- визначеність, тобто наявність конкретних ознак правил поведінки;
- неписаний характер:
 - загальність, тобто поширеність серед усього населення, або локальність — поширеність серед невеликих соціальних груп або в межах певної території. На думку М. О. Супатаєва, правовий звичай має не територіальний, а персональний характер. Він не відокремлюється від групової (етнічної, релігійної, соціальної) приналежності індивіда. Припинення членства в групі тягне за собою і вихід з-під юрисдикції місцевого звичного права³⁷;
 - тісний зв'язок з релігійними нормами, обрядами тощо;
 - безперервність дії протягом тривалого часу та одноманітність дотримання;
 - поступовість формування, що забезпечує врахування змін, які відбуваються в суспільних відносинах;
 - входить у звичку людини, що не дає можливості сумніватися в його необхідності;
 - поділ звичаїв на прогресивні та реакційні³⁸;
 - юридичну силу як визнання правила певною спільнотою та його санкціонування державою.

Норми звичаєвого права — це сформовані, конкретизовані вимоги, що регламентують поведінку суб'єктів звичаєвого права в їх взаємовідносинах. Ці норми визначаються загальнообов'язковими, причому ця обов'язковість ґрунтується як на внутрішніх факторах (загальному переконанні суб'єктів у їх правильності), так і на зовнішніх (зовнішній авторитет); мають загальний характер, який полягає в тому, що ці вимоги діють постійно за всіх однорідних умов, вимагаючи дотримання певних обов'язків, вони передбачають і надання певних прав; визначаються усталеністю з огляду на позитивний консерватизм³⁹.

Норму звичаєвого права можна визначити як обов'язкове загальне правило поведінки, що має офіційний характер та формальну визначеність, забезпечене можливістю примусу. Такі норми мають традиційну структуру (гіпотеза, диспозиція, санкція) і сконструйовані за традиційною формулою:

³⁷ Цит. за: Супатаєв М. А. Вказ. праця. — С. 47.

³⁸ Гранат Н. Л. Вказ. праця. — С. 7.

³⁹ Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І. Б. Усенко. — К.: Наук. думка, 2006. — С. 32.

«якщо — то, інакше». Отже, звичаєве право — це право у власному розумінні слова. У своїй сукупності норми звичаєвого права — це одна з відносно автономних правових систем, що складається з безлічі підсистем і елементів⁴⁰.

Звичаєве право виникає із ситуацій людської взаємодії, де кожний учасник керується передбаченням того, що робитиме інший і чого можна очікувати від нього. Тому у звичаєвому праві є щось схоже на елемент договору — його основним принципом є взаємність очікувань⁴¹.

Рене Давід залежно від ролі у правовій системі розрізняє три види звичаїв:

1. Звичаї *secundum legem* (доповнення до закону). Покликані полегшити з'ясування розуміння тих термінів і словосполучень закону або судового рішення, які вживаються в особливому значенні (наприклад, зловживання правом).
2. Звичаї *praeter legem* (крім закону). Застосовуються у випадку існування прогалин у праві.
3. Звичаї *adversus legem* (всупереч закону). Якщо існує колізія звичаю й закону, то перевага надається звичаю⁴².

Історія розвитку правових систем показує, що правовий звичай як додаткове формально-юридичне джерело права застосовується у випадках: 1) прогалин у позитивному праві за умови «мовчазної згоди» влади; 2) відсилання закону до звичаю; 3) прийняття на підставі звичаю судового чи адміністративного рішення.

У першому випадку за відсутності авторитетної вимоги законодавця вирішення правового питання відбувається у відповідності з оцінками закону, а якщо їх немає, ґрунтується на визнаних усіма та випробуваних часом правових переконаннях, заснованих на уявленні про справедливе і розумне⁴³. Існування правового звичаю та вирішення на його підставі правових питань є перехідним, тимчасовим явищем до моменту видання нового законодавчого акта.

У другому випадку правовий звичай є джерелом права при посиланні закону на його існування та застосування. У сучасному правовому регулюванні такий спосіб майже відсутній. В історії такі випадки існували. Наприклад, у ст. 85 Земельного кодексу УРСР 1922 р. зазначалося: при

⁴⁰ Там само. — С. 25.

⁴¹ Фуллер Л. Л. Апатомія права / Пер. с англ. — К.: Сфера, 2004. — С. 58–59.

⁴² Давид Р., Жоффре-Спінози К. Основные правовые системы современности. — М.: Прогресс, 1999. — С. 94–95.

⁴³ Лазарев В. В. Пробелы в праве. — Казань, 1969. — С. 47, 69.

поділі селянського двору частки землі мають бути визначені відповідно до звичаю, що існує в даній місцевості.

У третьому випадку звичаєві надавалися риси і сила закону, він фактично втрачав свою початкову природу і надалі вже навряд чи може розглядатись як такий. Подібного роду звичаї стоять набагато ближче до нормативних актів, що виходять від законодавця⁴⁴. Подібне можна, на наш погляд, стверджувати і стосовно запису звичаю у вигляді судового чи адміністративного рішення.

Сукупність правових звичаїв створює звичаєве право, розвиток і дія якого має різні тенденції в різних країнах світу: витіснення іншими джерелами як регулятора найважливіших суспільних відносин і обмежене використання в окремих сферах суспільного життя або визнання правового звичаю основним джерелом права. В останньому випадку це, як правило, країни, соціально-економічний розвиток яких відбувся еволюційним шляхом, з урахуванням успадкування основних державних і правових інститутів, розвитку науки і культури. У країнах романо-германської правової сім'ї, хід історичного розвитку яких часто змінювався в результаті революційних подій, використання правового звичаю має епізодичний характер, не відіграє істотної ролі в розвитку держави і права.

Нерозривний зв'язок правового змісту та юридичної форми дозволяє сформулювати принаймні чотири значення терміна «звичаєве право»: у юридичному значенні — як «протоправо», а в юридичних — власне право, сукупність правових звичаїв; локальне (місцеве, альтернативне) право; наднаціональне (міжнародне) право⁴⁵.

У сучасному суспільстві звичай стає складовою системи соціального контролю. Він належить до загальної системи соціальних інститутів і є фактором розвитку суспільних відносин. За домінуючого значення соціальних інститутів звичай не є істотним регулятором унаслідок динамізму соціального життя, розвитку промисловості, засобів масової інформації, урбанізації⁴⁶.

Використання правового звичаю як джерела права має обмежений характер також в силу консерватизму, субсидіарного значення, застосування лише у випадках, коли немає відповідних приписів закону і неможливості

⁴⁴ Марченко М. Н. Источники права: Учебн. — 2-с изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, «Проспект», 2005. — С. 491.

⁴⁵ Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І. Б. Усенко. — К.: Наук. думка, 2006. — С. 34.

⁴⁶ Гоффман А. Б., Левкович В. П. Обычай как форма социальной регуляции // Советская этнография. — 1973. — № 1. — С. 21.

впорядкування всіх сфер суспільних відносин. Тобто практичне значення звичаю полягає в тому, щоб полегшити розуміння закону, будучи доповненням до нього, стати змістом закону, тобто бути його джерелом⁴⁷.

Правовий прецедент (від лат. *praecedens* — той, що попереду) — джерело права, що виражене в об'єктивованому рішенні органу держави, містить юридичне положення або дає тлумачення спірного питання, або ж вирішує в певному розумінні непередбачене в законі питання, якому надається формальна обов'язковість при вирішенні всіх наступних аналогічних справ. При розгляді справи суддя повинен обов'язково врахувати обставини справи, у зв'язку з якими було прийняте попереднє рішення. Дотримання такого рішення має на меті досягнення високого рівня однаманітності судової практики. Офіційно вважається, що суддя не створює право, а вирішує справи згідно з чинними (у законі або в раніше вирішеній справі) правовими нормами. З іншого боку, приймаючи рішення, суддя формулює правило, для застосування якого в майбутньому обов'язковим є тлумачення, тому остаточно прецедент є результатом узагальнення судової практики з його застосування.

Структура правового прецеденту містить три елементи: встановлення конкретних обставин справи, правові принципи, які застосовуються при її розгляді і вирішенні та висновок у справі. Особливістю правового прецеденту як джерела права є те, що не все рішення є обов'язковим, а лише його частина *ratio decidendi*, що в перекладі означає сутність рішення, а на практиці це — сформульоване судом правило. *Ratio decidendi* містить правові принципи, які застосовуються для вирішення правових питань відповідно до конкретних обставин справи. Інакше кажучи, це аргументація судді з вирішення справи.

Судовий прецедент є обов'язковим для судів тієї ж або нижчої інстанції при розв'язанні аналогічних справ або є таким, що слугує прикладом тлумачення закону і не має обов'язкової сили. Ступінь обов'язковості прецеденту залежить від місця в судовій системі як суду, що вирішує справу, так і суду, чие рішення приймається за зразок.

Із середини ХХ ст. правовий прецедент як джерело права почав застосовуватися в країнах романо-германської правової сім'ї та зміцнювати позиції в країнах пострадянського правового простору.

Прецедентне право міжнародних судів є частиною системи права України. Європейський суд із прав людини є вищим судовим органом, незалежним від правових систем тих країн, які підписали Європейську конвенцію

⁴⁷ Гранат Н. Л. Вказ. праця. — С. 8.

з прав людини і основних свобод. Рішення цього суду з конкретних справ містять нові правоположення, що визнаються країнами-учасниками як судовий прецедент, який є обов'язковим для кожної з них. Оскільки Європейська конвенція є джерелом права в Україні, то її офіційне тлумачення, сформульоване Європейським судом, обов'язкове для вітчизняного правозастосовувача. Отже, визнання Європейської конвенції зумовлює появу правового прецеденту в правовій системі України. Рішення Європейського суду з прав людини є прецедентами, вони мають обов'язкову силу і для українських судів. Прецеденти міжнародних судів є джерелами права не тільки з питань тлумачення норм міжнародних договорів, а й як такі можуть у деяких випадках стати в нагоді при тлумаченні норм внутрішнього права. Все це дає нам право розглядати їх як джерела українського права⁴⁸.

У країнах романо-германської правової сім'ї, де прецеденти не визнаються джерелом права, практика (засоби, узвичаєння, прийоми) вирішення справ судовими й адміністративними органами державної влади та прийняття відповідних правових актів має характер з'ясування та роз'яснення змісту правових норм. Вищі судові інстанції узагальнюють таку практику, видаючи відповідні збірники (наприклад, збірники постанов Пленуму Верховного Суду України). Теоретичний аналіз судової практики здебільшого здійснюється в контексті досліджень судового прецеденту.

Судова практика в Росії офіційно набула значення самостійного джерела права лише після видання судових статутів 1864 р., які передбачали обов'язок суду не призупиняти розгляд рішення через неповноту чи суперечливість чинних законів, а вирішувати непередбачені законом випадки на підставі загального сенсу всього законодавства⁴⁹.

Нині постанови пленумів вищих судових органів влади містять норми процесуального характеру, які регламентують порядок застосування чинного законодавства за наявності специфічних обставин, що потребують цього застосування. Акти судових органів влади приймаються на основі узагальнення судової практики і статистики, мають на меті здійснення керівних роз'яснень судам із питань застосування законодавства, які є обов'язковими для судів та інших суб'єктів правозастосування, чий права у випадку їх порушення захищаються судом. Слушною є думка відомого правознавця Г. Кельзена: вільна законотворчість повністю виключається в судочинстві, оскільки, на відміну від законодавця, діяльність правосуддя повністю де-

⁴⁸ *Хорошковська Д. Ю.* Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: Автореф. дис... к. ю. н. — К., 2006. — С. 13.

⁴⁹ *Хяостов В. М.* Общая теория права. Элементарный очерк. — Вильно, 1914. — С. 27–32.

термінована й обмежена конституцією (законами) у напрямі поновлення порушеної законності. Невиконання правових приписів суду веде до скасування рішень, що не відповідають рішенням вищих судових органів⁵⁰.

В. Л. Кулапов та Д. Ю. Хорошковська розглядають судову практику як додаткове, другорядне джерело права, оскільки за її допомогою деталізуються та конкретизуються закони, виробляються правоположення⁵¹.

Рішення судів з визнання недійсними актів державних органів містять правоположення (прецеденти, тлумачення), які виробляються судовою практикою шляхом конкретизації вищої норми права в тих обставинах, що регламентуються спірною нижчою формою, і такі рішення суду є безпосереднім джерелом права. Нові правоположення, вироблені судовою практикою, узагальнені на пленарних засіданнях і виявлені в постановках Пленуму Верховного Суду як у джерелах права, містяться в таких двох групах постанов: а) створення прецеденту тлумачення норм права шляхом різних видів конкретизації; б) усунення прогалин у таких галузях права, де допускається використання аналогії права та/або аналогії закону.

Рішення Верховного Суду повинні підлягати опублікуванню у разі набрання ними законної сили, за цієї умови повинні визнаватися джерелами права. У таких рішеннях наявне нове суддівське тлумачення Конституції; можлива нова регламентація певних правовідносин; отже, правотворчий аспект забезпечений. Якщо нормативно-правовий акт не відповідає Конституції, відповідно не підлягає застосуванню, то цей факт повинен бути доведений до загального відома.

Особливе місце в системі правових актів загалом і джерел права зокрема посідають рішення конституційного суду. Проблему місця рішень і висновків конституційного суду в системі правових актів порушували в своїх роботах Г. А. Гаджиева, М. В. Вітрук, Є. П. Євграфова, В. Д. Зорькін, Т. Я. Хабриєва та ін.

Дехто з дослідників називає рішення конституційного суду джерелом права, яке вище за юридичною силою, ніж акти парламенту і президента, хоча й не визнають такими рішення судів загальної юрисдикції⁵².

⁵⁰ *Марченко М. Н.* Законы в системе англосаксонского права // Вестн. Моск. ун-та: Серия «Право». — 1999. — № 5. — С. 77.

⁵¹ *Теория государства и права / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько.* — М., 2001. — С. 381; *Литчик Л. Н.* К вопросу об источниках избирательного процесса как самостоятельной отрасли права // Право и политика. — 2002. — № 1. — С. 6–14.

⁵² *Баглай М. В.* Конституционное право Российской Федерации. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1998. — С. 27.

Таким чином, судові органи наділені правотворчими повноваженнями, по-перше, там, де судовий прецедент визнається джерелом права; по-друге, там, де прецеденти спонтанно, синергічно складаються і стають орієнтирами, іноді обов'язковими для суб'єктів права⁵³.

Нормативно-правовий акт — письмовий документ, прийнятий компетентним органом держави або уповноваженим суб'єктом, встановлює, змінює, припиняє чи конкретизує норми права, містить розпорядження загального характеру та постійної дії, розраховані на багаторазове застосування. У роз'ясненні Президії Вишого арбітражного суду України від 26.01.2000 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів» зазначено, що «нормативно-правовий акт — це прийнятий уповноваженим державним чи іншим органом у межах його компетенції офіційний письмовий документ, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, носить загальний чи локальний характер та застосовується неодноразово». Це правовий акт, що приймається органами державної влади в процесі правотворчості. У Конституції України визначено перелік форм нормативно-правових актів для кожного суб'єкта правотворчої діяльності, їх ієрархічне підпорядкування та порядок дії в часі, просторі та щодо кола осіб.

Нормативно-правовий акт має такі основні ознаки:

- відображає державні інтереси і спрямований на регулювання широкого кола найважливіших сфер суспільних відносин;
- має визначену структуру (може складатися з частин, розділів, статей, параграфів, пунктів, підпунктів) та зміст (назва, дата, місце і суб'єкт прийняття, підпис уповноваженої посадової особи, реєстраційний номер), визначену законом документальну форму закріплення;
- включає за змістом правила поведінки загального характеру, дія яких поширюється на невизначене коло суб'єктів;
- приймається чітко визначеним колом правотворчих органів;
- розробляється і приймається за чітко визначеним порядком;
- є обов'язковим для виконання, забезпечується системою державних гарантій, в тому числі й примусовими засобами;
- публікується у спеціальних виданнях (в Україні згідно з Указом Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» від 10.06.1997 р. офіційними друкованими виданнями є «Офіційний вісник України», «Відомості Вер-

⁵³ Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебн. — М.: Юристъ, 1996. — Т. 1. — Ч. II: Теория права. — С. 27.

ховної Ради України», «Урядовий кур'єр», «Голос України», «Офіційний вісник Президента України»);

- діє в часі, просторі та щодо кола осіб;
- має юридичну силу, що дає можливість визначити принципи підпорядкування та ієрархічної побудови системи нормативно-правових актів.

Юридична сила — основна властивість нормативно-правових актів, що полягає у здатності діяти і породжувати правові наслідки: виникнення, зміну або припинення правовідносин. Має два аспекти: співвідношення нормативно-правових актів між собою та обов'язковість виконання. З точки зору співвідношення встановлюється ієрархія, тобто чітка система підпорядкованості нормативно-правових актів. Це означає, що кожний акт має своє місце в загальній системі правових актів. Таке розташування нормативно-правових актів залежить від місця органу державної влади, який їх видав, у системі органів державної влади та наданих йому повноважень.

За юридичною силою нормативно-правові акти поділяють на закони і підзаконні правові акти.

Сукупність нормативно-правових актів утворює систему, яка має вертикальний і горизонтальний виміри. Вертикальний вимір характерний для федеративних держав, де існує загальнофедеративне законодавство і законодавство суб'єктів федерації. Горизонтальний вимір (поділ на інститути і галузі законодавства) характеризує системи нормативно-правових актів усіх країн.

Таким чином, нормативно-правові акти як джерело права мають ряд суттєвих специфічних ознак, що якісно відрізняють їх від інших джерел права. Зокрема, видання нормативно-правових актів є безпосереднім імперативним виразом волі державно-владних суб'єктів щодо регулювання найважливіших сфер суспільних відносин. Нормативно-правовий акт є консервативним за характером і має ускладнений порядок внесення змін та доповнень, а також підлягає тлумаченню у випадках нечіткості змісту, що не дає змоги уникнути його неправильного роз'яснення. Він найпоширеніший у країнах романо-германської правової сім'ї та є основним джерелом права в Україні.

З огляду на специфічні властивості нормативно-правові акти посідають особливе місце серед джерел права. Їх необхідно відрізнити від актів застосування і тлумачення права.

Закон — це нормативно-правовий акт, що прийнятий в особливому порядку органом законодавчої влади або на референдумі та має вищу юридичну силу та регулює найважливіші суспільні відносини.

Ознаки закону:

- приймається органом законодавчої влади — парламентом, спеціально уповноваженою громадською організацією або народом на референдумі;
- порядок його підготовки та видання визначається конституцією країни та регламентом парламенту;
- має вищу юридичну силу; відповідно всі підзаконні акти повинні відповідати йому і не суперечити його положенням;
- регулює найважливіші, ключові суспільні відносини: основи суспільного і державного ладу, права, свободи та обов'язки громадян, повноваження органів державної влади тощо.

Саме ці ознаки й виділяють закон у системі інших правових актів загалом і джерел права зокрема, надаючи йому верховенство. Змінити або скасувати закон має право тільки той орган, який його прийняв, причому в чітко встановленому порядку. Згідно зі ст. 85 Конституції України закони приймає Верховна Рада України.

Недостатність розробленості проблеми класифікації законів негативно позначається на практиці прийняття та дії законів, їх співвідношенні з підзаконними нормативно-правовими актами. Крім розподілу законів на конституційні та звичайні, федеральні та суб'єктів федерації, існує поділ на закони прямої дії та інші закони; на закони, що містять первинні правові норми, тобто такі, що призначені регулювати суспільні відносини, ще не врегульовані правом, які не створюються на підставі юридичних актів більш високого ступеня та з більш високою юридичною силою⁵⁴, і не містять такі; на закони, юридичний зміст яких становлять правові норми, і закони, основним змістом яких є правові принципи, закони-директиви, так звані рамкові закони⁵⁵; правові закони та неправові. Щодо останніх, то як критерій називають їх відповідність чи невідповідність змісту принципу правової рівності та свободи⁵⁶, або співвідношення заборон і дозволів⁵⁷. Але часткові класифікації не дають можливості охопити все розмаїття законів і виразити співвідношення одиничного, особливого та загального, яке повинно лежати в основі будь-якої класифікації. Натомість класифікація законів має з достатньою повнотою охарактеризувати різні ознаки законів, зв'язки між ними, за допомогою певних критеріїв знайти форми об'єд-

⁵⁴ Спасов Б. Закон и его толкование. — М.: Юрид. лит., 1986. — С. 59.

⁵⁵ Раянов Ф. М. Проблемы теории государства и права (юриспруденции). — М.: Право и государство, 2003. — С. 256–257.

⁵⁶ Нерсесянц В. С. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. — М.: Российское право, 1992. — С. 291.

⁵⁷ Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. — М.: Юристъ, 2001. — С. 371.

нання однорідних законів в окремі групи, а групи — у великі блоки всієї законодавчої системи.

Важливою характеристикою класифікації законів є її певна нормативна врегульованість, оскільки інакше неможливо відобразити розмаїття законодавчих актів і забезпечити їх реальну збалансованість, сувору впорядкованість законодавчої діяльності. Юридичне опосередкування класифікації законів надає її елементам нормативно-регулятивного характеру, оскільки воно безпосередньо впливає на практику створення різних видів законів і визначення їх ознак та зв'язків між ними⁵⁸.

Нормативна регламентованість законів надається, перш за все, в конституціях і регламентах, спеціальних законах.

Ю. О. Тихомиров пропонує побудувати класифікацію законів за такими критеріями: відповідно до кола регульованих суспільних відносин і способу впливу на них — таким чином створюються галузі законодавства; за юридичною силою; за структурою, що дозволяє розрізняти закони за ступенем узагальненості регулювання суспільних відносин і відповідно до структурної організації нормативного матеріалу (звичайні закони, кодекси, зібрання); за порядком видання; за сферою дії. За цільовим призначенням і змістом можуть бути виділені закони: інституційні, присвячені визначенню статусу державних, суспільних організацій; регламентаційні, які регулюють сферу суспільних відносин або їх комплекс; проблемно-ситуаційні, спрямовані на розв'язання певного завдання у межах певного періоду⁵⁹.

Відповідно класифікація законів може здійснюватися за різними критеріями.

За юридичною силою:

1) конституція (основний закон) — основоположний установчий політико-правовий акт, що закріплює конституційний лад, права і свободи людини та громадянина, визначає форму правління і державний устрій, правовий статус органів державної влади (наприклад, Конституцією України визначено, що вона має найвищу юридичну силу і закріплює коло суб'єктів нормотворчої діяльності);

2) конституційні закони — вносять зміни та доповнення до конституції та приймаються з питань, що передбачені й органічно пов'язані з конституцією (наприклад, Закон України «Про громадянство»);

3) звичайні закони — акти поточного законодавства, присвячені регулюванню різних сторін соціально-економічного, політичного та

⁵⁸ Тихомиров Ю. А. Теория закона. — М.: Наука, 1982. — С. 42.

⁵⁹ Там само. — С. 42.

духовного життя суспільства (наприклад, Закон України «Про електроенергетику»).

За суб'єктами законотворчості: закони, що приймаються представницькими державними органами влади; іншими органами влади, які займаються правотворчістю на основі делегування їм правотворчих повноважень від представницьких органів; уповноваженими громадськими організаціями (муніципальними органами, профспілками тощо); спільні (державних органів та інших соціальних структур); народом України (на референдумі).

За предметом правового регулювання: конституційні (Закон України «Про вибори народних депутатів України»), адміністративні (Кодекс України про адміністративні правопорушення), цивільні (Цивільний кодекс України), кримінальні (Кримінальний кодекс України), екологічні (Закон України «Про охорону атмосферного повітря») тощо.

За терміном дії: постійні (Конституція України) і тимчасові (Тимчасовий регламент Верховної Ради України), надзвичайні — їх дія обмежена в часі та залежить від існування відповідних, зазначених у цьому законі надзвичайних обставин.

За структурою: прості (Закон України «Про освіту»), кодифіковані (Житловий кодекс України, Основи законодавства України про культуру).

Головні критерії кодифікаційних актів: висока юридична цілісність і внутрішня узгодженість; стабільність і стійкість норм, що в них містяться; широке коло регульованих ними відносин⁶⁰.

Найменування «кодекс» застосовується для регламентації галузі права, комплексного законодавчого регулювання суспільних відносин в окремій сфері. Закон має регулювати всі основні суспільні відносини, що потребують стабільної регламентації у відповідній сфері, а кодекси регулюють суспільні відносини, що становлять предмет цілої галузі правової системи або важливої її частини; основи законодавства також є структурним способом концентрації законодавчого матеріалу, призначеного для регулювання відносин у будь-якій сфері. Обрання подібної форми акта відображає багаторівневу систему законодавства у федеративній державі та органічний зв'язок загальнофедеративних законів із законодавчими актами суб'єктів федерації.

За сферою дії: загальнодержавні, окремих адміністративно-територіальних одиниць (мають місце у федеративних державах).

⁶⁰ Сильченко Н. В. Кодификационные акты и их типы // Советское государство и право. — 1980. — № 10. — С. 122–126.

Підзаконні нормативно-правові акти містять норми, мають низку специфічних ознак, видаються тільки уповноваженими органами державної влади у визначеній формі з метою конкретизації та на виконання законів.

Незважаючи на те, що в нормативно-правовому регулюванні суспільних відносин визначальне місце посідає закон, підзаконні акти теж мають дуже важливе значення в житті будь-якого суспільства, відіграючи допоміжну і деталізуючу роль. Відповідно до Конституції України повноваження з прийняття підзаконних нормативно-правових актів закріплені за Президентом України (ст. 106), Кабінетом Міністрів України, міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади (ст. 117). В обмеженому обсязі та у випадках, передбачених Конституцією й законами України, право підзаконної правотворчості мають Верховна Рада України та Рада Міністрів Автономної Республіки Крим (ст. 135), голови місцевих державних адміністрацій (ст. 118), органи місцевого самоврядування (ст. 143, 144).

Виділяють такі види підзаконних актів, розташовані за ієрархією:

1. Укази Президента — результат правотворчої діяльності Президента підзаконного характеру. Обов'язкові для виконання на всій території держави, приймаються в межах президентських повноважень, передбачених Конституцією та конституційними законами, і водночас не повинні суперечити Конституції та законам. Акти Президента скріплюються підписами Прем'єр-міністра й міністра, відповідального за акт та його виконання, і тільки тоді набувають юридичної сили. Це принцип контрасигнування, відповідно до якого прем'єр-міністр чи міністр беруть на себе юридичну відповідальність за виконання даного акта. Президент, будучи главою держави, видає акти, які посідають наступне після законів місце. Завдяки указам глава держави реалізує повноваження та елементи свого правового статусу. Як правило, вони видаються для заповнення прогалин у праві. Акти Президента публікуються в офіційних виданнях.

2. Постанови Уряду — акти, що мають особливо важливе значення можуть бути прийняті тільки на підставі і на виконання законів, а також указів Президента. Змістом постанов уряду є норми права, що встановлюють основи управлінської діяльності в галузі фінансів, освіти, культури, охорони здоров'я тощо, що є головними напрямками його діяльності. Акти уряду підписуються прем'єр-міністром і підлягають офіційному опублікуванню протягом 15 днів із дня прийняття (наприклад, постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил роздрібної торгівлі нафтопродуктами» або «Про підвищення заробітної плати працівників культури та архівів»).

3. Накази, інструкції, положення тощо міністерств, відомств, державних комітетів — підзаконні нормативно-правові акти відомчого характеру, зміст яких не повинен суперечити законам і нормативно-правовим актам Президента і уряду.

Накази — розпорядчі документи оперативного характеру, якими, як правило, затверджуються або скасовуються інші підзаконні нормативно-правові акти або продовжується строк їх дії.

Інструкції встановлюють порядок застосування чинного законодавства або порядок здійснення будь-якої діяльності.

Положення, статuti затверджують правове становище, структуру, функції та компетенцію певної державної організації.

Ці акти приймаються на підставі та відповідно до законів, указів і розпоряджень Президента (Глави держави), постанов і розпоряджень уряду, регулюють суспільні відносини, що перебувають, як правило, у межах компетенції цієї виконавчої структури. Однак є серед них і такі, що мають загальне значення, виходять за рамки конкретного міністерства й відомства, стосуються широкого кола суб'єктів.

4. Рішення та постанови органів місцевого самоврядування — приймаються в межах компетенції і діють на території відповідних міст, районів, сіл, селищ, мікрорайонів тощо. Як правило, ці акти регулюють відносини у сфері громадського порядку, охорони здоров'я, торгівлі в межах відповідної адміністративно-територіальної одиниці.

5. Локальні нормативно-правові акти — розпорядження керівників державних і громадських організацій (у формі наказів та інструкцій), що прийняті у межах їхніх повноважень та регулюють їх службу і трудову діяльність.

Отже, вся сукупність законів і підзаконних нормативно-правових актів становить зміст поняття «система нормативно-правових актів».

Виникнення системи юридичних джерел права стає можливим внаслідок становлення і розвитку юридичної науки.

У період становлення системи джерел права не виникало сумніву у віднесенні доктрини (наприклад, у вигляді праць учених-юристів) до джерел права. Найяскравішим є період розквіту римського права, коли праці п'яти найвидатніших юристів (Папініана, Павла, Гая, Ульпіана та Модестіна) визнавали джерелом права, на них посилалися судді при вирішенні конкретних справ. Еволюція національних систем права та розвитку права в цілому зумовила певне зменшення ролі правової доктрини в системі джерел права. Сьогодні правові доктрини втілюються в рішеннях конституційних судів, мають значення на етапі розробки законопроектів та їх

прийняття. Законодавча практика України має приклад конкуренції правових доктрин під час розроблення та прийняття Цивільного та Господарського кодексів, що супроводжувалося гострою дискусією представників правових шкіл Києва, Львова та Донецька. Соціальні інтереси знаходять прояв у правових концепціях та ідеях і таким чином впливають на процес правотворчості й правову систему суспільства. Як правило, змістом правової доктрини охоплюються проблеми державотворення і правотворення, формулюються відповідні правові концепції, ідеї, поняття і категорії. Особливого значення правова доктрина як джерело права набуває в країнах, де з огляду на різні обставини існують істотні прогалини в праві, оскільки саме правові ідеї є фундаментом права, його основою і мають велике значення для процесу тлумачення права, прийняття нормативно-правових актів. До правової доктрини як джерела права вдаються суб'єкти правової діяльності у процесі вирішення конкретних питань, вживаючи, скажімо, формулу «відповідно до усталеної в науковій літературі думки».

Використання доктрини як основи судового рішення передбачає відсутність при розгляді справи необхідної норми закону, судового прецеденту чи звичаю. Тому роль доктрини важливіша на тих стадіях розвитку права, коли державна нормотворчість ще не набула достатнього розвитку. Сьогодні співвідношення законодавчих і доктринальних джерел права, порівняно із старим правом, може видатися іншим, але сучасне право й надалі залишається правом юристів, як цього вимагає традиція⁶¹.

На думку Рене Давіда, доктрина в наші дні, так само, як і в минулому, становить дуже важливе і життєдайне джерело права. Це знаходить прояв у тому, що саме доктрина створює словник і правові поняття, якими користується законодавець⁶². У системі юридичних джерел права фіксується специфічна юридична [під]мова, характерна для конкретної правової системи. Мова системи джерел права визначає подальший розвиток доктрини права, правової свідомості. Вербалізована правосвідомість згодом слугує шаблоном, моделлю для юридичної практики.

Доктрина впливає на методологію та практику правоутворення, тлумачення права і правозастосування; містить закономірності, за допомогою яких законодавець знаходить право, закріплюючи його у певних джерелах, і тлумачить нормативно-правові акти. У цих процесах доктрина створює вплив, перш за все, на самого законодавця, на його свідомість і волю.

⁶¹ Давид Р. Вказ. праця. — С. 104, 107.

⁶² Там само. — С. 143.

Сприймаючи положення, що містяться у доктрині у вигляді тенденцій та закономірностей, законодавець приймає відповідні рішення.

Тільки використання науки дозволяє орієнтувати юридичну діяльність на прогресивний розвиток права і держави, тобто на істинну необхідність.

Коли доктрина впливає на законодавця, вона виступає як непряме джерело права. Коли законодавець фіксує в нормах права досягнення науки, можна говорити про прямий вплив доктрини на прийняття закону⁶³. Наприклад, закріплення в Конституції України положення про найвищу цінність прав і свобод людини є свідченням закріплення основного положення природного права.

Існують випадки, коли правова доктрина виступає як безпосереднє джерело права. У країнах загального права судді іноді обґрунтовують своє рішення посиланнями на праці англійських учених⁶⁴.

Правова доктрина — це документ, що містить концептуально оформлені правові ідеї, принципи, розроблені вченими з метою вдосконалення законодавства та усвідомлені суспільством і визнані державою як обов'язкові. Правова доктрина не в усіх країнах є джерелом права, хоча значення наукових праць юристів для формування моделі правового регулювання визнається законодавцями багатьох країн⁶⁵.

Правова реформа в Україні, що триває вже декілька років, має на меті оновлення всіх сфер суспільних відносин, у тому числі й питань праворозуміння, правосвідомості, юридичної практики та системи джерел права. Прийняття нової Конституції та відповідне оновлення всього законодавства, ратифікація Європейської конвенції з прав людини стали підґрунтям для змін у правовій доктрині, утвердження принципу верховенства права.

Отже, правова доктрина у вигляді думок юристів була джерелом права у Стародавньому Римі. У країнах загального права судді часто обґрунтовують свої рішення посиланнями на праці англійських учених. Важливу роль відіграла правова доктрина у становленні й розвитку мусульманського права⁶⁶. Сьогодні значення правової доктрини як джерела мусульманського права зменшується, але зростає його роль як правотворчого фактора. Зокрема в конституціях багатьох мусульманських країн

⁶³ Гранат Н. Л. Вказ. праця. — С. 12.

⁶⁴ Тополевський Р. Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... к. ю. н. — С. 150.

⁶⁵ Скакуи О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — Х.: Консум, 2001. — С. 310.

⁶⁶ Уолкер Р. Англійська судєбна система. — М.: Юрид. лит.-ра, 1980. — С. 190–191.

(Єгипет, Кувейт, Афганістан) закріплено, що мусульманське право та його принципи є основним джерелом законодавства⁶⁷.

Принципи права є джерелами права у багатьох правових системах. Принцип (лат. *principium* — начало, основа) — початок, те, що лежить в основі певної сукупності фактів, теорії, науки. У межах теоретичного знання принцип означає вимогу розгортання самого знання в систему, де всі теоретичні положення логічно пов'язані між собою і впливають певним чином одне на одне. Будь-яка теоретична система знання ґрунтується на принципах, пов'язаних між собою⁶⁸.

Дослідженням змісту, ознак та відповідно класифікації принципів права займалися С. С. Алексєєв, А. І. Денисов, Л. С. Явич, П. М. Рабінович, А. П. Колодй, Т. І. Фулей та інші.

Втім досі відсутня єдина концепція принципів права як джерела права, визначення їх ролі у правовій системі. Роль принципів права в історії права, а також у межах правових сімей виконують божественна воля, розум, справедливість, права людини як найвища соціальна цінність тощо. Можна виділити три основні підходи до даної проблеми: традиційний, романо-германський та англосаксонський.

Традиційний підхід має дві особливості. З одного боку, тут ще немає поняття «принципи права», хоча існує комплекс засновницьких ідей, які фактично ними є. Це, перш за все, ідеї вічності та універсальності норм традиційного права. З іншого боку, відображаючи початковий процес формування права, ці ідеї з розвитком суспільства потребують уточнення. На думку Л. С. Явича, принципи права є орієнтиром правотворчої та правозастосовної діяльності органів державної влади. Їх дотримання забезпечує нормальний розвиток і функціонування правової системи. Тільки враховуючи принципи правової системи, діяльність із підтримання законності й забезпечення права досягає або може досягти тих соціальних завдань, які перед нею висуває суспільство та епоха⁶⁹.

Ці принципи досить різноманітні та забезпечують її зв'язок із правосвідомістю. Загальні принципи права (як джерела права) можуть бути знайдені як у законі, так і поза законом. У них зосереджується розуміння справедливості, характерне для певної епохи⁷⁰. На думку Л. В. Петрової, право має надюрідичну сутність. Це означає, що принципи права існують

⁶⁷ Сюккяйнен Л. Р. Доктрина как источник мусульманского права // Источники права. — М.: Наука, 1985. — С. 75.

⁶⁸ Філософський енциклопедичний словник. — К.: Абрис, 2002. — С. 519.

⁶⁹ Явич Л. С. Общая теория права. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1985. — С. 149.

⁷⁰ Давид Р., Жоффре-Стинози К. Вказ. праця. — С. 108.

і поза межами системи джерел права, як начала, які виражають найважливіші закономірності і є основою правової системи, становлять її головний зміст, мають вищу імперативність і загальну значимість, пронизують її внутрішню структуру і визначальним чином впливають на механізм зв'язку і взаємодії з іншими соціальними системами. Природне право є джерелом до- і надпозитивних правових принципів (право на свободу, власність, безпеку, опір гнобленню тощо), які можуть бути втілені в багатьох сотнях норм позитивного права, і правність таких норм ґрунтується саме на їхньому узгодженні з природним правом та його принципами. Якщо базуватися на висновку, що право виражає надпозитивну справедливість, її основний (свобода) і опосередковані (права людини) принципи, а конституційно свобода і права людини визнані нормами прямої дії і мають найвищу юридичну силу, то у випадку суперечності між (загальним) принципом і (спеціальним) законом їх вагомість вимірюватиметься на основі пріоритету принципу верховенства права перед законом⁷¹.

Правові принципи — об'ємна категорія, що об'єднує не лише принципи права, а й принципи правової системи, системи права та системи джерел права тощо.

Як принципи права нині розглядаються основні ідеї, вихідні положення процесу формування, розвитку та функціонування права⁷². Принципи права — це такі відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності та підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права й утворюють його головні риси, відрізняються універсальністю і загальною значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення певного суспільного ладу⁷³.

В. К. Бабаєв визначає принципи права як основні ідеї, засади, що віддзеркалюють сутність права й походять з ідей справедливості та свободи⁷⁴. На думку В. М. Хропанюка, загальні принципи права — це основні засади, які визначають найсуттєвіші риси права в цілому, його зміст і особливості як регулятора всієї сукупності суспільних відносин. Загальними принципами права він називає: принцип соціальної свободи, принцип соціальної справедливості, демократизму, гуманізму, рівноправності, єдності юридичних прав і обов'язків, відповідальності за вину, закон-

ності⁷⁵. В. І. Зажицький розрізняє наукові ідеї, що формулюються вченими та пропонуються ними на роль правових принципів, і власне правові принципи, вже закріплені в законодавстві⁷⁶. Принципи права, на думку Р. З. Лівшиця, — це, перш за все, ідеї, а також норми та відносини. У них синтезується світовий досвід розвитку права, досвід цивілізації. Принципи відіграють роль орієнтирів у формуванні права. Еволюція права веде від ідеї до норм, потім через реалізацію норм — до суспільної практики. Тому, починаючи з ідеї (а ідея часто формулюється у вигляді правового принципу), принцип визначає, спрямовує розвиток права. Правовий принцип не обмежується стадією правової ідеї. В період виникнення, формування правовий принцип збігається із правовою ідеєю. Згодом принцип перетворюється на інші форми правової матерії — норми та правові відносини. Одні принципи прямо закріплюються в нормах і стають принципами-нормами. Вони обумовлюються предметом регулювання, закріплюють основні положення правового регулювання (принцип розподілу влади). Принципи-норми можуть охоплювати всю систему законодавства, якщо їх закріплено в конституції; вони можуть поширювати свій вплив у межах певної галузі (галузеві принципи, що закріплюються в кодексах). Інші принципи не дістають прямого закріплення в нормі. Вони проявляються у кількох нормах. Це принципи, що виводяться з норм та обумовлюються методом регулювання. Цей метод діє через окремі правові рішення. Якщо їх підсумувати, то можна виявити їх спільну основу — принцип, що виходить із норм. Такі принципи мають або загальноправовий, або галузевий характер і особливо цінні при застосуванні права шляхом аналогії закону.

Принципи права поділяють за кількома критеріями: щодо їх значення для права; залежно від безпосереднього чи опосередкованого закріплення; залежно від сфери суспільних відносин, на які вони поширюються, та різного характеру суспільних закономірностей, що ними відбиваються.

Можна також виокремити три групи міжгалузевих принципів права, що характеризують ставлення: 1) до права і закону; 2) до людини як до вищої соціальної цінності; 3) до встановлення істини при вирішенні спорів⁷⁷. Залежно від характеру регульованих відносин виділяють такі принципи права: соціально-економічні, ідеологічні, етичні, релігійні та

⁷⁵ Хропанюк В. Н. Теория государства и права / Под ред. В. Г. Стрелкова. — М.: ДТД, 1995. — С. 215–218.

⁷⁶ Зажицький В. И. Правовые принципы в законодательстве Российской Федерации // Государство и право. — 1996. — № 11. — С. 93.

⁷⁷ Лившиц Р. З. Теория права: Учебн. — М.: Изд-во БЕК, 2001. — С. 196.

⁷¹ Петрова Л. В. Джерела права (Критичний методологічний досвід) // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 1 (8). — С. 73.

⁷² Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М. Н. Марченко. — М.: Зерцало, ТЕИС, 1996. — С. 295–299.

⁷³ Колодій А. М. Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — С. 138.

⁷⁴ Общая теория права: Курс лекций. — Н. Новгород, 1993. — С. 128.

соціально-юридичні (принципи загальнообов'язковості норм права, несуперечливості норм права, поділу правової системи на публічну та приватну, справедливості, законності, відповідності між об'єктивним і суб'єктивним правом тощо)⁷⁸.

А. М. Колодій розрізняє загальносоціальні та юридичні принципи права. Загальносоціальні принципи займають першу позицію, до них належать принципи суспільного і державного устрою, принципи соціального управління, що визначають найважливіші відправні положення у сфері формування та функціонування правової системи. Другу позицію посідають власне принципи права: законності, рівності громадян перед законом, єдності прав і обов'язків тощо. Ці принципи пов'язують зміст права з його основами — тими закономірностями суспільного життя, на яких побудована певна правова система. Вони спрямовують функціонування права, правову діяльність, визначають напрями юридичної практики, допомагають зрозуміти необхідність скасування застарілих, удосконалення і прийняття нових норм права.

На думку А. М. Колодія, принципи права, зумовлені найбільш важливими закономірностями суспільного розвитку і механізму правового регулювання, є нормативно-регулятивними основами, що мають найвищу імперативність і загальну значущість, визначають процеси правоутворення, правореалізації та правоохорони. Тому слід виділяти: принципи правосвідомості, правоутворення, правотворчості (законотворчості та нормотворчості); принципи системи права; загальноправові (основні); міжгалузеві; галузеві; принципи інститутів права тощо.

Основними юридичними принципами права є такі: верховенства права, яке, у цьому розумінні, повинно визначатись як визнання того факту, що право може існувати і поза інституціональною формою (нормативно-правовими актами) — у вигляді рівного та справедливого масштабу свободи, що виражається саме у принципах правосвідомості, які загальнозрозумілі та використовуються для самоврегулювання суспільних відносин; верховенства закону; точного та неухильного дотримання конституції, міжнародних договорів, законів і підзаконних нормативно-правових актів; справедливості, гуманності та демократичності законодавства і правосуддя тощо.

Під загальноправовими принципами права слід розуміти принципи, що є загальними для права у міжнародному, всесвітньому і загальнолюд-

ському його розумінні; загальні для всіх правових систем одного історичного типу та для правових систем однакового виду (правової сім'ї)⁷⁹. Т. І. Фулей відмежовує принципи позитивного права як його нормативні засади, що визначають сутність і спрямованість правового регулювання, від більш широкого за обсягом поняття правових принципів (принципів правосвідомості, правової доктрини) — основних, визначальних ідей правової системи. Відповідно пропонується така класифікація принципів права:

1. Загальнолюдські (загальноцивілізаційні) принципи права, що є придатними до застосування у будь-якій системі права.
2. Загальні принципи права (для кількох систем права) — однойменні принципи в основних національних правових системах світу, яким притаманні певні особливості та можливості застосування як у внутрішньому, так і в міжнародному правопорядках. Серед них можна виділити: загальні принципи права для кількох національних систем; загальні принципи права для національних систем та міждержавних утворень (наприклад, Європейського Союзу).

3. Принципи системи права, серед яких принципи міжнародного права, принципи внутрішньодержавного права (загальноправові)⁸⁰.

Загальним принципом права приділяється підвищена увага у Франції, де вони знайшли своє законодавче закріплення в Декларації прав людини і громадянина 1789 року та інших конституційних актах. Ідеться про принцип національного суверенітету, вираження у законі загальної волі, свободи дій, встановлення у законі лише тих покарань, які необхідні, тощо. У Конституції Іспанії закріплені: принцип законності, 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 тощо. При цьому деякі загальні принципи визнаються як можливі джерела права. Свого розвитку ці принципи права («генеральні») набувають в інших принципах права: демократизму, законності, національної рівноправності, гуманізму, рівності громадян перед законом, взаємної відповідальності особи та держави⁸¹.

Загальні принципи права дістають закріплення не тільки в конституції чи конституційних актах. У положеннях Угоди про ЄС також закріплені найважливіші принципи, спільні для правових систем держав-членів.

⁷⁹ Колодій А. М. Принципи права України. — С. 138, 160, 229.

⁸⁰ Фулей Т. І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Автореф. дис. ... к.ю.н. — К., 2003. — С. 10–12.

⁸¹ Іспанія. Конституция и законодательные акты. — М., 1982. — С. 32.

⁷⁸ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М. Н. Марченко. — М.: Зерцало, ТЕИС, 1996. — С. 295–299.

У правових доктринах країн Західної Європи визнаються загальні принципи права, що визначають юридичну силу норм європейського права, їх співвідношення з національним правом держав-членів: принцип належності правового порядку ЄС і одноманітного застосування права ЄС; принцип субсидіарності; принцип верховенства права ЄС; принцип прямої дії. Крім цього, виділяють принципи права, що визначають зміст і порядок прийняття всіх правових актів, що застосовуються в ЄС: принцип пропорційності; принцип охорони і захисту основних прав та свобод громадян; принцип правової певності; принцип відповідальності ЄС за шкоду, завдану його органами та персоналом; принцип законності у сфері управління; принцип недискримінації та рівності у поведженні; процесуальний принцип бути вислуханим тощо⁸².

Загальні принципи права в системі джерел права відбиваються у загальних принципах правової системи. Таким чином, вони існують одночасно в декількох підсистемах правової системи: у правосвідомості — більш абстрактні (які, як стверджується, не є джерелами права), а в системі джерел права — більш конкретизовані (які, за відсутності з певного питання джерел права, стають засобом для усунення прогалин у континентальному праві та є підставою для прецедентного права).

Федеральний Верховний суд і Федеральний Конституційний суд Німеччини своїми рішеннями проголосили, що конституційне право не обмежується текстом конституції, а містить також деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував у позитивній нормі, що існує надпозитивне право, яке зв'язує навіть установчу владу законодавця⁸³.

Загальні принципи права можуть бути покладені в основу правової системи певної країни. Зокрема, Цивільним кодексом Греції здійснення будь-якого права забороняється, якщо воно перевищує межі, встановлені доброю совістю або добрими звичаями, або соціальною чи економічною метою права⁸⁴.

У країнах романо-германського права принципи права вважаються джерелом права за умови праворозуміння, яке виходить із дуалізму позитивного та над- або допозитивного права, визнання прогалин позитивного права і вирішення справ при прогалинах на підставі аналогії права.

⁸² *Садовская О. Н.* Правовая система Италии: общетеоретическая характеристика основных элементов. — Дис. ... к. ю. н. — О., 2001. — С. 172.

⁸³ *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. — К.: Український центр правничих студій, 2001. — С. 34.

⁸⁴ *Общая теория права: Учебн. для юрид. вузов / Под общ. ред. А. С. Пиголкина.* — М.: Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1996. — С. 167.

Правова доктрина Франції розглядає принципи права як вище право, на зразок природного. На їх підставі можливе доповнення та реформування законодавства. У радянській правовій системі через панування вузьконормативного розуміння права правові принципи не вважалися джерелом права. Принципи права могли бути застосовані лише при аналогії права. При цьому вони розглядалися за межами нормативного «пласта» права і поділялися на принципи власне права і правові принципи (правосвідомості, принципи суспільства тощо)⁸⁵.

Наголошуючи на важливій ролі принципів права у правотворчості та правозастосуванні, радянська правова доктрина разом із тим не визнавала за ними статусу джерел права у формальному розумінні. Це аргументувалося тим, що принципи права не мають власної форми вираження, а існують у формі того акта, складовою якого вони є. Вузьконормативне розуміння права заперечувало саму можливість існування надпозитивних принципів права, які були б критерієм легітимності законодавства і могли б застосовуватися судом у разі прогалин у законодавстві. В умовах ототожнення права і закону загальні основи (тобто принципи права) та сенс законодавства слід виводити тільки із самого законодавства, а не з абстрактної ідеї⁸⁶.

На думку Т. В. Гурової, сучасне правознавство має реальну можливість обґрунтувати необхідність включення в російську правову систему принципів права як самостійного джерела позитивного права. Саме принципи права найбільш сприйнятні для правосвідомості з огляду на її специфічні особливості, що тяжіють до змістових, а не формальних аспектів права. Саме принципи права, що розглядаються як стрижень правового регулювання, можуть відіграти роль «мосту», що з'єднує в епоху реформ дух права з його буквою⁸⁷. Закон має бути підкріплений духом права, який знаходить своє відображення саме у принципах права. В основі закону або іншої постанови державної влади повинні бути принципи права, які є втіленням свободи, справедливості та гуманізму.

Особливе місце у системі загальних принципів права посідають принципи міжнародного права, що сформувалися в процесі здійснення міжнародних відносин. Наприклад, у Статуті Міжнародного суду ООН закріплена можливість застосування, поряд з іншими джерелами, — загальних

⁸⁵ *Марксистско-ленинская общая теория государства и права // Социалистическое право.* — М., 1973. — С. 43.

⁸⁶ *Майов Г. Н.* Теория государства и права. — М.: Изд-во БЕК, 1996. — С. 172.

⁸⁷ *Гурова Т. В.* Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... к. ю. н. — Самара, 2000. — С. 83.

принципів, які визнаються цивілізованими суспільствами⁸⁸. Конституції окремих країн серед джерел права називають міжнародні принципи права (наприклад, ст. 15 Конституції РФ). До них належать принципи дотримання права людини, принципи національного суверенітету, принцип вираження у законі загальної волі; принцип визнання забороненими тих дій, які шкідливі для суспільства; принцип свободи дій, що полягає у наданні «можливості робити все, що не шкодить іншим» тощо⁸⁹.

У принципах права полягає його демократична та гуманістична традиція, його історична спадковість. Принципи — це, перш за все, ідеї. Потім принципи перетворюються на норми. Закон можна вважати правовим настільки, наскільки він відтворює демократичні правові принципи. Принципи пронизують увесь процес реалізації права, слугують вектором правозастосовної діяльності. Принципи права концентрують результат розвитку права, в них втілюється нерозривний зв'язок минулого, сучасного та майбутнього⁹⁰.

Отже, звернення до вивчення принципів права означає звернення до вивчення як змісту права, так і його формального прояву.

Всупереч традиційному підходу до закону як основного, а іноді — і єдиного джерела права в країнах романо-германської правової системи сучасна юридична наука на підставі наявної практики поступово досліджує та обґрунтовує договір нормативно-правового змісту як джерело права, яке в розвиненому громадянському суспільстві стає однією з головних юридичних форм існування правових норм. З'явившись у Стародавньому Римі в період республіки, договір нормативно-правового змісту був використаний юристами Західної Європи в середні віки. У середньовіччя та новий час конституції мали характер договору між королем і станами, тобто джерелом права був договір. Договір передеє закону⁹¹.

Основним положенням доктрини природного права, що панувала в ті часи, було визнання договору джерелом права. В силу історичних обставин повернення до цієї доктрини відбулося тільки у ХХ ст., коли в умовах формування громадянського суспільства договір став однією з головних юридичних форм існування правових норм.

⁸⁸ www.pople.polynct.lviv.ua/interlaw/lawsre/lr_1_1.html.

⁸⁹ Конституции государств Европейского Союза. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1997. — С. 665, 685–686.

⁹⁰ Лившиц Р. З. Теория права: Учебн. — С. 200.

⁹¹ Маазинер Я. М. Избранные труды по общей теории права /Отв. ред. А. К. Кравцов. — СПб.: Изд. Р. Асламова «Юридический центр Пресс», 2006. — С. 98.

Нормативно-правовий договір — це двостороння чи багатостороння угода між суб'єктами, що містить норми права.

Для нього характерні такі риси:

— суб'єктом договору завжди є суб'єкт публічно-правових відносин, і перш за все, той, що має владні повноваження. Держава, її органи, посадові особи, міжнародні організації — ось найтипівіші формально рівні суб'єкти нормативних договорів. Від місця суб'єкта у механізмі держави залежить юридична сила договору — що вище місце, то більша сила;

— формалізація та об'єктивація забезпечуються виявом правового акта у формі нормативно-правового договору (міжнародного, конституційного, федеративного, колективного);

— змістом нормативно-правового договору є норми права (правила поведінки — права та обов'язки сторін), що виникають у результаті згоди сторін і регулюють питання владування, управління та саморегулювання, але не всі, а лише ті, що допускають договірну форму регулювання. За характером це норми-цілі, норми-наміри, норми-координатори, норми-узгодження, норми-стримування тощо, що мають значення не лише для суб'єктів договору, а й для інших суб'єктів;

— своєрідність зобов'язань сторін нормативно-правового договору та засобів їх забезпечення полягає в тому, що межі договору як засобу нормативно-правової саморегуляції сторін жорстко передбачені їх статутом, що не знижує обсяг їх інтересів і добровільності у визначенні предмета договору. Зміст договору не може суперечити конституції, в іншому випадку укладання таких договорів може бути лише після внесення відповідних змін до конституції;

— тривалий термін дії;

— набуття чинності відбувається лише після проведення відповідної процедури: ратифікації парламентом (для міжнародних договорів), підписання керівником парламенту та президентом (для конституційних договорів) тощо;

— забезпечення виконання договірних зобов'язань державою та її органами включає багато різних засобів, у тому числі: організаційних, правових, економічних тощо. Відповідно норми, які містяться у договорах такого роду, є загальнообов'язковими для виконання, що забезпечується гарантіями держави шляхом застосування різних форм і методів, у тому числі і державного примусу;

— нормативно-правовий договір є частиною системи джерел права, може бути підставою для укладання інших правових актів, у тому числі й договорів з метою реалізації норм, що в ньому містяться.

Нормативно-правовий договір має, на думку Ю. О. Тихомирова, підпорядковане значення щодо закону, оскільки: закон визнає договір як нормативно-значимий спосіб регулювання суспільних відносин у різних сферах державного та громадського життя; визначає «договірне поле», тобто типологію питань, для регулювання яких використовується договір; встановлює конкретну форму, вид договору для тих чи інших відносин; допускає договірне регулювання за межами власне законодавчого та підзаконного регулювання; вводить процедури укладання договорів і визнання їх юридично повноцінними, а також виконання договірних зобов'язань; вводить судовий захист прав та інтересів партнерів за договорами в суді — конституційному, загальному, арбітражному, третейському; контролює розвиток договірних відносин⁹². Однак ці аргументи не є переконливими, оскільки між нормативно-правовим договором і законом можуть існувати й інші відносини: підпорядкування — нормативно-правовий договір може передбачати прийняття нових нормативно-правових актів, зміну їх змісту або скасування.

Складність дослідження юридичної природи нормативно-правових договорів як джерел права обумовлена їх багатоманітністю. Відповідно за різними критеріями їх можна класифікувати: 1) за сферами правового регулювання суспільних відносин — на конституційні, в тому числі і федеративні, міжнародні, колективні, господарські; 2) за змістом — на договори компетенції та договори про взаємодію; 3) за суб'єктами — на міждержавні, міжурядові та міжвідомчі.

Нормативно-правовий договір не може бути застосований у всіх сферах суспільних відносин, а також у процесі регулювання відносин між фізичними особами.

Однією із сфер духовного життя суспільства є релігія як система відносин між людьми з приводу вірування або між людьми та предметами віри. Складовим елементом цієї системи відносин є релігійні норми — правила поведінки загальнообов'язкового характеру, що встановлені або затверджені церквою з метою регламентації певних сфер суспільних відносин у межах власної компетенції. Зміст релігійних норм обумовлюється релігійними потребами суб'єктів. У християнських країнах джерелами релігійного (канонічного) права були постанови вселенських соборів, папські булли та енцикліки, Біблія тощо; в мусульманських — Коран і Суна.

⁹² Конституція, закон, подзаконний акт / Под. ред. Ю. А. Тихомирова. — М.: Юрид. лит-ра, 1994. — С. 127.

Релігійні норми були основним джерелом права у новий час, коли піддалися концептуальному дослідженню та глибокому аналізу. Показовими в цьому аспекті є релігійний трактат Граціана «Узгодження неузгоджених канонів» і праці Фоми Аквінського. Ґрунтовність зазначених праць справила вплив на становлення системи джерел юридичного права.

Неоднозначність змісту релігійних норм дозволяє їх класифікувати:

1. За значенням у системі віровчення:

– догматичні — є первинними нормами, визначають філософську спрямованість релігії, її постулати;

– канонічні — прийняті на засіданнях релігійних органів (синодів, соборів тощо) або одноосібно представниками органів релігійної влади (папою, єпископами тощо), регулюють внутрішньоцерковне життя;

– побутові — визначають зміст правил, які використовуються мирянами у побуті.

2. За змістом і характером реалізації:

– доктринальні — визначають принципові положення віровчення;

– культові — регулюють порядок (процес) і зміст проведення релігійних обрядів і служб.

3. За сферою поширення дії:

– внутрішньоцерковні — регулюють відносини, що виникають у церковному середовищі;

– світські — регулюють відносини, що виникають між церквою, її діячами, віруючими особами та суспільними організаціями, у тому числі й державою.

Серед основних ознак релігійних норм можна назвати такі:

– нормативність — поширення дії на невизначене і неперсоніфіковане коло суб'єктів;

– формальна визначеність — зовнішнє закріплення у відповідних джерелах (Біблія, Коран, Суна, Кабала, постанови вселенських, помісних соборів тощо);

– офіційний характер — його мають релігійні норми, прийняті органами церковної влади (постанови вселенських соборів, рішення помісних соборів Російської православної церкви тощо);

– загальність — регулювання внутрішньоцерковних відносин, відносин між церквою і державою, між церквою та іншими організаціями в суспільстві, змістом яких є символи віри, шлюбно-сімейні відносини тощо. У християнських країнах змістом релігійних норм вважають символи віри, вчення Ісуса Христа та апостолів, Старий і Новий Заповіти, порядок богослужіння тощо;

– реалізація релігійних норм відбувається шляхом переконання, виконання, дотримання і примусу. Щодо примусовості, то церква нікого не примушує вступати з нею в союз, але якщо будь-хто вже увійшов у нього, належить до неї та бажає користуватися її благами – повинен підкоритися її законам, що засновані на божественній волі⁹³.

– сукупність релігійних норм утворює цілісну систему правил поведінки, взаємозалежних і взаємообумовлених, які містять релігійні приписи, звернені до осіб, що сповідують релігію.

Як правило, релігійні (канонічні) норми мають систематизований характер та існували чи існують у вигляді збірників: Біблія, Коран, Суна, звід канонічного права, кодекс канонічного права тощо.

У міру підвищення ролі судової та законодавчої влади в державі релігійні норми як джерело права втрачають своє значення і забезпечують регулювання лише внутрішніх церковних справ.

Змістова характеристика джерел права дає змогу визначити їх характер та межі регульовального впливу, обов'язковість дії тощо.

Джерел права, які б регулювали всі сторони суспільних відносин, не існує, тому при дослідженні кожного джерела права необхідно виходити з того, чи спроможне воно за конкретних історичних умов сприяти прогресивному розвитку правової системи і суспільства в цілому, забезпеченню прав та свобод людини.

1.3. Права людини як одна із сутнісних характеристик романо-германської правової системи

У сучасному світі, зокрема в країнах, що належать до романо-германської правової системи, права та свободи особи і громадянина є одним з основних чинників розвитку суспільства. Якою б не була держава за своєю природою, який би режим не панував, права та свободи особи, її взаємовідносини з державою завжди мали практичне значення, оскільки без урахування цього фактора неможливо було б встановити в суспільстві порядок, який би відповідав інтересам особи.

Права особи є однією з ключових наукових проблем, які всебічно вивчаються – з філософсько-гуманістичного погляду, в аспекті принципів перебудови правової системи, проведення економічної та культурної політики, боротьби з екологічними загрозами, злочинністю. З удосконален-

⁹³ Кривошеїн М. Е. Основы церковного права. – М., 1992. – С. 6.

ням системи прав і свобод особи суспільство пов'язує вирішення ряду внутрішніх, міжнародних та глобальних завдань.

Невичерпність прав є відображенням природи їх носія – особи, у зв'язку з чим їх слід аналізувати цілісно, комплексно, як категорію багатогранну та поліфункціональну.

Права особи мають універсальний характер, вони є предметом дослідження всіх галузей суспільствознавства та ряду правових наук, кожна з них визначає певну галузь життєдіяльності людини. Така диференціація забезпечує поглиблене вивчення особи та найважливіших проблем її існування. З огляду на цю обставину юридична наука в галузі прав особи має складний спектр дослідження.

Існує тісний понятійний взаємозв'язок між поняттям правової системи як соціально-державного явища та розвитком поняття прав особи в романо-германській правовій системі. Під правовою системою розуміється об'єктивне, історично закономірне правове явище, яке включає в себе взаємопов'язані й взаємодіючі компоненти: право і законодавство, що його втілює, юридичні установи й юридичну практику, суб'єктивні права й обов'язки, правовідносини, правову ідеологію тощо (визначення вітчизняних учених)⁹⁴.

Сучасний період розвитку суспільства характеризується якісно новим станом, який визначається як процес глобалізації – всесвітній процес, що об'єднує національні утворення в єдину світову систему. Глобалізація передбачає зближення національних правових систем, створення єдиних правових стандартів, насамперед у сфері прав особи.

В умовах глобального світу права, свободи, обов'язки особи посідають основне за важливістю місце порівняно з іншими правовими явищами.

Аналіз поняття прав особи має розглядатися в об'єктивному та суб'єктивному значеннях, тобто, з одного боку, як система міжнародних і національних правових норм, що встановлюють правовий статус людини і закріплюють її становище, правила взаємин між людьми, відносини особи та держави, а з іншого – як можливість, яка належить конкретній особі та передбачена правовою нормою, і діяння, що захищене державою⁹⁵.

Для аналізу питання прав особи з позицій функціонування правової системи за основу можна прийняти класифікацію, в якій виділяються такі права особи: особисті, політичні, економічні, соціальні, культурні. Вони

⁹⁴ Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток / В. С. Журавський, О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко, Н. М. Опіщенко / За заг. ред. В. С. Журавського. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 27.

⁹⁵ Малько А. В. Теория государства и права. – М.: Юрист, 2007. – С. 127–138.

закріплені в законодавстві держав, що належать до романо-германської правової системи, зокрема, в законодавстві Німеччини, Польщі та Росії.

Особисті права

Ці права посідають одне з перших місць за ступенем законодавчого закріплення державами, що належать до романо-германського правового блоку. Саме ступінь визначення в законодавстві прав і свобод особи та громадянина є ознакою розвиненості держави, стану демократії в ній та перспективності розвитку державотворчих процесів.

Чільне місце в Європейській конвенції про захист прав і основних свобод людини (із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11) посідають особисті права і свободи, зокрема право на життя. Це проголошується всіма міжнародно-правовими актами про права людини і конституціями майже всіх країн світу як невід'ємне право людини, що охороняється законом. Ніхто не може бути примусово позбавлений життя.

Це право знайшло своє закріплення, зокрема, у ст. 2 Конституції Німеччини⁹⁶, ст. 38 Конституції Республіки Польща⁹⁷, ст. 20 Конституції Російської Федерації⁹⁸.

У Конвенції про захист прав і основних свобод людини зазначено, що «право кожної людини на життя захищається законом. Жодна людина не може бути умисно позбавлена життя інакше ніж на виконання вироку суду, винесеного після визнання її винною у вчиненні злочину, за який законом передбачено таке покарання» (п. 1 ст. 2)⁹⁹.

Можна вважати, що право на життя поєднує чотири основні категорії прав: право на належне харчування, право на доступ до питної води, право на житло, право на здоров'я. Ці права в сукупності передбачають наявність мінімуму необхідних засобів до існування, що дає змогу людині реалізувати інші права, якими вона наділена¹⁰⁰.

⁹⁶ Конституции государств Европы: В 3-х т. / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — Под ред. А. С. Автономова, В. А. Савицкого, А. И. Черкесова. — Т. 1. — М.: Норма, 2001. — С. 580.

⁹⁷ Там само. — Т. 2. — С. 691.

⁹⁸ Там само. — Т. 3. — С. 55.

⁹⁹ Конвенция про захист прав і свобод людини (ETS No. 5) із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. — К.: Парламентське видавництво, 2000. — С. 656.

¹⁰⁰ Абашидзе А. Х. Новые тенденции в нормотворческой деятельности ООН в области прав человека: По материалам выступлений // Московский юридический форум «Глобализация, государство, право, XXI век». — М.: ОАО «Издательский дом «Гордец», 2004.

Одне з ключових місць у системі особистих прав належить праву на повагу до гідності. «Гідність — це визнання суспільством соціальної цінності, унікальності конкретної особи, значущості кожної особистості як частини людського суспільства»¹⁰¹.

Конституція Республіки Польща закріплює: «Природна та невід'ємна гідність людини створює джерело свобод і прав людини та громадянина. Воно непорушне, а його повага та охорона є обов'язком публічної влади»¹⁰².

Конституція Німеччини містить положення про те, що гідність особи недоторканна. Поважати та захищати її — обов'язок будь-якої державної влади¹⁰³.

Конституція Російської Федерації передбачає: «Гідність людини охороняється державою. Ніщо не може бути підставою для її приниження.

Ніхто не може бути підданий тортурам, катуванню або іншому жорсткому чи тому, що принижує людську гідність, поводженню або покаранню. Ніхто не може бути без добровільної згоди підданий медичним, науковим чи іншим дослідженням»¹⁰⁴.

М. Баглай зазначає, що саме гідність перетворює особу з об'єкта впливу на суб'єкт правової держави. Саме правова держава дає особі право на «самовизначення» і охороняє її вибір життєвих цінностей¹⁰⁵.

Норма, що передбачає право на повагу до гідності, закріплена у ст. 5 Загальної декларації прав людини, ст. 5 Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини, у відповідних положеннях Конвенції ООН проти катувань 1984 р., Європейської конвенції про запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поведженню чи покаранню 1987 р., а також інших міжнародних угодах.

Важливе місце належить праву на свободу та особисту недоторканність.

«Право на свободу і особисту недоторканність означає свободу людини, право самостійно визначати свої вчинки, розпоряджатися собою, своїм часом. Зазначене право складається з таких компонентів: 1) індивідуальної свободи людини розпоряджатися собою на власний розсуд; 2) фізичної, моральної та психічної недоторканності»¹⁰⁶. Незаконне позбавлення волі

¹⁰¹ Лукашева Е. А. Права человека: Учебн. для вузов. — М.: Норма, 2000. — С. 144.

¹⁰² Конституции государств Европы / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — Т. 2. — С. 678.

¹⁰³ Там само. — Т. 1. — С. 567.

¹⁰⁴ Там само. — Т. 3. — С. 22.

¹⁰⁵ Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Конституционное право Российской Федерации. — М.: ИНФРА-М-КОДЕКС, 1996. — С. 168.

¹⁰⁶ Лукашева Е. А. Вказ. праця. — С. 151.

кваліфікується в кримінальному законодавстві як акт насильства — фізичного чи психічного. Права особи, її життя, здоров'я, честь, гідність є недоторканими. Ніхто не вправі силою або погрозами примусити особу до яких-небудь дій, піддати її насильству, обшуку чи заподіяти шкоду її здоров'ю. Людина вправі розпоряджатися своєю долею, обирати свій життєвий шлях¹⁰⁷.

Конституція Російської Федерації передбачає, що кожний має право на свободу та особисту недоторканність; арешт, взяття під варту та утримання під вартою можливе тільки за рішенням суду. До судового рішення особа не може бути піддана затриманню на строк більше 48 годин.

Аналогічно Конституція Республіки Польща передбачає: кожному гарантується особиста недоторканність і особиста свобода; кожний позбавлений волі не на основі судового вироку має право звертатися до суду з метою негайного встановлення законності цього рішення; кожний затриманий повинен бути негайно і в зрозумілій для нього формі поінформований про причини затримання; з кожним затриманим слід поводитися гуманно; кожний незаконно позбавлений волі має право на відшкодування шкоди.

Водночас у Конституції Німеччини визначено: гідність особи недоторканна, поважати її — обов'язок будь-якої державної влади; німецький народ вважає недоторканими та невідчужуваними права людини основою будь-якого людського суспільства, миру та справедливості на землі¹⁰⁸.

Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини також закріплює право кожної особи на свободу та особисту недоторканність, забороняє свавільні арешти та утримання під вартою. У частині 1 ст. 5 зазначається, що «кожна людина має право на свободу і особисту недоторканність. Жодна особа не може бути позбавлена волі інакше як відповідно до процедури, встановленої законом»¹⁰⁹. У Конвенції чітко визначені такі випадки: 1) законне ув'язнення особи компетентним судом; 2) законний арешт або затримання особи за невиконання законного рішення суду або забезпечення виконання будь-якого обов'язку, передбаченого законом; 3) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою забезпечення її присутності перед компетентним судовим органом на підставі

¹⁰⁷ Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Вказ. праця. — С. 512.

¹⁰⁸ Конституції государств Европы / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — Т. 1. — С. 580.

¹⁰⁹ Конвенція про захист прав і свобод людини (ETS No. 5) із поправками, висесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. — К.: Парламентське видавництво, 2000. — С. 656.

обґрунтованої підозри у вчиненні правопорушення, або якщо обґрунтовано визнається за необхідне запобігти вчиненню нею правопорушення або її втечі після його вчинення; 4) затримання неповнолітньої особи на підставі законного розпорядження з метою виховного нагляду або законне затримання неповнолітньої особи з метою забезпечення її присутності перед компетентним судовим органом; 5) законне затримання людей для запобігання поширенню інфекційних захворювань, людей психічно хворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг; 6) законний арешт або затримання особи, здійснені з метою запобігання її незаконному в'їзду в країну, або особи, стосовно якої вживаються заходи з метою депортації або екстрадиції.

Слід звернути особливу увагу також на право на недоторканність приватного чи сімейного життя і збереження його таємниці.

Конвенція про захист прав і основних свобод людини визначає: «Повага до приватного життя є одним з основних аспектів індивідуальної свободи. Це право означає надану людині свободу і гарантовану державою можливість контролювати інформацію про самого себе, перешкоджати розголошенню відомостей особистого та інтимного характеру»¹¹⁰.

Гарантія невтручання в особисте чи сімейне життя — це гарантія на особисту і сімейну таємницю, забезпечення можливості перебувати у стані відносної незалежності від держави й суспільства тощо.

Це право гарантується законодавством усіх провідних держав світу.

Сімейне життя захищається конституціями Німеччини, Росії, Польщі.

Конституція Німеччини визначає: 1) шлюб і сім'я перебувають під захистом держави; 2) догляд за дітьми та їх виховання є природним правом батьків і першочерговим їхнім обов'язком, діяльність батьків знаходиться під наглядом держави; 3) діти можуть бути виділені з сім'ї проти волі осіб, уповноважених на їх виховання, тільки на основі закону, якщо згадані особи не справляються зі своїми обов'язками або якщо діти з інших причин можуть відмовитися від нагляду; 4) кожна мати має право на захист та підтримку суспільства; 5) позашлюбним дітям забезпечуються у законодавчому порядку умови для фізичного і розумового розвитку, а також гарантується становище в суспільстві на рівні з дітьми, що народилися у шлюбі. На державу окремо покладається обов'язок щодо захисту дитини під час навчання у школі. Цікавим є те, що викладання релігії у німецьких школах обов'язкове і цей обов'язок закріплений Конституцією. Виняток становлять лише неконфесійні релігії.

¹¹⁰ Лукашева Е. А. Вказ. праця. — С. 169.

Конституція Російської Федерації закріплює (ст. 23–24): «Кожний має право на недоторканність приватного життя, особисту чи сімейну таємницю, захист своєї честі та доброго імені. Кожний має право на таємницю листування, телефонних розмов, поштових, телеграфних та інших повідомлень. Обмеження цього права допустиме лише на основі судового рішення»¹¹¹. Також закріплюється положення про те, що збирання, зберігання, використання і поширення інформації про приватне життя особи не допускається.

Конституція Республіки Польща визначає (ст. 47): «Кожний має право на правову охорону приватного, сімейного життя, честі та доброго імені, а також право вирішувати своє приватне життя»¹¹².

Ця правова норма, яка визначена в конституціях Росії, Німеччини, Польщі, відповідає нормам Загальної декларації прав людини, Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини, інших міжнародно-правових актів, згідно з якими кожна особа має право на повагу до її особистого та сімейного життя.

Право на недоторканність житла гарантується Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод людини та захищається судовою практикою Європейського суду з прав людини. Зазначимо, що право на повагу до житла охоплює як майнові, так і більш «неосяжні» аспекти¹¹³. Під «неосяжними» аспектами мається на увазі не тільки незаконне проникнення до житла, а й вплив зовнішніх чинників.

Конституція Республіки Польща закріплює це право таким чином: «Забезпечується недоторканність житла. Обшук житла, приміщення, транспортного засобу може мати місце тільки у випадках, встановлених законом та у визначеному ним порядку»¹¹⁴.

У Конституції Російської Федерації визначено: «Житло недоторканне. Ніхто не вправі проникати до житла проти волі осіб, що проживають у ньому, інакше, ніж у випадках, передбачених федеральними законами або на основі судового рішення»¹¹⁵.

Конституція Німеччини (ст. 13) гарантує недоторканність житла. У частинах 1–7 цієї статті окремо визначені випадки, коли недоторканність

житла може порушуватися. Цікавим є те, що в Німеччині конституційно закріплений парламентський контроль за виконанням положень ст. 13 Конституції.

Таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та поштової кореспонденції — цей вид прав відображений у Загальній декларації прав людини та в Міжнародному пакті про громадські та політичні права. Ці нормативні акти гарантують таємницю кореспонденції. У них закріплене таке поняття, як «інша кореспонденція». До цього поняття можна віднести, наприклад, такий вид зв'язку, як електронна пошта. Означені права закріплені у конституціях країн, що належать до романо-германської правової сім'ї.

Важливе місце належить праву громадян на свободу пересування в межах держави, міжнародні подорожі та на репатріацію. Це питання є одним із ключових на загальнодержавному рівні. Особливої актуальності воно набуло у процесі всесвітньої глобалізації.

У конституціях Росії, Німеччини та Польщі однаково закріплено право переміщення територіями цих держав. Обмеження може бути встановлено тільки у встановленому законом порядку. Важливим є питання набуття громадянства, яке регулюється у кожній країні.

Велике значення серед особистих прав і свобод має свобода совісті. Свобода совісті — це право людини мислити та чинити згідно зі своїми переконаннями, її незалежність у моральній самооцінці, самоконтроль вчинків та думок. Водночас історично свобода совісті набула вужчого розуміння — свобода у сфері релігії. Вона стала розглядатися в площині взаємовідносин церкви і держави, а не тільки свободи думки¹¹⁶.

Деякі дослідники вважають, що свободу совісті і свободу віросповідання слід розглядати окремо. Наприклад, на думку М. Баглая, свобода совісті — це право людини вірити в Бога відповідно до віровчення обраної релігії або бути атеїстом, тобто не вірити в Бога. Свобода віросповідання — це право особи на вибір віровчення і безперешкодне відправлення культів і обрядів згідно із цим вченням. Таким чином, на думку автора, ці поняття є різними за змістом.

Питання свободи віросповідання закріплене на найвищому законодавчому рівні у всіх цивілізованих державах. Наприклад, Конституція Республіки Польща закріплює свободу совісті. У ній чітко визначено, що кожному гарантується свобода совісті та релігії, визначена сфера відносин, яку охоплює свобода релігії: 1) свобода сповідувати та приймати релігію

¹¹¹ Конституции государств Европы / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — Т. 3. — С. 22.

¹¹² Там само. — Т. 2. — С. 693.

¹¹³ Гомьен Д., Харрис Д., Завак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. — М.: Изд-во Московского независимого института международного права, 1998. — С. 291.

¹¹⁴ Конституции государств Европы / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — Т. 2. — С. 692.

¹¹⁵ Там само. — Т. 3. — С. 22.

¹¹⁶ Лукашева Е. А. Вказ. праця. — С. 149.

на власний вибір, а також виявляти індивідуально чи з іншими, публічно чи приватним чином свою релігійність шляхом відправлення культів, молитов, участі в обрядах, практиках і навчаннях; 2) володіння храмами та іншими культовими спорудами залежно від потреб віруючих, а також їх право користуватися релігійною допомогою там, де вони перебувають.

Батьки мають право забезпечувати дітям моральне та релігійне виховання і навчання відповідно до своїх переконань. Віровчення церкви або іншого віросповідного союзу з урегульованим правовим становищем може бути навчальним предметом у школі, при цьому не може порушуватися свобода совісті та релігії інших учнів.

Свобода прояву релігійності може бути обмежена тільки шляхом закону і тільки тоді, коли це необхідно для охорони безпеки держави, публічного порядку, здоров'я, моралі чи свободи і прав інших осіб. Ніхто не може бути примушений до участі чи неучасті в релігійних відправленнях.

Ніхто не може бути зобов'язаний органами публічної влади розкривати свій світогляд, релігійне переконання чи віросповідання.

Політичні права

Політичні права — це можливості людини брати участь у державному і громадському житті, впливати на діяльність різноманітних державних органів, а також громадських об'єднань політичного спрямування (зокрема, права на громадянство та юридичну правосуб'єктність; участь у формуванні представницьких органів державної влади та місцевого самоврядування; участь у створенні й діяльності громадських об'єднань; державний захист від порушень прав і свобод людини)¹¹⁷.

Політичні права та свободи, багато з яких належать лише громадянам держави, гарантуються нею. Ці права передбачають у тому числі й опозицію, інакомислення, антиурядові дії (демонстрації, мітинги тощо). Основні політичні права і свободи також закріплені на найвищому законодавчому рівні країн романо-германського правового блоку.

На відміну від особистих прав, які належать кожній особі, багато політичних прав і свобод належать тільки громадянам держави. Це пояснюється особливостями цієї групи прав і свобод. Всі політичні права і свободи, що належать як особі, так і громадянину, користуються рівним судовим захистом, тобто гарантуються державою, хоча за змістом багато

з них передбачають критику, інакомислення, опозицію до уряду і прямі антиурядові дії (демонстрації, мітинги тощо)¹¹⁸.

Основними видами політичних прав є: право громадян брати участь в управлінні державою; право на свободу мітингів, демонстрацій, зборів; свобода слова; виборче право; право на свободу об'єднання в політичні партії та громадські організації; право безпосередньо звертатися, направляти індивідуальні та колективні письмові звернення до державних органів, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб.

Право громадян брати участь в управлінні державою. Воно передбачає громадянам такі права: участі у проведенні референдумів і вільних виборів; бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування; мати доступ до державної служби і відправлення правосуддя; звертатися до органів державної влади й органів місцевого самоврядування¹¹⁹.

На міжнародному рівні положення, що закріплює право громадян брати участь в управлінні державою, закріплене у ст. 21 Загальної декларації прав людини і в ст. 25 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. Ці права закріплені в національному законодавстві всіх країн романо-германської правової сім'ї.

Право на свободу мітингів, демонстрацій, зборів. Це право, як і сам процес його реалізації, є однією з основних форм безпосередньої демократії. Воно закріплене в Конвенції про захист прав і основних свобод людини із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11, та в Міжнародному пакті про громадянські та політичні права. Зокрема, у ст. 11 Конвенції зазначається, що: «а) кожна особа має право на свободу мирних зборів; б) здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, які встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або суспільної безпеки, з метою захисту прав і свобод інших людей. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення цих прав особами, які входять до складу збройних сил, поліції або органів державного управління»¹²⁰. Це право знайшло відображення в конституціях провідних світових держав.

Свобода слова. Свобода слова є однією з найважливіших складових прав і свобод особи. Вольтер у своїх дослідженнях зазначав, що «немає у

¹¹⁸ Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Вказ. праця. — С. 185.

¹¹⁹ Там само.

¹²⁰ Конвенція про захист прав і свобод людини (ETS No. 5) із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. — К.: Парламентське видавництво, 2000. — С. 195.

¹¹⁷ Рабинович П. М. Права людини: концептуальні засади // Права людини і громадянина: проблеми реалізації в Україні. Праці Львівської лабораторії прав людини Академії правових наук України. — К.: Ін Юре, 1998. — Серія I. Дослідження і реферати. — Вип. 1. — С. 9–19.

людей ніякої свободи без свободи висловлювати свої думки»¹²¹. Саме свобода слова — необхідна форма існування демократичної держави. Це один з елементів, який виступає ціннісним мірилом державної влади, яка існує в певній країні.

Це право передбачено Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод людини із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 (ст. 9 «Свобода думки, совісті і релігії», ст. 10 «Свобода виявлення поглядів»), у Загальній декларації прав людини (ст. 19, 20).

Поняття «свобода слова» складається з трьох основних елементів: 1) це свобода кожної людини публічно висловлювати свої думки, ідеї, судження і поширювати їх будь-якими законними засобами; 2) це свобода друку та інших засобів масової інформації; 3) це право на отримання інформації, що становить особливий інтерес чи інтерес, що зачіпає права громадян, тобто на свободу доступу до джерела інформації¹²².

Виборче право. Виборче право являє собою один із найважливіших демократичних інститутів. Воно є виразником волі народу з точки зору його участі в політичному процесі. Виразником суверенітету народу і формою здійснення народовладдя є особиста участь громадян у діяльності органів державної влади.

Виборче право має свою систему класифікації, що складається з трьох основних елементів: право обирати, яке передбачає вільне і відповідальне волевиявлення на виборах та на референдумі; право бути обраним до органів державної влади; право відкликання виборцями обраних осіб, що не виправдали їх довіри. До названих пунктів слід додати, що сучасні конституції та виборчі закони встановлюють мінімальні вимоги для належності права обирати і бути обраним¹²³.

Законодавче регулювання виборчого права за такими ознаками закріплено як у конституціях, так і на підзаконному рівні в правових системах Польщі, Німеччини та Росії.

Право на свободу об'єднання в політичні партії та громадські організації. Законодавством розвинених держав світу, які належать до романо-германської правової системи, закріплена свобода об'єднання. Суть цієї свободи полягає в сприянні з боку держави об'єднанню громадян, яке

здійснюється з метою задоволення будь-яких їхніх потреб та інтересів. Обмеження стосується лише об'єднань, метою яких є діяльність, що суперечить конституції та законам. Питання про відмову в реєстрації об'єднання вирішуються у судовому порядку¹²⁴.

Існування політичних партій і громадських організацій та право громадян об'єднуватися в них закріплено як у конституціях країн романо-германської правової системи, так і в законодавстві країн, які належать до інших правових систем.

Право безпосередньо звертатися, направляти індивідуальні та колективні письмові звернення до державних органів, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб. Це право передбачає можливість звернення із проханням, скаргою чи пропозицією до будь-якого органу чи посадової особи, і обов'язок посадової особи надати відповідь на це звернення¹²⁵.

У ст. 17 Конституції Німеччини зазначено: «Кожний має право як окремо, так і разом з іншими особами звертатися письмово з проханнями чи зі скаргами у компетентні установи та органи народного уряду»¹²⁶.

Конституція Республіки Польща закріплює положення про те, що кожний має право звертатися з петиціями, пропозиціями і скаргами, маючи за мету публічний, власний чи іншої особи (за її згоди) інтерес, до органів публічної влади, а також громадських організацій і установ у зв'язку з виконанням ними завдань, які їм доручені у сфері публічної адміністрації. Порядок розгляду петицій, пропозицій і скарг встановлюється законом¹²⁷.

Конституція Російської Федерації визначає, що громадяни Російської Федерації мають право звертатися особисто, а також направляти індивідуальні й колективні звернення до державних органів влади і органів місцевого самоврядування¹²⁸.

Економічні права

Економічні та соціальні права є одними з ключових правових інститутів країн романо-германської правової системи. Вони закріплені як у міжнародних правових актах, зокрема в Європейській соціальній хартії,

¹²⁴ Автономов А. С., Савицький В. А., Черкасов А. И. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. — М.: Юриспруденция, 2001. — С. 201.

¹²⁵ Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Вказ. праця. — С. 199.

¹²⁶ Конституции государств Европы / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — Т. 1. — С. 586.

¹²⁷ Там само. — Т. 2. — С. 696.

¹²⁸ Там само. — Т. 3. — С. 24.

¹²¹ Вольтер Ф. А. Избранное. — М.: Терра, 1998. — С. 327.

¹²² Хижняк В. С. Сравнительный анализ условий формирования права человека на информацию в законодательстве различных государств // Вестник Волжского университета. — 1998. — Вып. 2. — С. 3–11.

¹²³ Конституции государств Европы / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — Т. 2. — С. 7–9.

Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права, Загальній декларації прав людини, так і в законодавстві окремих держав.

Економічні права — окрема категорія прав особи. Одні автори її розглядають окремо, інші — у поєднанні з соціальними правами. Ці два погляди деякою мірою суперечать одне одному, проте єдині за суттю.

Економічні права забезпечують особі вільне розпорядження основними факторами господарської діяльності. До них належать: право на працю; право на власність; право на підприємництво; право на страйки тощо. Крім того, працівники та роботодавці мають право на укладення колективних договорів; право на вільне об'єднання в національні чи міжнародні організації для захисту своїх інтересів¹²⁹.

Кожний має право володіти, користуватися та розпоряджатися своїм майном і результатами своєї інтелектуальної праці або, інакше кажучи, він є суб'єктом права власності. За загальновизнаним правилом, об'єктами приватної власності виступають: майно (речі), природні ресурси, які можуть бути в цивільному обігу, а також результати інтелектуальної творчої діяльності, в тому числі твори науки, літератури і мистецтва, винаходи, інші результати інтелектуальної творчої праці.

Ще одним важливим видом економічних прав є право на працю, яке закріплене в конституціях розвинених країн, що належать до романо-германської правової системи.

Не останнє місце в системі економічних прав посідає право кожної особи на справедливі та сприятливі умови праці. Зазначене право гарантовано Європейською соціальною хартією та внутрішнім законодавством цивілізованих країн.

Соціальні права

Соціальні права полягають у тому, що у визначених законом випадках держава гарантує надання достатнього забезпечення громадянам, які через об'єктивні обставини позбавлені (повністю або частково) можливості працювати і отримувати доходи від праці, а також допомогу родині у зв'язку з народженням і вихованням дітей. Даний комплекс прав закріплений у Загальній декларації прав людини. У ст. 22 зазначено: «Кожна людина як член суспільства має право на соціальне забезпечення і на здійснення необхідних для підтримання її гідності і для вільного розвитку її особистості прав у економічній, соціальній і культурній сферах за допомогою національних зусиль і міжнародного співробітництва та відповідно до структури і ресурсів кожної держави»¹³⁰. У ст. 25 Декларації визначено: «Кожна людина має

¹²⁹ Лукашева Е. А. Вказ. праця. — С. 154.

¹³⁰ Загальна декларація прав людини. — К.: Право, 1995. — С. 22.

право на такий життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд та необхідне соціальне обслуговування, який є необхідним для підтримання здоров'я і добробуту її самої та її сім'ї, і право на забезпечення в разі безробіття, хвороби, інвалідності, вдовства, старості чи іншого випадку втрати засобів до існування через незалежні від неї обставини».

На думку І. Я. Сенюти, право людини на охорону здоров'я слід розглядати як інститут медичного права, який є самостійним поняттям. Зміст цього права базується на природно-правових явищах і передбачає юридичний механізм його забезпечення¹³¹.

Серед дослідників існують різні точки зору щодо категорії «соціальні права» як окремого правового інституту сфери прав особи. П. Рабінович взагалі не виділяє їх в окрему категорію. Інші автори або розглядають їх у його в сукупності з економічними та культурними правами, або у вужчому розумінні і лише в контексті з економічними правами¹³².

Культурні права

До культурних прав належать права на освіту, творчість, користування результатами наукового прогресу, доступу до культурного життя, можливість розвитку національної культури, мови тощо. Культурні права гарантують духовний розвиток особистості, допомагають кожному індивіду стати корисним учасником політичного, духовного, соціального і культурного прогресу.

Культурні права закріплені на рівні ООН, на європейському рівні, на рівні конституцій та підзаконних актів багатьох країн. Наприклад, ст. 73 Основного Закону Республіки Польща забезпечує кожному свободу художньої творчості, наукових досліджень, а також публікації їх результатів, свободу викладання, а також свободу користування надбаннями культури. Конституцією Російської Федерації гарантується свобода літературної, художньої, технічної та інших видів творчості, викладання, чітко визначено, що інтелектуальна власність охороняється законом, кожний має право на участь у культурному житті та користування закладами культури, на доступ до культурних цінностей.

Право на участь у культурному житті та пов'язані з ним свободи літературної, художньої, наукової та інших видів творчості закріплене в

¹³¹ Сенюта І. Я. Право людини на охорону здоров'я та його законодавче забезпечення в Україні / Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Ред. кол.: П. М. Рабінович (голов.) та ін. — Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 14. — Л.: «ПАІС», 2007. — С. 7.

¹³² Лукашева Е. А. Вказ. праця. — С. 162.

конституціях багатьох країн. На міжнародному рівні існують такі способи охорони авторського права, як існування Всесвітньої організації авторських товариств, Всесвітньої конвенції з авторського права, Бернської конвенції про охорону літературно-художніх творів, Угоди про співробітництво в галузі авторського права та суміжних прав у рамках країн СНД.

Захист прав людини в країнах романо-германського правового блоку на міжнародному рівні

У сучасних умовах глобалізації суспільних відносин великого значення набуває потреба у створенні сприятливих умов для захисту прав і свобод громадян, на міжнародному рівні, зокрема, в міжнародних організаціях.

Проблема реалізації прав особи сьогодні набула надзвичайної гостроти. На цю обставину звертають увагу багато дослідників, як це зазначено в роботі П. Рабіновича і Н. Радановича¹³³. Водночас у контексті вирішення проблеми А. Абашидзе відмічає, що в сучасних умовах великого значення набуває діяльність відповідних органів системи ООН, їхня нормотворчість щодо встановлення міжнародних стандартів у галузі прав людини, які сприяють державам адекватно виконувати їх зобов'язання з міжнародних договорів щодо прав особи. Нормотворчий процес в ООН, як правило, супроводжується уточненням і прогресивним розвитком прав і свобод особи, вже закріплених в міжнародних актах¹³⁴.

Аналіз роботи функціональних органів ООН (Комісія з прав людини, Підкомісія ООН із заохочення і захисту прав людини), а також діяльності договірних органів з прав особи, таких як Комітет з прав людини, Комітет з економічних, соціальних і культурних прав, Комітет з расової дискримінації, Комітет з прав дитини, показує, що ми маємо справу зі сформованою тенденцією широкого тлумачення ними багатьох прав і свобод людини, вже закріплених у відповідних міжнародних актах щодо прав людини¹³⁵.

Особливо актуальним є питання місця та ролі Європейського суду з прав людини. Його заснування було проголошено в Європейській конвенції про захист прав і основних свобод людини, яка набрала чинності ще у 1953 році. 11 травня 1994 р. був прийнятий Протокол № 11 до Кон-

¹³³ Рабінович П. М., Раданович Н. М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти) / Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Ред. кол.: П. М. Рабінович (голов.) та ін. — Серія І. Дослідження та реферати. — Вип. 4. — Л.: «Астро», 2002. — С. 3.

¹³⁴ Абашидзе А. Х. Вказ. праця. — С. 21.

¹³⁵ Там само. — С. 22.

венції. Він набув чинності з жовтня 1997 р. після того, як всі держави-учасниці підписали і ратифікували його. Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію 17 липня 1997 р.

Необхідно зазначити, що Конвенція не тільки фіксує права і свободи, а й визначає механізми їх імплементації. Для кожної держави, в тому числі й для України, існують визначені «етапи, стадії, методи та способи приведення національної юридичної практики у відповідність із вимогами Конвенції, що ... визначатиме специфіку національної імплементаційної правотворчості»¹³⁶.

Вступ України до Ради Європи та ратифікація Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11, дозволяє по-новому оцінювати функціонування механізму захисту прав особи в нашій державі у тому числі й питання про місце та роль Європейського суду з прав людини. Це пов'язано, в першу чергу, з тим, що юрисдикція цього суду є обов'язковою для всіх держав-учасниць і поширюється на всі спори, пов'язані із застосуванням і тлумаченням норм Конвенції та Протоколів до неї в національних правових системах європейських країн.

З прийняттям Протоколу № 11 виникли правові підстави для докорінної реформи міжнародного механізму захисту прав людини. Відповідно до Протоколу можливість безпосереднього подання петицій до Європейського суду має окрема людина, група осіб і недержавні організації. Структура діяльності Суду також була значно відкоригована. Для розгляду справ Суд заснував комітети з трьох суддів, палати із семи та великі палати з сімнадцяти суддів.

Європейський суд створено як постійно діючий двопалатний судовий орган. Він складається з суддів по одному від кожної держави — учасниці Конвенції. Рішення про прийняття скарг розглядається на попередньому етапі Комітетом із трьох суддів і є остаточним у випадку, якщо воно прийняте одностайно. Якщо суддя-доповідач Комітету вважатиме, що справа має ранг великої важливості, і при цьому скарга є прийнятною, чи якщо Комітет не може одностайно прийняти рішення про відхилення скарги (визнання її непринятною), справа направляється в палату. Скаргу, визнану прийнятною, може бути розглянуто або палатою, або Великою палатою.

Основна маса справ повинна розглядатися палатою, що складається із семи суддів (може бути створено декілька таких палат). Палата приймає

¹³⁶ Рабінович П. М., Раданович Н. М. Вказ. праця. — С. 112.

рішення про свою компетенцію у цій справі і виносить рішення по суті розглянутої справи. У палаті для підготовки справи до розгляду призначається суддя-доповідач, який встановлює контакти зі сторонами. Сторони можуть представляти Суду свої думки у письмовій формі. Можливі також свідчення у палаті. Якщо сторони не приходять до дружнього врегулювання, то палата виносить рішення по суті. Таким чином, палата є першою інстанцією Європейського суду з прав людини. Якщо рішення палати, у встановлені терміни і за визначеними у Конвенції підставами, не оскаржено у Велику палату, то воно вважається остаточним і відповідно до Конвенції — обов'язковим до виконання.

Якщо жодна із сторін у справі не заперечує, то в будь-який час до винесення рішення по суті палата може відмовитися від своєї юрисдикції на користь Великої палати. Конвенція встановлює вичерпний перелік підстав надходження за юрисдикцією: це можливо у випадках, якщо розгляд справи порушує серйозні питання тлумачення Конвенції чи протоколів до неї або існує ймовірність того, що відповідь на питання, яке стоїть перед палатою, не відповідатиме раніше ухваленому рішенню.

Велика палата, крім можливості бути судом першої інстанції, може бути судом другої інстанції. Після винесення рішення палатою сторони у виняткових випадках мають право звернутися у тримісячний строк щодо передачі справ на розгляд Великої палати. Клопотання може бути задоволене лише у випадку, «якщо справа порушує серйозне питання щодо тлумачення або застосування Конвенції чи протоколів до неї або важливе питання загального значення»¹³⁷. Рішення Великої палати є остаточним і відповідно до Конвенції — обов'язковим до виконання.

Контроль за виконанням рішень Європейського суду з прав людини здійснює Комітет міністрів Ради Європи.

Під юрисдикцію Європейського суду з прав людини не підпадає юридична оцінка виконання державними органами своїх зобов'язань за Конвенцією і протоколами до неї у випадках, коли Суд розглядає скарги, визначені прийнятими відповідно до Конвенції. Тому заява до цього Суду може бути подана лише щодо дії чи бездіяльності держави (в особі її органів і посадових осіб, які зобов'язані забезпечувати дотримання норм Конвенції), а не стосовно будь-яких фізичних чи юридичних осіб, які, на думку заявника, не дотрималися Конвенції. Таким чином, відповідачем у Євро-

¹³⁷ Конвенція про захист прав і свобод людини (ETS No. 5) із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. — К.: Парламентське видавництво, 2000. — С. 43.

пейському суді з прав людини може бути лише держава — учасниця Конвенції, яка звинувачується у порушенні норм самої Конвенції або тих протоколів до неї, які ця держава підписала і відповідно бере в них участь. У деяких випадках Суд може задовольнити прохання заявника брати участь у справі на анонімних підставах. Проте це правило не поширюється на держави, які повинні виступати відкритим суб'єктом судової справи.

Європейський суд ставиться вкрай вимогливо до обов'язку держав закріпити у своєму національному законодавстві основні положення, закріплені в Конвенції. Як зазначають П. Рабінович і С. Федик, правове забезпечення виконання рішень Євросуду у внутрішньому законодавстві держав-учасниць становить неабиякий науково-практичний інтерес, оскільки окремі держави проголошують безумовну необхідність правового забезпечення рішень Євросуду у внутрішньому законодавстві; інші ж — лише вносять зміни до внутрішнього законодавства у тій частині, що суперечить нормам Конвенції¹³⁸.

З точки зору позитивних обов'язків держава повинна не лише мати законодавство, яке найбільш повно забезпечує дотримання конвенційних прав і свобод, а й застосовувати всі необхідні заходи для того, щоб воно реально діяло, а не залишалось лише на декларативному рівні.

З точки зору негативних зобов'язань — вони ставлять державу перед необхідністю утримуватися від будь-яких дій, які могли б призвести до порушення прав і свобод.

Таким чином, можна стверджувати, що Європейський суд з прав людини має досить широкі повноваження в галузі контролю за дотриманням державами — учасницями Європейської конвенції про захист прав людини та основних протоколів до неї. Якщо виникає спір, який стосується юрисдикції Суду, то це питання вирішується на підставі ч. 2 ст. 32 Конвенції, де сказано: «У випадку виникнення спору щодо юрисдикції Суду спір вирішується Судом»¹³⁹.

На підставі ст. 47 Конвенції Європейський суд «може на запит Комітету міністрів надати консультативні висновки з правових питань, які

¹³⁸ Рабінович П. М., Федик С. С. Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини) / Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Ред. кол.: П. М. Рабінович (голова) та ін. — Серія I. Дослідження та реферати. — Вип. 5. — Л.: «Астрон», 2004. — С. 132.

¹³⁹ Конвенція про захист прав і свобод людини (ETS No. 5) із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. — К.: Парламентське видавництво, 2000. — С. 32.

стосуються тлумачення Конвенції та протоколів до неї»¹⁴⁰. На підставі ст. 48 Конвенції Суд має право самостійно приймати рішення, чи належить справа до його компетенції.

У ст. 33, 34 Конвенції визначено загальний перелік суб'єктів, які мають право звертатися до Європейського суду з прав людини:

1. Держава — учасниця Конвенції (у тому числі й Україна), яка відповідно до ст. 33 може передавати на розгляд Суду питання про будь-яке порушення чи протоколів до неї з боку іншої держави-учасниці. На практиці це означає, що будь-яка держава-учасниця може виступати ініціатором захисту в будь-якій іншій державі-учасниці Конвенції. Конвенція не обмежує коло суб'єктів, на захист яких може здійснюватися подання. Отримавши заяву від держави-учасниці, Суд розглядає її, досліджує надані факти і, якщо заяву буде визнано прийнятною, Суд може в разі необхідності провести розслідування, в тому числі з виїздом до держави, проти якої подано скаргу. Відповідно до п. а ст. 38 Конвенції така держава зобов'язана створити всі необхідні умови для встановлення фактів, викладених у справі. Водночас Суд має право сприяти дружньому врегулюванню спору, що виник, відповідно до п. б ст. 38 Конвенції. Процедура дружнього врегулювання спору є відповідно до положення Конвенції конфіденційною. Проте якщо дружнє врегулювання досягнуто, то Суд складає доповідь з коротким викладенням фактів і досягнутого рішення, яке підлягає опублікуванню.

2. Будь-яка особа, неурядова організація чи група осіб, які вважають себе постраждалими від порушення однією з держав — учасниць Конвенції прав, викладених у Конвенції чи протоколах до неї.

Якщо із заявою до Суду бажає звернутися фізична особа, то це може бути будь-яка людина, яка законно чи незаконно перебуває під юрисдикцією держави — учасниці Конвенції. Фактично це означає, що має бути прийнято до уваги такі критерії: 1) просторовий; 2) за колом осіб.

За колом осіб заявником може бути не лише громадянин тієї держави, в якій сталося порушення, а й будь-який іноземець, або особа без громадянства, яка опинилася під юрисдикцією держави — учасниці Конвенції, незалежно від того, проживає ця особа в державі постійно чи знаходиться на її території тимчасово. При цьому текст Конвенції побудовано таким чином, що йдеться про максимально широке коло осіб, права яких обумовлені Конвенцією, а держава-учасниця зобов'язана їх дотримуватися.

¹⁴⁰ Конвенція про захист прав і свобод людини (ETS No.5) із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. — К.: Парламентське видавництво, 2000. — С. 47.

На субсидіарному рівні з боку держав-учасниць спостерігаються спроби обмежити коло осіб, які мають право подавати скарги до Європейського суду з прав людини. Суд негативно оцінює такі спроби. Наприклад, Конвенція передбачає право на подання скарг особами, які перебувають у місцях позбавлення волі, і держава не має права чинити перешкоди обміну інформацією між Судом і такою особою.

Якщо до Європейського суду бажає звернутися група осіб, то мають бути дотримані критерії, що стосуються поняття «група». Конвенція не дає йому чіткого визначення, втім практика діяльності комісії та Суду свідчить про те, що це не може бути будь-яка група. Ст. 34 Конвенції пов'язує наявність групи з одночасним порушенням прав і свобод осіб, які до неї належать. Не може йтися про групу, що виникла внаслідок чи після того, як за різних обставин і в різний час були порушені права різних осіб, навіть якщо такі порушення видаються однаковими. У практиці Суду групою визнані в першому випадку, наприклад, подружжя, в другому — члени неурядової організації, які зверталися від власного імені, в третьому — учасники демонстрації.

Якщо неурядова організація бажає звернутися із заявою в порядку, визначеному ст. 34 Конвенції до Європейського суду, то для її звернення мають бути дотримані умови, що стосуються критеріїв такої організації. Хоча Конвенція у ст. 34 не формулює таких критеріїв, необхідно керуватися видами та формами «асоціацій» (об'єднань громадян — за термінологією українського законодавства) відповідно до ст. 11 Конвенції (неурядові організації, громадські фонди, політичні партії, профспілки, асоціації підприємств тощо). Дотримання умов, що стосуються критеріїв неурядової організації, має принципове значення при зверненні до Суду за захистом, наприклад, права на асоціацію. У практиці Суду траплялися випадки, коли організації не були визнані асоціаціями за змістом ст. 11 Конвенції. Наприклад, у випадку, коли вони виконували публічні функції.

В Україні законодавство про об'єднання громадян перебуває на стадії реформування. Правовий статус деяких асоціацій взагалі не врегульований. Проте неврегульованість статусу таких асоціацій не виключає їх можливості користуватися правами і свободами, передбаченими Конвенцією.

Просторова дія Конвенції пов'язана з тим, на якій території діють її норми. Відповідно до ст. 1 Конвенції: «Високі Договірні Сторони гарантують кожній людині, яка знаходиться під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі I цієї Конвенції»¹⁴¹. Вживання виразу «під

¹⁴¹ Конституція України 1996 рік. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — С. 141.

юрисдикцією» держави — учасниці Конвенції має принципове значення, оскільки визначає, що держава зобов'язана застосовувати Конвенцію лише в межах своєї території.

Перебувати під юрисдикцією держави — означає перебувати в тих межах, в яких держава вважає можливим гарантувати здійснення своїх власних приписів (велінь, дозволів, заборон)¹⁴². При цьому враховується, що під юрисдикцією держави — учасниці Конвенції знаходиться територія значно ширша, ніж власне її територія, а також морські, повітряні судна і космічні об'єкти, зареєстровані в державі. Для того щоб потрапити під юрисдикцію держави, не обов'язково перетинати її кордон. Дію Конвенції в просторі може бути обмежено наявністю імунітетів, що закріплені чинними міжнародними договорами. Тому не всі правовідносини, що виникли в особи навіть у межах території держави — учасниці Конвенції, можуть знаходитися під юрисдикцією держави.

Європейський суд з прав людини в деяких випадках може застосовувати норми універсальних міжнародно-правових актів з прав особи, хоча це положення прямо не впливає з Конвенції. Цей прийом застосовується для того, щоб полегшити, вирішити або сприяти розгляду справ, пов'язаних із порушенням норм Конвенції.

Суд не застосовує національного права держав — учасниць Конвенції і не виносить рішень на його підставі. Втім це не означає, що Суд не звертається при розгляді матеріалів справи до національного права. Скарга, що направляється до Суду, має супроводжуватися детальним посиланням на нормативно-правові акти, які були чи не були застосовані судом при вирішенні справи. Звернення Суду до національного права може бути пов'язане:

– із встановленням невідповідності чи відповідності національного права нормам Конвенції у зв'язку зі справою, що розглядається. З огляду на судову практику це найпоширеніша оцінка Судом національного законодавства держави — учасниці Конвенції;

– із встановленням прогалин у національному праві у сфері дії Конвенції. У цьому випадку Суд констатує відсутність у національному праві відповідної норми Конвенції, на основі якої повинно було бути прийняте рішення, але воно не було прийняте. Суд не розглядає прогалини у національному законодавстві як підстави для невиконання державами своїх зобов'язань згідно з Конвенцією;

– із рекомендаціями щодо вдосконалення національного законодавства з метою його найповнішої відповідності нормам Конвенції.

¹⁴² Черниченко С. В. Теория международного права: У 2-х т. — М.: НИМН, 1999. — Т. 2. — С. 117.

Практика Європейського суду може стати підставою для внесення державами — учасницями Конвенції значних змін до національного законодавства¹⁴³.

Рада Європи надає цьому правилу важливого значення. Відповідно до рекомендації державам — членам Конвенції Комітет міністрів Ради Європи закликав зокрема держави — учасниці Конвенції «до перегляду своїх національних правових систем з метою забезпечення адекватних можливостей повторного розгляду справи, включаючи поновлення провадження у випадках, коли Суд визнав порушення Конвенції, особливо:

i) коли потерпіла сторона і далі зазнає значних негативних наслідків рішення, ухваленого на національному рівні, — наслідків, щодо яких справедлива сатисфакція не була адекватним засобом і які не можна виправити інакше, ніж через повторний розгляд або поновлення провадження;

ii) коли рішення Суду спонукає до висновку, що

a) оскаржене рішення національного суду суперечить Конвенції по суті, або,

b) в основі визнаного правопорушення лежали суттєві процедурні помилки чи недоліки, які ставлять під серйозний сумнів результат оскарженого провадження на національному рівні»¹⁴⁴.

Як зазначалося, перед тим, як звернутися із заявою до Європейського суду з прав людини, заявник повинен вичерпати всі можливості для розв'язання справи на внутрішньодержавному рівні. «Субсидіарність є основним принципом захисту прав. Вона визнає першочергову компетенцію та обов'язок держави ефективно захищати своїми внутрішніми засобами права і свободи людини, які передбачені у Конвенції», — писав колишній голова Європейського суду Г. Петцольд¹⁴⁵.

Видається, що субсидіарний рівень є першочерговим засобом захисту прав і основних свобод особи та громадянина. Ця обставина є ключовою, незважаючи на те, що існують певні законодавчі недоліки в цьому аспекті, про які згадувалося раніше. Мета Конвенції полягає в тому, що гарантії прав особи, які існують у національному праві, підтверджуються та

¹⁴³ Наслідки реалізації судових рішень у 1995 та 1996 роках // Практика Європейського суду з прав людини. — 1997. — Вип. 2. — С. 15–21.

¹⁴⁴ Рада Європи. Комітет міністрів. Рекомендація № R (2000) Комітету міністрів державам-членам щодо повторного розгляду або поновлення провадження у певних справах на національному рівні після прийняття рішень Європейським судом з прав людини // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2000. — Вип. 1. — С. 207–208.

¹⁴⁵ Цит. за: Трагнюк О. Принцип субсидіарності за Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод людини 1950 р. // Право України. — 2003. — № 1. — С. 25–29.

зберігаються і не послаблюються з посиланням на те, що відповідні положення неефективно захищені конституцією. Першочерговість вирішення питання на субсидіарному рівні закріплює сама Конвенція. Так, у ст. 35 Конвенції чітко визначається: «Суд може прийняти питання до розгляду тільки після того, як були вичерпані всі національні засоби захисту, відповідно до загально визнаних норм міжнародного права і впродовж шести місяців від дати прийняття остаточного рішення»¹⁴⁶.

Після підписання Україною Конвенції про захист прав і основних свобод людини із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11, виникли проблеми, пов'язані з певними недоліками в цьому питанні на інформаційному рівні. З перших днів ратифікації Україною Конвенції до Європейського суду з прав людини із України пішов величезний потік заяв з надією на швидке та справедливе рішення. Результат для більшості заявників виявився несподіваним: значну кількість заяв комісією, пізніше Судом, було визнано неприйнятними або відхилено з технічних причин. Така доля спіткала більшість заяв «українського походження».

Причина ситуації, яка склалася, полягає в нерозумінні чи недооцінці місця й ролі Європейського суду з прав людини. виправлення цієї ситуації повинно здійснюватися шляхом проведення інформаційної програми про діяльність Суду серед населення. Основними напрямками інформатизації мають бути твердження про те, що Суд — не політичний орган, якими є багато з наявних органів із захисту прав особи, а орган з вирішення переданих йому спорів на основі права. Саме із цим пов'язане особливе значення юридичних процедур, закріплених у Конвенції та в Регламенті Європейського суду. Незнання таких процедур, як і їх зневажання, можуть суттєво утруднити звернення до Суду для захисту прав людини, її основних свобод.

Деякі автори зазначають, що в діяльності Європейського суду з прав людини спостерігаються ознаки прецедентного права. Так, М. Буроменський, досліджуючи це питання, зазначає: «на підставі практики застосування Конвенції Судом було дане важливе тлумачення цих статей, що вплинуло на формування правових прецедентів у цій галузі»¹⁴⁷. Водночас

¹⁴⁶ Конвенція про захист прав і свобод людини (ETS No. 5) із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія. — К.: Парламентське видавництво, 2000. — С. 25.

¹⁴⁷ Буроменський М. В. Звернення Європейського суду з прав людини: практика суду і особливості українського законодавства / Харківська правозахисна група. — Х.: Фоліо, 2000. — 15 с.

він зазначає, що «...навіть чи можна стверджувати, що Суд за допомогою прецедентів творить право — Конвенція не наділяє його такими повноваженнями. Він лише формулює своє розуміння норм Конвенції на основі самої Конвенції. Інакше кажучи, суд не підміняє собою «законодавця» в особі держав — учасниць Конвенції». Саме в останньому, на думку М. Буроменського, є відмінність прецеденту Європейського Суду з прав людини від прецеденту, наприклад, в англійському праві, де суддя за певних обставин може виступити, по суті, в ролі законодавця.

Водночас С. Шевчук зазначає: «в Україні починають складатися прецедентне право та відповідна судова правотворчість, що є, безумовно, значним прогресивним фактором для подальшого якісного розвитку правосуддя у сфері захисту прав людини та основних свобод»¹⁴⁸. Поява тенденцій формування прецедентного права в Україні пов'язана з такими причинами: 1) з фактом належності України до романо-германської правової сім'ї (наприклад, рішення Федерального Конституційного суду Федеративної Республіки Німеччини мають прецедентний характер); 2) в Україні, як і у всій континентальній Європі, завжди існувала та існує прихована судова правотворчість. Зміст судової правотворчості полягає в заповненні прогалин у законодавстві, коли певна норма права викладена нечітко та незрозуміло для суб'єктів правовідносин, що потребує додаткового тлумачення при вирішенні справи. Це призводить до того, що постійні звернення до законодавчого органу з метою заповнення правових і законодавчих прогалин визнаються недоцільними, оскільки суди мають вирішувати справи, а не повідомляти в розгляді з посиланням на прогалини в законодавстві.

На думку С. Шевчука, тенденція формування прецедентного права в Україні є позитивним явищем¹⁴⁹. Дещо іншої думки дотримуються І. Блищенко і Ж. Дорія. Вони виходять з того, що в міжнародному праві будь-які судові рішення не створюють прецеденту, а інші судові рішення слід розглядати як непрямі джерела міжнародного права¹⁵⁰.

Поява деяких ознак формування прецедентного права в Україні пов'язана з необхідністю тлумачення правових норм, неоднозначних для застосування, та деякою мірою — з полегшенням роботи суддів та процесу правосуддя. Вважається, що судовий прецедент щодо прав особи сприяє становленню конституційної демократії та забезпечує принцип

¹⁴⁸ Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини. — К.: Реферат, 2002. — С. 82.

¹⁴⁹ Там само. — С. 72.

¹⁵⁰ Блищенко М. И., Дориа Ж. Прецеденты в международном публичном и частном праве. — М.: Институт международного права. Российский университет Дружбы народов. МНИМП, 1999. — С. 16.

безпосередньої дії норм про права та основні свободи особи незалежно від законодавства, яке їх конкретизує. Однак стверджувати про наявність тенденції формування прецедентного права передчасно, оскільки правова система України не має достатніх ознак формування прецедентно-правових відносин, правова система в Україні перебуває на стадії становлення, і нав'язування прецедентно-правових інституцій може призвести до негативних наслідків. Факт визнання Україною юрисдикції Європейського суду з прав людини, у діяльності якого спостерігаються ознаки прецедентного права, не є достатньою підставою говорити про такі ж ознаки у правовій системі України.

1.4. Особливості розвитку та основні характеристики правової системи України

Функціонування правової системи України безпосередньо пов'язано з її формуванням, витоками, джерелами, трансформаційним регулюванням, культурною спадщиною тощо.

В історії України правова система формувалася в періоди становлення державності — Київської Русі, гетьманщини XVII–XVIII ст., УНР, ЗУНР, Гетьманату П. Скоропадського початку XX ст., своєрідно — в УРСР.

Процес становлення давньоруської держави тривав кілька століть і в три основні етапи. Його початком стало розселення слов'ян наприкінці V ст., а завершальним моментом першого етапу — VIII–IX ст. Дослідники зазначають, що слов'янські союзи племен склалися в етнокультурні спільноти, які мали певні локальні особливості. У VIII ст. слов'янські племена характеризувалися наявністю племінних князів, які фактично були ще додержавними об'єднаннями (мали риси протодержав), однак саме вони заклали підвалини майбутньої держави, яка виникла лише в IX ст. внаслідок об'єднання цих племен полянами навколо Києва.

Остаточне становлення східнослов'янської держави відбулося наприкінці IX ст., коли в 882 р. Олег здійснив похід з Городища до Києва. Його княжіння тут знаменувало створення загальноруської держави — Київської Русі¹⁵¹.

Історично найдавнішим джерелом права в Україні був звичай, який вже у IX ст. отримав форму неписаної норми. Правові звичаї з'являлися

¹⁵¹ *История государства и права Украинской ССР. — Т. 1: История общественно-политического строя. — К.: Наук. думка, 1987. — С. 44–63.*

у різноманітних видових формах, які були джерелом безпосереднього пізнання звичаєвого права. Іншим джерелом права був закон. Первинною формою закону в давньоукраїнському праві були договори, наприклад, київських князів з греками, з Візантією¹⁵².

У період литовсько-польського господарювання в Україні діяли норми другого та третього Литовських статутів (1566–1588 рр.), а також звичаєве козацьке право, що охоплювало питання воєнно-адміністративного порядку та суду, володіння землею, купівлі-продажу рухомого майна, окремих злочинів та покарань тощо. У містах, особливо у тих, що користувалися правом самоуправління, діяли норми Магдебурзького права та його різновиду — Хелмського права¹⁵³.

У 1728 р. царським урядом було прийнято рішення створити комісію для кодифікації українського законодавства, результатом діяльності якої став підготовлений у 1743 р. звід «Права, за якими судиться малоросійський народ», що був представлений Сенату. Цей звід складався з трьох книг (статуту Литовського, Зерцала Саксонського і збірника Магдебурзького (Хелмського) права, книги «Порядку»), поділявся на тридцять глав, 531 артикул і 1716 пунктів. Хоча звід так і залишився не затвердженим, у судочинстві їм користувалися доволі часто як авторитетним джерелом¹⁵⁴.

Після 60-х рр. XVIII ст. у зв'язку з ліквідацією малоросійської автономії стало поширюватися використання загальноросійського права. У XIX ст. правовий розвиток України відбувався у загальноросійському руслі.

З 1918 р. Україна відтворювала загальні схеми державно-правового будівництва РРФСР і СРСР¹⁵⁵. За часів Радянського Союзу правова система Української РСР була складовою частиною правової системи СРСР. Ця система належала до сім'ї соціалістичного права, у зв'язку з чим не існувало особливих труднощів з класифікацією українського права. Розвиток української правової системи у IX — на початку XIX ст., сприйняття нею візантійської культури, духу пізньоримського права, а також вплив Литовських статутів, Магдебурзького права та ін. (про що свідчить, наприклад,

¹⁵² *Історія українського права: Навч. посіб. / Під ред. О. О. Шевченка. — К.: Олан, 2001. — С. 13.*

¹⁵³ *Кульчицький В. С., Настюк М. І., Тищик В. І. Історія держави і права України: Навч. посіб. — Л.: Світ, 1996. — С. 39–40.*

¹⁵⁴ *Історія держави і права України. — У 2 ч.: Підручн. / За ред. А. Й. Рогожина. — Ч. 1. — К.: Ін Юре, 1996. — С. 231–249.*

¹⁵⁵ *Хашматулла Бехруз. Введение в сравнительное правоведение: Учеб. пособие. / Одесская национальная юридическая академия. — О.: Юрид. лит-ра, 2002. — С. 298.*

Звід 1743 р. — «Права, за якими судиться малоросійський народ»), генезис та особливості розвитку правової системи України дають підстави твердити про приналежність її витоків до романо-германського типу правової системи. Були рецепційовані романо-германська конструкція правової норми, система основних джерел права; звичаю та судовому прецеденту відводилася другорядна роль. Доктрина не визнавалася джерелом права. У системі права домінували публічне право та публічний інтерес, суворо регламентувалися цивільні договори, арбітражна господарська діяльність обмежувалася плановим веденням економіки, колективною власністю, націоналізацією підприємств, банків. Домінуючим був постулат: «Дозволено тільки те, що не заборонено».

✓ Сучасна правова система України почала формуватися з прийняттям Верховною Радою 16 червня 1990 р. Декларації про державний суверенітет України і отримала потужний імпульс для свого самостійного розвитку після проголошення 24 серпня 1991 р. державної незалежності.

Правова система України є одним із важливих засобів забезпечення оптимальної єдності політичної та соціальної стабільності й динамізму, збереження цілісності суспільства, взаємодії особистісного і суспільного, правового і публічного факторів, які завжди перебувають у відносинах антиномії, тобто взаємопроникнення та внутрішньої суперечливості. Особливості правового розвитку повинні враховувати той факт, що ефективність функціонування державного механізму безпосередньо пов'язана з існуванням і дією правових засобів регулювання суспільних відносин. Одним із них є джерела права, які в сукупності становлять цілісну і взаємозв'язану систему.

✓ Основним джерелом права в Україні (приналежність до романо-германської правової системи) є нормативно-правовий акт — офіційний письмовий документ, який приймається уповноваженим органом держави і встановлює, змінює, припиняє чи конкретизує певну норму права¹⁵⁶. Це правовий акт, що приймається органами державної влади в процесі правотворчості. У Конституції України визначено перелік форм нормативно-правових актів для кожного суб'єкта правотворчої діяльності, їх ієрархічне підпорядкування, межі повноважень зазначених суб'єктів і порядок дії в часі, просторі¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Бобровник С. В., Назребельний В. П. Нормативно-правовий акт // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голов.) та ін. — Т. 4: Н-П. — К.: Укр. енцикл., 2002. — С. 192.

¹⁵⁷ Теорія держави і права. Академічний курс: Підручн. / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 342–343.

Нормативно-правові акти поділяють на закони та підзаконні нормативно-правові акти.

У власне юридичному значенні закон — це офіційний нормативний правовий акт, прийнятий в особливому порядку законодавчим органом, що регулює найбільш важливі суспільні відносини та має найвищу юридичну силу.

Класифікація законів здійснюється за різними критеріями:

1. За їх юридичною силою:

– Конституція України (Основний закон) — це єдиний правовий акт вищої юридичної сили, є основним джерелом нашого законодавства, його системноутворювальною засадою. Певною мірою вона позитивно вплинула на формування сучасної правової системи¹⁵⁸;

– конституційні закони — закріплюють основи суспільного і державного устрою, є юридичною базою для чинного законодавства, вносять зміни і доповнення до конституції та приймаються з питань, що передбачені й пов'язані з Конституцією;

– звичайні закони — приймаються на підставі та на виконання конституційних законів, становлять чинне законодавство і регулюють різні сторони політичного, економічного, культурного життя тощо.

2. За суб'єктами законотворчості: акти, прийняті за результатами референдуму вищим законодавчим органом (Верховною Радою України).

3. За предметом регулювання: закони конституційні, адміністративні, цивільні, кримінальні, процесуальні тощо.

4. За характером регулювання: органічні закони, тобто внутрішньо узгоджені, що відзначаються високим рівнем нормативних узагальнень і спрямовані на комплексне врегулювання суспільних відносин; виключні закони, що приймаються за надзвичайних обставин поза планом законотворчих робіт.

5. За сферою дії на суб'єктів: закони загальні (поширюються на всіх суб'єктів незалежно від їх статусу); закони соціальні (регламентують діяльність чітко окреслених груп суб'єктів), які мають особливий статус¹⁵⁹.

6. За структурою: прості та кодифіковані.

¹⁵⁸ Шемшученко Ю. С. Роль і значення Конституції України у державотворенні і правотворенні: проблеми теорії і практики // Конституційні засади державотворення і правотворення в Україні: проблеми теорії і практики. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корсцького НАН України, 2006. — С. 10.

¹⁵⁹ Погорілко В. Ф., Бобровник С. В. Закон // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — Т. 2: Д–Й. — С. 475.

Підзаконний правовий акт має меншу юридичну силу, ніж закон. Він приймається на основі законів та на їх виконання. Підзаконні акти не повинні суперечити законам. У разі колізії перевага надається закону. До підзаконних правових актів належать укази Президента України, постанови і розпорядження місцевих державних адміністрацій, рішення органів місцевого самоврядування тощо. І підзаконні акти, і закони повинні відповідати Конституції України¹⁶⁰.

В Україні прецеденти не визнаються джерелом права. Однак прибічниками визнання судової практики джерелом права України наводяться такі аргументи:

- необхідність заповнювати прогалини у праві;
- припинення знецінення нормативних актів;
- усунення протиріч у чинному законодавстві.

Цій думці протистоїть позиція, відповідно до якої судовий прецедент:

- веде до виникнення суперечливості із концепцією поділу влад, оскільки суд привласнює законодавчі повноваження;
- не є джерелом права у романо-германській правовій сім'ї;
- суперечить Конституції України та конфліктує із законодавчою діяльністю Верховної Ради України («негативний законодавець» тощо)¹⁶¹.

Конституція України не закріплює правовий звичай як джерело права, однак деякі законодавчі акти містять такі норми. Так, наприклад, за ст. 7 Цивільного кодексу України цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є установленим у певній сфері цивільних відносин. Звичай може бути зафіксований у певному документі. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується¹⁶². Певну роль у формуванні конституційного законодавства відіграє звичай: створення парламенту, відкриття першого засідання парламенту, порядок голосування тощо. Ці положення отримали закріплення в Регламенті Верховної Ради України. Таким чином, звичай є одним з факторів правотворчої діяльності¹⁶³.

¹⁶⁰ *Богінич О. Л.* Підзаконний акт // *Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 2002. — Т. 4: Н-П. — С. 537.*

¹⁶¹ *Савчин М. В.* Вказ. праця. — С. 203.

¹⁶² *Цивільний кодекс України: Наук.-практ. коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Л. М. Шевченко. — К.: Ін Юре, 2004. — Ч. 1. — С. 15.*

¹⁶³ *Толкачева Н.* Звичаєве право. — Вид. 2-ге, доп. і перероб. — К.: ВПЦ Київський ун-т, 2006. — С. 37–54, 263–280.

Сучасна українська юридична наука на підставі чинної практики досліджує та обґрунтовує нормативно-правовий договір як джерело права. Нормативно-правовий договір у розвиненому громадянському суспільстві стає однією з головних юридичних форм існування правових норм¹⁶⁴. Договір нормативно-правового змісту з'являється в стародавньому Римі, він був використаний юристами Західної Європи у середні віки. Одним з основних положень доктрини природного права було визнання договору джерелом права. В силу історичних обставин повернення до цієї доктрини відбулося лише в ХХ ст., коли в умовах формування громадянського суспільства договір став однією з головних юридичних форм існування правових норм.

Правова доктрина не є джерелом права в Україні, а має лише допоміжний характер стосовно головної форми права — закону.

На думку О. Сидоренка, правова доктрина є вторинним джерелом права, оскільки вона роз'яснює чинне право, тлумачить його, на цій підставі сприяє подальшому його розвитку, а також виробляє для заповнення прогалин нові правові положення у зв'язку з вивченням життєвих явищ. Здобуті наукові правові положення, у свою чергу, можуть стати підставою вироблення норм звичаєвого або позитивного права, що є вже безпосереднім джерелом права¹⁶⁵.

Нинішній етап демократичної трансформації суспільних (серед них — юридичних) відносин в Україні передбачає не відмову, не відмежування від перевірених історичним часом загальнолюдських соціальних цінностей (зокрема, ідей права і закону, право- і законотворення тощо), а й вимагає їх наповнення новим змістом. Має враховуватися передусім і розмежування приватних і публічних потреб та інтересів сучасного, певним чином соціалізованого та колективізованого суспільства, та їх взаємодія.

В умовах розвитку державності України ключове місце належить формуванню правової системи, в якій одним з основних елементів є права людини¹⁶⁶.

Формування сучасної української держави можливе лише на основі реалізації конституційних положень правової рівності всіх форм власності, принципів соціально орієнтованої економіки, соціальної та політичної свободи. Особливого значення при цьому набуває забезпечення оптимального

¹⁶⁴ *Проблеми общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2008. — С. 276–278.*

¹⁶⁵ *Сидоренко О. М.* Правова доктрина як вторинне джерело права // *Актуальні проблеми держави і права: Збірник наукових праць. — Вип. 29. — О.: Юридична літ-ра, 2006. — С. 41.*

¹⁶⁶ *Рабинович П. М.* Основи загальної теорії права та держави: Навч. посібник. — Л.: Край, 2007. — С. 10.

поєднання соціального та правового принципів розвитку суспільства. Це завдання досить складне з огляду на їх єдність і суперечності. Правовий і соціальний принципи покликані забезпечити благо індивіда — громадянські, політичні й соціальні права. З одного боку, правовий принцип має обмежити втручання держави в економіку, захищати недоторканність права власності та власника, з іншого — соціальний принцип передбачає організаційну та координаційну роль держави, її втручання в економіку, перерозподіл громадського добра, соціальну відповідальність власника.

Визнання державою прав і свобод людини та громадянина пріоритетною цінністю створює передумови для досягнення консенсусу щодо базових принципів організації та реалізації державної влади, її ефективної взаємодії з громадянським суспільством¹⁶⁷.

∧ Сучасна правова система України має базуватися не на традиційних засадах юридичного позитивізму, який тлумачить право винятково як продукт вольових дій та рішень вищих суб'єктів державної влади, а на праворозумінні як мірі свободи рівних суб'єктів, на принципі верховенства права¹⁶⁸.

Конституційні положення щодо прав людини та громадянина належать не тільки до нормативно-правової системи держави, а й до її інституціональної системи — до усіх гілок влади та їх правотворчої, правозастосовної й правозахисної діяльності.

Взаємодія української держави і правової системи розкривається в демократичному характері держави, який забезпечується реалізацією закріпленого в Основному законі принципу розподілу влад, змістом статусу та повноважень Верховної Ради України (розділ IV), Президента України (розділ V), уряду України (розділ VI), судової влади (розділи VIII, XII).

Досить складною проблемою сучасного правового виміру є аналіз співвідношення держави та правової системи. Правова система повинна чітко реагувати на прояв двох полярних тенденцій. З одного боку, є очевидною тенденція до певної стандартизації державної формотворчості — ті моделі чи форми, які існують у найбільш розвинених демократичних країнах, запозичуються, причому інколи цілком механічно, без урахування національної специфіки, з іншого — навпаки, знаходить прояв тенденція до збільшення різноманіття форм державного устрою, з'являються національно-специфічні моделі, що є наслідком адаптації загальноновизначених взірців до специфічних умов будь-якої конкретної держави.

¹⁶⁷ *Держава і громадянське суспільство в Україні: проблеми взаємодії*: Монографія / За ред. І. О. Кресіної. — К.: Логос, 2007. — С. 55.

¹⁶⁸ *Малько А. В., Нырко В. В., Шудіков К. В.* Теория государства и права: Элементарный курс. — М.: Кнорус, 2007. — С. 70–77.

Поєднання всієї сукупності політичних, економічних, соціальних, соціокультурних та інших чинників у певній державі створює специфічне середовище, що трансформує загальноновизнані форми у формоутворювальні елементи держави.

Заслугує на увагу і те, що в українській юридичній науці сутність держави тривалий час розглядалася тільки з класових позицій. Думка про державу як про інструмент урегулювання класових суперечностей, організацію, що задовольняє інтереси всіх чи більшості соціальних сил, надкласової організації, інструмент класового компромісу тощо не визнавалася.

Сучасна держава — соціальний арбітр, орган вирішення загальних справ, організатор багатьох важливих заходів, без здійснення яких не може нормально функціонувати сучасне суспільство. Держава має запобігати диференціації суспільства, аби не допустити гострих соціальних конфліктів.

Жодна держава не має іншого шляху, крім участі у збереженні людства і вирішенні глобальних проблем, у демократичній перебудові внутрішньодержавного, національного і світового порядку, у зміцненні гарантій прав і свобод особи, в активному запобіганні тоталітаризму.

Заслугує на увагу і зовнішньополітичний аспект актуальності теми. Вдосконалення сучасної держави, визнання фундаментальних принципів європейського розвитку створює правові та політичні умови для залучення України до міжнародних стандартів демократії.

Становлення правової державності передбачає генезис особливих правових відносин між громадянином і державою, між органами державної влади, а також оновлену взаємодію між суспільством і політичними силами.

В умовах демократії право перестає бути свого роду додатком до державної влади, утверджується верховенство права. Воно є вищим за державну владу, зв'язує і підкорює собі державну владу (правова держава), все більше набуває «власних» підвалин у природному праві, у невід'ємних правах і свободах людини, набуває дедалі досконаліших форм у законах та інших джерелах, його основи закріплюються в конституції, воно стає єдиним, незалежним і сильним правопорядком¹⁶⁹.

«Право, — зазначає академік НАН України Ю. С. Шемшученко, — система соціальних загальнообов'язкових норм, дотримання і виконання яких забезпечується державою... Історія розвитку права тісно пов'язана з виникненням і розвитком держави»¹⁷⁰.

¹⁶⁹ *Теория государства и права* / Под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: ИД Форум, Инфра-М, 2008. — С. 560–565.

¹⁷⁰ *Шемшученко Ю. С.* Право // *Юридична енциклопедія*: В 6 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — Т. 5. — С. 5.

Виступаючи на загальних зборах з нагоди 10-річчя утворення Академії правових наук України, її президент, академік НАН України В. Я. Тацій зазначив зокрема, що «залишки суто позитивістського підходу до розуміння права, за якого воно розглядалося як суб'єктивне явище, в результаті чого заперечувалася його незалежність від держави», не мають сьгодні перспективи.

Сучасне розуміння поняття права не повинно призводити як до заперечення нормативного характеру права, так і до розуміння його лише як юридичного аспекту права або закону — однієї з форм цього аспекту. Воно (розуміння) не має підстав до жорсткого протиставлення закону і права, а навпаки — є необхідним визначенням закону в правовому вимірі. На думку провідних українських учених, «необхідно твердо відстоювати єдність духу і букви закону. Інше розхитує правовий порядок, веде до волюнтаризму, а потім до сваволі, що не сприяє стабільності в нашому неспокійному суспільстві»¹⁷¹. Тому і діяльність Верховної Ради України як публічної організації, як єдиного законодавчого і водночас вищого представницького органу Української держави, яка покликана здійснювати загальну волю громадян України, не можна зводити тільки до служіння формуванню права.

Демократична трансформація українського суспільства, розбудова його демократичної державності, формування його сучасної правової системи обумовлює необхідність вирішення щонайменше двох взаємопов'язаних завдань методологічного та теоретичного характеру. Це — подолання традиційного для радянського правознавства підходу до права лише як до сукупності норм, відповідних юридичних актів, а отже — до його джерел і до сутності правотворення як явища суто формального. Необхідне глибоке усвідомлення закономірностей співвідношення права та юридичного закону, ступеня саморозвитку права як явища, з одного боку, недержавного походження, а з іншого, — ступеня його походження від держави, зокрема у формі юридичного закону.

Проблема ефективності чинного права як певного соціального регулятора суспільного життя є надзвичайно важливою, йдеться не тільки про відмежування права як явища (не завжди тільки державного походження) від закону, до якого право (хоча б і соціалістичне, радянське) не могло бути зведене, а й про його всебічне дослідження, зокрема, його взаємозв'язку з природними явищами, а також з правами людини, значення яких

у житті суспільства дедалі більше починає зростати і державне забезпечення яких все більше обумовлює соціальний прогрес. Проте сутність інституту прав людини не може бути розкрита без всебічного вивчення природи права і закону як реальних явищ, а також без аналізу понять, що застосовуються в юридичній науці, закономірностей їх співвідношення між собою. Слушно зазначає професор М. І. Козюбра, що право має розглядатися у нерозривному зв'язку з правами людини — невід'ємним компонентом права, яке має розглядатися не як безпосередній акт державної влади, а насамперед як соціальний феномен, пов'язаний з такими явищами соціальної взаємодії, як справедливість, свобода тощо. Саме тому в процесі дослідження закономірностей права, зокрема права людини в суспільстві, необхідно розрізняти право і закон. Далі учений робить висновок, що «іх існування поза правом і без права неможливе, як і право немислиме без прав людини. Це явища однієї сутності»¹⁷².

По суті, проблема розмежування понять права і закону стала актуальною з моменту законодавчої діяльності держави, коли держава почала претендувати на монополію у визначенні того, що є право, яким має бути обсяг прав, свобод і обов'язків людини.

Ця проблема була предметом гострих наукових дискусій за всіх часів державно упорядкованого суспільства, в тому числі часів радянського політичного режиму, коли ідеї, зокрема панування (верховенства) права і правової держави, оголошувалися офіційними державними ідеологами буржуазно-апологетичними. Саме в цей час розроблялися концепції «радянського права» як «оформленої в юридичні норми зведеної у закон волі панівного класу», як «політичного інструменту трудящих мас, «радянської законності» тощо. Особливої гостроти дискусії з проблеми співвідношення права і закону набули у 60–80-х рр. ХХ ст. Незважаючи на те, що ці дискусії відбувалися в колишньому Радянському Союзі, виключно на методологічному ґрунті марксизму-ленінізму, чимало аргументів окремими їх учасниками наводилися на користь того, що право обумовлюється об'єктивними потребами суспільного розвитку, розвивається як соціальне явище еволюційно, причини і джерела правотворення необхідно шукати у закономірностях організації та функціонування суспільства в цілому, а не тільки держави як різновиду соціальних органів управління суспільством¹⁷³.

¹⁷² Козюбра М. І. Права людини і громадянина у діяльності сучасної держави // Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту. — К.: Наук. думка, 2007. — С. 11–28.

¹⁷³ Венгеров А. Б. Теория государства и права. — М.: Омсга-Л, 2008. — С. 338–363.

¹⁷¹ Опіщенко Н. М. Проблема ефективності законодавства та сучасний розвиток // Вісн. — 2007. — № 12 (201). — С. 3–7.

Необхідність поглиблення знання про проблеми сутності права і закону, їх співвідношення, розрізнення та взаємозв'язку, відповідність сутності закону праву підкреслюється нині як у зарубіжній, так і у вітчизняній науковій літературі.

Слід зазначити, що і фундатори марксизму не заперечували необхідності розмежування права і закону як у процесі наукового дослідження, так і в юридичній практиці, про що й писали у своїх творах. Нині без достатнього усвідомлення зазначеного взаємозв'язку, зокрема розмежування і взаємодії права та закону, не можна зрозуміти не тільки еволюції їх ролі у життєдіяльності людей, а й перспектив і джерел правотворення та законотворення, шляхів удосконалення як правотворення, так і державотворення в Україні.

Основний закон України визначає чинні відносини державної влади та забезпечення юридичних механізмів її функціонування (верховенство закону, система прав і свобод особи і громадянина, взаємовідповідальність особи і держави, принцип розподілу влади, правові форми діяльності держави, процедурно-процесуальна регламентація діяльності органів державної влади, її посадових осіб, контроль за владою тощо).

Правова система України як демократичної, соціальної, правової держави розширює свій вплив на суспільні процеси, на врегулювання соціально-економічних відносин, на розвиток політичної та соціальної системи, відображає взаємодію різних соціальних спільностей. Вона покликана забезпечити практичну реалізацію її основних принципів: гідний людини прожитковий мінімум, соціальну рівність, зростання загального добробуту.

Роль української правової системи за умов побудови сучасної європейської держави визначається необхідністю забезпечення самовизначення особи, її розвитку та соціалізації. При цьому право функціонує як об'єктивно можливий масштаб соціальної свободи, що стимулює творчу активність, самосвідомість людини, гарантує визнання суспільством того, що кожен індивід народжується вільним і рівним з іншими, а верховенство права розглядається як соціальний феномен, який обумовлює невід'ємні права людини та громадянина на свободу, рівність, справедливість, гідне життя, повагу і недоторканність.

Це зумовлює можливість реалізації прав і свобод людини та громадянина, дає підстави для висновку про неприпустимість їх скасування або будь-якого обмеження. Саме завдяки визнанню гідності людини визнаються недоторканими і невідчужуваними права людини. Вони є основою будь-якого суспільства та справедливості¹⁷⁴.

Права людини становлять найважливіший соціальний і політико-правовий інститут, який об'єктивно є мірилом демократичних досягнень даного суспільства, показником рівня його цивілізованості. Адже саме за допомогою цього інституту особистість долучається до матеріальних і духовних благ суспільства, механізмів влади, законних форм волевиявлення і реалізації власних інтересів. Від рівня забезпеченості прав вирішальною мірою залежить рівень розвитку самої особистості, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека¹⁷⁵.

Здійснення завдань та функцій демократичної соціально-правової держави передбачає створення і використання надійних юридичних механізмів реалізації свободи, рівності та справедливості з урахуванням неможливості існування абсолютної необмеженої свободи й абсолютної рівності. Ці механізми мають визначити оптимальне співвідношення державних, правових, економічних складових регулювання та саморегулювання суспільних процесів¹⁷⁶, регулювати також перерозподіл матеріальних ресурсів для забезпечення певного наявного в державі рівня життя, сприяти зниженню соціальної напруженості.

Механізм забезпечення прав і свобод особи являє собою єдине, цілісне і якісно самостійне явище правової системи. Це — комплекс взаємозв'язаних, взаємодіючих юридичних передумов, нормативних засобів і загально соціальних умов, які створюють належні юридичні та фактичні можливості для повноцінного здійснення прав і свобод людиною.

Сутність гарантій основних прав і свобод людини і громадянина є умови, які повинна створити держава для їх реалізації.

За змістом гарантії основних прав і свобод — це система заходів, спрямованих на реалізацію прав (органи охорони здоров'я, відповідного соціального забезпечення тощо).

За формою гарантії основних прав і свобод — це передбачені конституцією і законами форми (в тому числі правові) захисту основних прав і свобод. Пріоритетним видом юридичних гарантій є нормативно-правові, під якими слід розуміти систему норм із реалізації основних прав та свобод людини і громадянина. Нормативно-правові гарантії охоплюють норми-принципи, юридичні обов'язки і юридичну відповідальність.

¹⁷⁵ Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / За заг. ред. В. Б. Авс'янова. — К.: Наук. думка, 2007. — С. 11.

¹⁷⁶ Хропанюк В. Н. Теория государства и права. — М.: Интерстиль, Омега-Л, 2008. — С. 346–360.

¹⁷⁴ Романов Р. А. Теория государства и права. — СПб.: Питер, 2006. — С. 175–180.

Особливе місце в системі нормативних гарантій посідають норми-принципи, зокрема ті, що забезпечують права і свободи людини і громадянина, насамперед щодо невідчужуваності, непорушності рівності, необмежованості конституційних прав і свобод, рівності громадян тощо¹⁷⁷. Серед нормативно-правових гарантій величезна роль належить процесуальним нормам, які являють собою систему правових засобів щодо здійснення правосуддя, захисту прав і свобод людини в судовому процесі, реалізації завдань судочинства з кримінальних і цивільних справ.

Юридичний обов'язок як складовий елемент нормативно-правових гарантій визначає законну міру певної поведінки учасників конкретних правовідносин. Складовою нормативно-правових гарантій є юридична відповідальність за порушення основних прав і свобод людини та громадянина.

Видом юридичних гарантій є також організаційно-правові (інституційно-правові) гарантії прав і свобод людини та громадянина — закріплені в правових актах діяльність державних органів і громадських організацій щодо забезпечення, реалізації та охорони основних прав і свобод людини та громадянина. При цьому слід враховувати, що основні права мають передумовою свого існування, з одного боку, наявність держави, яка їх гарантує і захищає, з іншого — протистояння саме цієї держави основним правам. Держава повинна захищати свободу індивіда за умови, що гарантується достатній захист публічних інтересів.

Специфічною юридичною гарантією прав і свобод людини та громадянина є ефективність функціонування, високий ступінь цілісності правової системи, яка передбачає розвинений інститут прав людини.

Проте нормативно-правові засоби забезпечення прав і свобод людини та громадянина самі по собі не можуть створювати фактичні умови для використання кожним своїх прав і свобод. Їх гарантування не може бути достатньо ефективним за відсутності належних соціально-економічних, політичних, культурних та інших умов, які визначають дієвість, сутність юридичного забезпечення прав і свобод особи.

Загальносоціальні умови як об'єктивні умови суспільної життєдіяльності виступають «матеріальною», фактичною основою забезпечення прав і свобод особи. Одним з елементів гарантій, що розглядаються, є соціальні фонди держави, які визначають частину національного прибутку, спрямовану на соціальне забезпечення, пільгове забезпечення на основі соціально пріоритетних потреб членів суспільства.

Проблема реалізації прав, свобод і обов'язків тісно пов'язана з політичним і економічним станом суспільства, станом його духовності, консолідованості, розвитку політичної та правової культури¹⁷⁸.

Для реалізації принципів і завдань соціально-правової держави необхідні певні соціокультурні умови: високий рівень правової культури, злагода і консолідованість суспільства на підґрунті морально-правових цінностей, розвиток ідеї соціального партнерства і солідарності між державами, профспілками, власниками та іншими суспільними групами, усвідомлення значущості регулятивних функцій держави і права, спрямованих на безконфліктний розвиток суспільства. Необхідний тісний зв'язок між особистими свободами і відповідальністю особи.

Модернізація масового світогляду населення є одним із чинників утвердження принципів демократії, перехід від тоталітарної системи до передумов системи демократичної без масових вибухів, що відбувалися в країні і в роки краху тоталітарної системи. Підвищення рівня освіти, раціоналізму, індивідуальності, пристосування до складнощів сучасного життя призводять до того, що величезні маси людей починають розуміти безпідставність і безплідність стихійної реакції на бідкування. Зростає роль національно-правової держави і права у подоланні конфліктів, які виникають у суспільстві, за допомогою узгодження інтересів і дій різноманітних груп суспільства в процесі соціальних відносин¹⁷⁹.

Соціально-правова держава намагається посилити мотиваційні установки впливу права. Громадянська активність, наполегливість повинні бути правомірними, виправданими, суспільно корисними і відповідальними.

Дійсна правова активність передбачає наявність певної системи у правових питаннях, необхідний рівень правової культури, інформованість. Тільки на цій основі особа може усвідомити високе призначення права, його цінність, необхідність, місце і роль у житті суспільства.

Правове регулювання у суспільстві тим ефективніше, що більше воно відповідає моральним поглядам членів суспільства, що повніше в правовому регулюванні втілюється принцип справедливості. Справедливість у праві, очікування від державної влади, від законів сприяє об'єктивним умовам, за яких людина здатна розкрити свою людську сутність найповніше, максимально¹⁸⁰.

¹⁷⁸ *Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні: Монографія* / Кол. авторів: За ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука. — К.: Юридична думка, 2007. — С. 294–298.

¹⁷⁹ *Права людини в Україні — 2006. Доповідь правозахисних організацій* / За ред. Є. Захарова, І. Рапп, В. Яворського. — Х.: Права людини, 2007. — 528 с.

¹⁸⁰ *Опоре Т. Про право: короткий вступ* / Пер. з англ. — К.: Сфера, 2004. — С. 108–109.

¹⁷⁷ *Малько А. В.* Вказ. праця. — С. 127–136.

Ідея взаємозв'язку права та справедливості пронизує всю європейську правову культуру та думку. Взаємодопомога, справедливість, мораль — такі послідовні етапи, які ми спостерігаємо, вивчаючи світ людини. В. Нерсесянц наголошує, що право як форма буття і вираз свободи є формою буття рівного ступеня, однакового масштабу свободи для всіх суб'єктів даного кола правовідносин. Правова рівність — це рівність вільних і незалежних суб'єктів права, потенційні можливості яких визначені єдиною мірою, єдиним критерієм. Таким критерієм, основою правового урівнювання різних фактично людей є їх свобода. Право тому і цінне для членів суспільства, що воно не вимагає фактичної рівності індивідів. Вони залишаються кожний унікально-неповторним. Право урівнює цих фактично нерівних людей у свободі, яка їм необхідна для самореалізації, самовираження, усвідомлення своєї неповторності.

Філософ стародавнього світу Арістотель бачив зв'язок рівності і справедливості. Він писав, що поняття «справедливість» одночасно є проявом як законного, так і рівномірного, а несправедливість — протизаконного і нерівномірного (ставлення до людей).

Римський юрист Ульпіан писав, що тому, хто займається правом, необхідно спочатку дослідити, звідки походить назва права. Правова рівність (відповідність, рівномірність), що, власне, і виражає зміст справедливості права. Римські юристи користувалися поняттями *aequum ius* (еквівалентне, рівне право) і *ius iniquum* (право нееквівалентне, нерівне). Правовий еквівалент означав у них рівну справедливість або справедливу рівність, що є однією сутністю. Ульпіан наголошував, що справедливість є незмінною й усталеною волею надавати кожному його право. Приписи права такі: жити чесно, не чинити шкоди іншому, кожному віддавати те, що йому належить. Справедливість є пізнання божественних і людських справ, наука про справедливе і несправедливе.

Правова справедливість — це справедливість, яка належить усім, яка повинна бути визнана всіма, всім суспільством, у першу чергу, внаслідок сприйняття канонів та засад справедливості, а, отже, права в цілому. Право покликане впорядковувати суспільне життя, а не провокувати хаос, що може призводити до ситуації, коли в дію вступають несанкціоновані регулятори суспільних відносин, наприклад, норми, що регламентують проведення угод у тіньовій економіці. Підміна правового начала неправовими регуляторами призведе до руйнації права, що зруйнує суспільство. В основу правової справедливості покладена справедливість моральна, усереднене та сприйняте її розуміння суб'єктами права. Якщо правова справедливість спирається на інші засади, тоді право знищується взагалі.

Що ж являє собою сучасне право, яке повинно бути взірцем свободи, зосередженням справедливості, гарантом прав на самореалізацію, захистом від агресії держави та, врешті-решт, бути інститутом доступним, зрозумілим і сприйматися не тільки професіоналами, а в першу чергу, пересічними громадянами?

Великий внесок у дослідження цієї категорії зробили вчені сучасної доби. В. Лазарев визначив право як сукупність виданих у даному суспільстві та забезпечених офіційним захистом норм рівності та справедливості. В. Нерсесянц доводить принципову відмінність між двома протилежними типами праворозуміння, які, за його характеристикою, можна назвати відповідно юридичним (від *jus* — право) та легістським (від *lex* — закон).

Конкретизуючи сутність права, слід зазначити, що воно повинно слугувати інтересам справедливості, захищати природні права людини, її честь і гідність. Людство пройшло шлях розвитку від недосконалого архаїчного права до більш досконалого, що відповідає за своєю сутністю потребам справедливості, свободі особи, захисту її інтересів.

Оптимальне поєднання принципів і стандартів правової соціальної держави, їх поступова трансформація в державу соціально-правову вимагає дотримання балансу між вільною економікою та певними засобами впливу на розподільчі процеси в душі справедливості, подолання соціальної нерівності¹⁸¹.

Соціальні права утворюють певну систему, яка має нормативне закріплення як у сфері міжнародного права, так і в національному законодавстві.

Правовий аналіз Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, законодавства України дає змогу структурувати ці права за такими групами: а) право на працю в справедливих та сприятливих умовах; б) право на соціальний захист, достатній життєвий рівень і на найсучасніші досягнення рівня фізичного та психічного здоров'я; в) право на освіту та користування здобутками культури та розробками наукового пошуку.

Здійснення цих прав неможливе без активного сприяння держави, що чітко зафіксовано в п. 1 ч. 2 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права.

У пакті поставлене завдання перед урядами та ООН у галузі прав людини щодо реалізації та здійснення цих прав. Зокрема підкреслюється необхідність законодавчого забезпечення економічних, соціальних і культурних прав для всіх, гарантування державами — учасницями цього пакту користування цими правами без будь-якої дискримінації.

¹⁸¹ Гришук О. В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. — К.: Атіка, 2007. — С. 102–127.

Жодне право і жодна свобода не повинні протиставлятися іншим правам і свободам. Проте для цього необхідне дотримання певної цілеспрямованої політики з боку держави, що можливе, як правило, лише в демократичних країнах, де народ контролює процес управління та бере в ньому участь¹⁸².

Таким чином, соціально-правова держава не тільки покликана створювати умови та визначати відповідальність за реалізацію другого покоління прав людини, а й повинна безпосередньо впливати на здійснення всього єдиного комплексу прав і свобод людини, на гуманізацію суспільного життя, формування солідарності громадян, підвищення моральності всіх індивідів та груп.

Вона повинна не тільки проголошувати права і свободи людини, а й забезпечувати, охороняти та захищати їх.

Найважливішою метою та умовою реформування українського суспільства є розвиток демократії, соціально-правової держави та її правової системи, які мають забезпечити становлення України як високорозвиненої цивілізованої європейської держави з високим рівнем життя, соціальною стабільністю, культурою та демократією, дадуть їй змогу стати впливовою силою у світі та Європі¹⁸³.

Завданнями державно-правових реформ є створення дієвих механізмів охорони та захисту прав і свобод людини, систематизація та вдосконалення законодавства; зміцнення начал громадянського суспільства та державно-правової системи; вдосконалення практики правотворення, правореалізації та контролю за виконанням закону; підвищення рівня правової культури, правосвідомості громадян і подолання правового нігілізму.

Правовий нігілізм у суспільстві виникає не випадково: він має глибокі історичні, економічні та соціальні корені. Це і багатовікова правова незабезпеченість суспільства, нерівність компетентності уряду та інших органів влади, ігнорування національної самобутності народу — все це сприяло послабленню або навіть втраті поваги до законності, до необхідності встановлення та дотримання правопорядку¹⁸⁴.

¹⁸² Социальное государство и защита прав человека / Отв. ред. Е. А. Лукашва. — М.: ИГиП РАН, 1994. — С. 45–55.

¹⁸³ Сіленко А. О. Соціальна держава: еволюція ідей, сутність, перспективи становлення в Україні: Дис. ... д. політ. н.: 23.00.02 / Південноукраїнський педагогічний ун-т ім. К. Д. Ушинського — О., 2000. — С. 15–16.

¹⁸⁴ Ушаков О. М. Стан правового порядку в сучасному українському суспільстві та етапи його формування // Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. — Вип. 24. — К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2005. — С. 66–71.

Незважаючи на різні тлумачення, дефініції категорії правового нігілізму, всі без винятку вчені зазначають, що це явище є результатом певної деформації правової свідомості на певному історичному етапі розвитку суспільства¹⁸⁵.

Серед форм прояву правового нігілізму найбільш поширеними є *теоретична* та *практична*¹⁸⁶. У першому випадку має місце теоретичне, концептуальне обґрунтування правового нігілізму, коли вчені, філософи, політологи доводять, що є більш важливі цінності (наприклад, світова пролетарська революція), ніж право взагалі, а тим більше права окремої людини. В другому випадку відбувається реалізація зазначених поглядів і вчень на практиці, що часто стає терором держави проти свого народу, супроводжується багатомільйонними жертвами серед населення, перетворенням правлячої еліти на злочинну кліку.

Українські вчені-правознавці вважають, що причинами або підґрунтям теоретичної (ідеологічної) форми були ідеї про відмирання держави і права при соціалізмі — і тим самим істотно принижувалася роль права; класики марксизму-ленінізму не приховували свого негативного ставлення до права. К. Маркс і Ф. Енгельс писали, що підтримують опозицію комунізму до права як політичного і приватного, так і в його найбільш загальній формі — прав людини¹⁸⁷. Це означало визнати переваги всесвітньої пролетарської революції над правами людини, керівної та спрямовуючої ролі комуністичної партії, а отже — переваги її постанов над законами, вторинність права, його відображеної реальності, яка обслуговує первинні реальності — економічну, політичну, соціальну сферу тощо.

Щодо практичної форми правового нігілізму, то її витоками, безумовно, можна вважати величезну кількість нормативних актів, які мають неоднакову юридичну силу, не збігаються в часі, поширюються на різних суб'єктів і різний територіальний простір. Тому природно, що з часом між ними виникають протиріччя. Законодавство на сучасному етапі багато в чому не встигає за динамікою розвитку суспільних відносин, інколи вступає в протиріччя з раніше прийнятими правовими актами¹⁸⁸. Крім того, встановлені державою правові норми не додержувалися державними

¹⁸⁵ Шемшученко Ю. С. Правовий нігілізм // Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. — К.: Юридична думка, 2007. — С. 692.

¹⁸⁶ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — М.: Юристъ, 2005. — С. 313.

¹⁸⁷ Маркс К., Енгельс Ф. Немецкая идеология. — М.: Политиздат, 1988. — С. 186.

¹⁸⁸ Отищенко Н. М. Кодифікація та інкорпорація як методи систематизації законодавства // Правова держава. Щорічник наукових праць Ін-ту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — Вип. 8. — К., 1997. — С. 82–87.

органами, відомчими та посадовими особами, які постійно порушували вимоги дотримання законності, що, в свою чергу, призводило до появи відомчого правового нігілізму, а часто і правового нігілізму з боку вищих посадових осіб держави; правозастосовні та правоохоронні органи діяли відповідно до принципу пріоритету доцільності над правом і законом¹⁹⁰.

Не викликає сумніву той факт, що явища правового нігілізму (невизнання законів, негативне ставлення до права) — найпоширеніша форма деформації правосвідомості населення в державах з авторитарними і тоталітарними режимами. Зрозуміло, що в тих суспільствах, де правовий нігілізм відтворюється самою державою у відповідних масштабах, дуже важко, майже неможливо виховати позитивне ставлення до права і серед населення, оскільки правом хибно вважають той порядок, ті приписи, які встановлюються законами та відомчими нормативними актами. Саме тоді в суспільстві виникає буденний, масовий правовий нігілізм¹⁹⁰. Отже, встановлені державою приписи не дотримуються державними ж органами, відомчими та посадовими особами, про що вже зазначалося раніше.

Сучасне українське суспільство характеризується багатьма різними протиріччями, серед яких спостерігається прийняття значної кількості нормативно-правових актів і водночас поширення тотального правового нігілізму. Причому прийняті закони відверто ігноруються, порушуються, не виконуються, їх не поважають і не цінують.

За своєю природою нігілізм виражає ставлення суб'єкта (групи, класу) до певних цінностей, норм, поглядів, ідеалів, окремих, а інколи й усіх сторін людського буття. Це — одна з форм світосприйняття і соціальної поведінки. Нігілізм як прояв громадської думки виник досить давно, але значного поширення набув у минулому столітті в Західній Європі, Росії, одержав певні форми прояву і в Україні.

Нігілізм, в традиційному його розумінні, сприймається у більшості випадків як явище деструктивне, соціально шкідливе, особливо в наш час. Часто нігілізм набуває руйнівних форм. У своїх «кращих» проявах він переплітається з різними анархічними, ліво- і право-радикальними течіями, максималізмом, необільшовизмом, політичним екстремізмом¹⁹¹. Нігілізм — стереотип мислення будь-якого радикаліста, навіть якщо він цього не усвідомлює.

¹⁹⁰ Скажу О. Ф. Вказ. праця. — С. 470 та ін.

¹⁹⁰ Комаров С. А. Общая теория государства и права. — СПб.: Питер, 2004. — С. 365–369.

¹⁹¹ Сальников В. П., Степашин С. В., Хабидуллин А. Г. Государство как феномен и объект типологии. — СПб.: Изд-во Петербургского ун-та, 2000. — С. 4–5.

Характерною ознакою нігілізму є не об'єкт заперечення, а ступінь, тобто інтенсивність, категоричність і безкомпромісність цього заперечення — з переважанням суб'єктивного, індивідуального начала. Це гіпертрофоване заперечення, воно виражає сумнів у наявних (у тому числі) правових цінностях і принципах. При цьому застосовуються найгірші зразки антисуспільної поведінки, порушення моральних і правових норм.

Соціальний нігілізм досить поширений і в наш час. Це пояснюється системною кризою — економічною, фінансовою, політичною, духовною, моральною, правовою. Це — явища зловживання владою, бюрократизм¹⁹². Певну роль у цих процесах, як вважають психологи, відіграє втрата національно-державної гідності, формування у людей і суспільства в цілому комплексу неповноцінності, синдрому вини за минуле, за «історичний» гріх. Відкидання всього, що було в минулому, об'єктивно впливало на нігілістичні руйнівні тенденції, які не врівноважувалися творчими.

Сьогодні соціальний нігілізм знаходить прояв у різних напрямках: несприйняття певними прошарками суспільства курсу реформ, нового улаштування життя і нових «ринкових» цінностей, невдоволення змінами, соціальні протести проти «шокових» методів здійснення перетворень; незгода з тими чи іншими політичними рішеннями та акціями, невизнання певних державних інститутів і структур влади, їх лідерів, відкидання невластивих українському менталітету деяких західних взірців поведінки, моральних орієнтирів, націоналізм, взаємний пошук «ворогів».

Суттєву роль у цих процесах відіграє громадська думка. Проте в сучасних умовах вона стає менш чутливою до моральних порушень, навіть деградації. До певної міри це породжує заперечення багатьох правових настанов і цінностей.

Правовий нігілізм — це різновид соціального нігілізму як родового поняття. Сутність його — в загальному негативному ставленні до права, законів, нормативного порядку¹⁹³. З точки зору витоків, причин — в юридичному невігластві, невихованості основної маси населення.

Такі антиправові настанови і стереотипи є елементом, властивістю суспільної свідомості і національної психології... відмітною особливістю культури, традицій, способу життя¹⁹⁴.

¹⁹² Малько А. В., Нырков В. В. Исследование парных юридических категорий как методологический ресурс поведения // Теоретико-методологические проблемы права — М.: ИКД «Зерцало-М», 2007. — С. 99–121.

¹⁹³ Общая теория государства и права: Акад. курс: В 2-х т. / Под ред. М. Н. Марченко. — М.: Зерцало, 1998. — Т. 2: Теория права. — С. 405.

¹⁹⁴ Теория права и государства. — Х.: Одиссей, 2006. — С. 389.

Одним із відправних моментів тут є зневажливе, високомірне, скептичне сприйняття права, оцінка його не як базової, фундаментальної ідеї, а як другорядного явища в загальній шкалі людських цінностей, що, в свою чергу, характеризує ступінь цивілізованості суспільства, стан його духу, світогляду, соціальних почуттів, звичок.

Стійка недовіра до високого призначення, потенціалу, універсальності, можливості і навіть необхідності права — такий морально-психологічний генезис цього феномену. Крім того, ставлення до права може бути байдужим, індивідуальним, що також свідчить про нерозвиненість правової свідомості людей. Справляє свій вплив відсутність необхідного правового досвіду, навичок, грамотності, системи правової освіти населення.

Відіграє свою негативну роль і просто необізнаність з правовими нормами. Проте людині як духовній істоті не можна жити на землі поза правом¹⁹⁵.

Правовий нігілізм має в нашій країні сприятливі умови, відповідне підґрунтя, і навіть до деякої міри виправдовується такими явищами, як відсутність стійкого правопорядку, порушення правових приписів на рівні чиновників високого рангу, зловживання посадовців службовими обов'язками. Коливання настроїв наших соціумів завжди мали досить широкий діапазон — від повного правового нігілізму до повного захоплення, не менш шкідливого — правового ідеалізму. Ідея закону асоціюється з главою держави, але не з юридичними нормами та приписами. У суспільній свідомості право — це те, що походить від державної влади, власне є «наказом» влади. Проте ще Л. Фейербах відзначив, що в державі, де все залежить від волі самодержця, кожне правило стає досить хитким¹⁹⁶.

Часто трапляються висловлювання, які відводять праву далеко не першочергове значення: право не може розглядатися разом з такими цінностями, як наука, істина, моральна досконалість, релігійна святиня. Його значення більш відносне¹⁹⁷. О. Герцен вважав, що жити в Росії і не порушувати закони неможливо. З ним погоджувався М. Салтиков-Шчедрін, який зазначав, що суворість російських законів пом'якшувалася небов'язковістю їх виконання. Відомі відповідні висловлювання про право Л. Толстого, а також цілої плеяди видатних письменників, публіцистів, літературних критиків¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Ильин И. А. О сущности правосознания. — М.: ТОО «Рарог», 1993. — С. 23.

¹⁹⁶ Фейербах Л. Избранные философские произведения. — М.: Госполитиздат, 1955. — Т. 1. — С. 613.

¹⁹⁷ Кистяковский Б. А. В защиту права. (Интеллигенция и правосознание) // Б. А. Кистяковский // Вехи: Сборник статей о русской интеллигенции. — М.: Правда, 1991. — С. 122–149.

¹⁹⁸ Общая теория государства и права. Академический курс. В 3-х т. — Т. 3 / Под ред. М. Н. Марченко / 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, 2007. — С. 465–492.

Проте, на наш погляд, такий стан речей пояснювався саме повною або частковою відсутністю сформованих концепцій про соціальну значущість права, його цінність, необхідність для суспільства, що, в свою чергу, породжувалося повною або майже повною правовою безграмотністю, а також відсутністю таких необхідних інститутів цивілізованого суспільства, як правова культура та правова освіченість. Право скоріше сприймали як деяку необхідну атрибутику, церемоніал, властивий будь-якій пристойній державі¹⁹⁹. Крім того, у праві максимально використовували його каральні можливості. Командно-бюрократична система не тільки не боролася з правовим нігілізмом, але по-своєму використовувала його, оскільки він чудово вписувався в цю систему. Правовий нігілізм ані на побутовому, ані на доктринальному рівнях не обговорювався. Такі подвійні стандарти не могли не впливати на витоки правового нігілізму. З одного боку, право розглядалося як застаріла форма, з іншого — використовувалося як інструментально-примусовий засіб. Це означає, що право, в залежності від того, хто його застосовує може творити як добро, так і зло. Ще І. Кант зазначав: «Право може слугувати як засіб обмеження сваволі і як засіб зневажання свободи людини»²⁰⁰.

Певним «стимулом» розвитку правового нігілізму були і «перебудовні» процеси. Це пояснюється і зовнішніми протиріччями і невдачами цього явища, і більш глибокими соціальними та економічними причинами.

Вчені зазначають, що після відмови від тоталітарних методів правління і намагання обрати шлях будівництва правової держави, щойно люди одержали реальну можливість користуватися правами і свободами, відразу почав відчуватися низький рівень правової культури суспільства, зневага до права, його недооцінка²⁰¹.

Сьогодні головне джерело нігілістичних проявів — кризовий стан українського суспільства і нерівномірний розвиток правової системи. Соціальна напруженість, економічні негаразди, політична нестабільність, регіональний сепаратизм, конфронтація влад, морально-психологічна нестабільність суспільства сприяють проявам правового нігілізму, постійно його примножують.

На рівні особи правовий нігілізм набуває двох проявів: стану розуму, почуттів, настроїв і способу дії, лінії поведінки. Правовий нігілізм може бути активним і пасивним, стійким, спонтанним, постійним і ситуативним. Нігілізм виникає і як результат незадоволення суб'єкта своїм соціально-

¹⁹⁹ Марченко М. Н. Источники права: Учеб. пособ. — М.: Проспект, 2005. — С. 3–9.

²⁰⁰ Кант И. Сочинения. — М.: Мысль, 1965. — Т. 4. — Ч. 2. — С. 140.

²⁰¹ Общая теория государства и права. — М.: Юристъ, 2003. — С. 484.

правовим статусом, неадекватним, на його думку, власним можливостям. Загалом нігілізм виявляється в теоретичній (ідеологічній) і практичній формах, він є різним у різних прошарках і верствах населення, залежить від віку, статі, національного походження, віросповідання, посади, освіти.

Правовий нігілізм — багатовимірний і підступний. Він може швидко видозмінюватися, прилаштовуватися до нових обставин. Існує багато форм, сторін його конкретних проявів.

Перш за все — це ігнорування чинних законів з метою одержання прибутків, зайняття відповідних посад, користування пільгами, привілеями та іншими засобами заохочень.

Ці явища набувають масовості на рівні різних суб'єктів (громадян, посадових осіб, державних органів, громадських організацій). Невиконання законів повсякденно — це ознака слабкої влади. Тому є зрозумілими ті спроби відпрацювання механізмів дотримання законності, що запропоновані сьогодні урядом України.

Слід зазначити, що загальна неслухняність та несприйняття права — наслідок деформацій правосвідомості, відсутності необхідної правової культури, а також загальної безвідповідальності. Усе це пов'язано з проблемою занепаду моралі, моральних цінностей, загальнолюдських настанов. Ще римські юристи проголошували: закони без моралі не мають сенсу²⁰².

Однією з форм прояву правового нігілізму є колізії, протиріччя між законодавчими нормами, видання правових актів, що взаємно виключають один одне. Правові норми, що приймаються, погано синхронізовані, не узгоджені між собою. Заслуговує в цьому напрямі на увагу і поява, так званих «надзаконних» актів, які не тільки суперечать нормам чинного законодавства, але й самій ідеї верховенства закону як такої.

Крім того, існували і продовжують існувати прогалини у праві, масиви суспільних відносин, що не охоплені правовим регулюванням, хоча потребують цього. Водночас створює певні складнощі й надмірна регламентація окремих сторін суспільного життя. Все це спричиняє правовий безлад, війну законів і влад. Деякі дослідники вважають, що запутаність законодавства надає простір для волюнтаристських дій посадових осіб, владних структур.

Деякі вчені висловлюють думку, що війна законів припинила існувати²⁰³. На нашу думку, це не зовсім так. Варто говорити лише про її видозміни, а не про припинення.

²⁰² Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — С. 23–27.

²⁰³ *Общая теория государства и права*: Акад. курс: В 2-х т. / Под ред. М. Н. Марченко. — Т. 2: Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — С. 413.

Про правову культуру будь-якого суспільства можна розмірковувати на підставі рівня розвитку та досконалості системи нормативно-правових актів, у яких відображена вся соціально-правова ситуація держави. Правові акти свідчать про рівень розвитку всього суспільства, оскільки вони відбивають атмосферу, що панує в тому чи іншому суспільному ладі, суспільних відносинах.

При дослідженні якості правової культури суспільства необхідно враховувати і стан індивідуальних правових актів: правозастосувальних (рішення й вироки судів, постанови слідчих, акти прокурорів, документи адміністративно-управлінської сфери і т. д.) та правореалізаційних (господарські договори тощо).

На підставі аналізу правових актів, а також інших текстів правового характеру можна зробити висновок про рівень розвитку не тільки правової культури суспільства, а й культури в цілому.

Таким чином, першим і найбільш вагомим елементом правової культури суспільства є рівень розвитку права²⁰⁴.

Наступним компонентом системи правової культури, на нашу думку, є рівень розвитку правової діяльності як засобу існування правової дійсності, бо правові акти, які не задіяні в правовій діяльності, є «мертвими» і тому не впливають на суспільне життя держави. Структура діяльності правової культури складається з рівнів розвитку різних видів юридичної діяльності.

Практична юридична діяльність, як зазначалося вище, складається з діяльності, яка пов'язана зі створенням правових норм (правотворчість) та їх реалізацією (правозастосування).

Для оцінки правової культури суспільства має значення аналіз правотворчої діяльності, високий рівень якої впливає на рівень розвитку нормативно-правових актів.

Правова культура суспільства багато в чому визначається реальною правовою поведінкою громадян, їх діяльністю з реалізації права, а також тим, наскільки є зрозумілими і вчасно виконуються обов'язки (наприклад, щодо заповнення податкової декларації про сукупний річний дохід), дотримуються заборони та повноцінно використовуються права.

Ще одним елементом системи правової культури є рівень правосвідомості, оскільки рівень правотворчої діяльності впливає на правосвідомість і навпаки.

Правова культура відбиває правову дійсність і регулює поведінку особистості у сфері права. Ставлення особистості до своїх прав та обов'язків,

²⁰⁴ Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права. — М.: Спарк, 2005. — С. 336–337.

у якому проявляється і її ставлення до права, законності та справедливості, здійснюється через певні функції правової культури.

Для визначення функцій правової культури необхідно, перш за все, виходити з трактування поняття «функція».

Функція (від латинського *functio* — виконання, діяльність) — це обов'язок, коло діяльності, призначення²⁰⁵, робота кого-небудь, чого-небудь, повинність, місія, явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і перетворюється відповідно до його змін²⁰⁶.

Дослідники правової культури зазначали, що правова культура виконує декілька функцій, проте окремо ці функції не аналізувалися. До системи правової культури деякі вчені відносять такі функції: виховання свідомого ставлення до права; нормативно-правового регулювання; інформаційну; правової поведінки²⁰⁷. Прибічники такої позиції підкреслюють, що право як специфічний регулятор суспільних відносин діє подвійно: по-перше, у сукупності з іншими соціальними механізмами воно спричиняє ідеологічний вплив; по-друге, специфічним шляхом надає сторонам юридичні права й обов'язки. На їх думку, правова культура охоплює обидва вказаних способи²⁰⁸. Тому функції правової культури в цілому допомагають більш наочно уявити всі зв'язки, що існують між правом і процесом його практичної реалізації. Завдяки функціям правової культури активніше відбувається залучення громадян до державного і громадського життя.

Правова культура в демократичному суспільстві має бути спрямованою на виховання таких людей, які поважають закон і захищають права коли їх порушують. Її реалізація може бути дієвою, якщо в кожній людині будуть чіткі ідеї обмеження влади та готовність боротися законними засобами для підтримки цих обмежень. Однак з огляду на минуле більша частина громадян нашого суспільства не чинитиме опір порушенням своїх прав, оскільки їх поновлення — це досить важкий і довгий шлях.

Особа з високою правовою культурою не намагатиметься кожного разу замислюватися над проблемою «Що таке правова держава, як вона виникла?», а скоріше сформулює для себе інші завдання, які стануть суттю її правової свідомості. Вона повинна замислюватися над своїми вимога-

²⁰⁵ *Словарь иностранных терминов* / Под ред. И. В. Лехина, С. М. Локшиной, Ф. Н. Петрова и Л. С. Шаумяна. 6-е изд., перераб. и доп. — М.: Советская Энциклопедия, 1964. — 784 с.

²⁰⁶ *Сліпущко О. М.* Тлумачний словник чужомовних слів в українській мові. Правонис. Граматика / Під ред. В. А. Михалко. — К.: Крилиця, 1999. — 511 с.

²⁰⁷ *Ортега-и-Гассет Х.* Эстетика. Философия культуры. — М.: Искусство, 1991. — 586 с.

²⁰⁸ *Козюбра Н. И.* Социалистическое право и общественное сознание. — К.: Наук. думка, 1979. — 156 с.

ми до державних і правових інститутів і надавати перевагу життю в стабільній організованій державі, а не в такій, де панує беззаконня. Особа з високим рівнем правової культури особливого значення надаватиме функціонуванню тих чи інших правових інститутів, тобто придатності кожного з них для виконання відповідних функцій. Немає сумніву в тому, що процес національного державотворення, який є найбільш суттєвим проявом національної свідомості, багато в чому (якщо не в головному) залежить від правової культури суспільства загалом і правової культури особистості зокрема. Тому її формування, виховання народу, перш за все, молоді у цьому дусі є надзвичайно важливим і актуальним завданням, одним з головних напрямів правовиховної роботи. Але при цьому треба мати на увазі, що невід'ємною особливістю процесу формування само-свідомості є зміна форм і змісту правовиховного впливу.

Правова культура, як і правосвідомість людини, формується під впливом різноманітних об'єктивних і суб'єктивних факторів. Проте правосвідомість здебільшого нестабільна і включає в себе як позитивні, так і негативні переконання, погляди, оцінювальні судження. Правильно орієнтована в цілому вона певною мірою може бути і дефектною. Правова культура — це лише позитивні соціальні цінності, у тому числі погляди, мотиви, установки, переконання, які знаходяться в основі правомірної поведінки. Однак необхідно враховувати рівень цих соціальних цінностей. На нашу думку, правова культура є особливим баченням правового життя суспільства, яке охоплює всі її сторони (у тому числі й негативні). У зв'язку із цим виникає можливість вимірювати рівні правової культури (особа не може бути повністю позбавлена правової культури, просто її рівень може бути досить низьким).

Провідною характерною рисою правової культури будь-якого суспільства є ставлення до власної державності²⁰⁹.

Сучасний стан правової культури перебуває в кризовому стані, у процесі пошуку більш раціональних орієнтирів і становлення. Кризові явища, деморалізація, глобальна бідність та інші негативні явища змушують людей і українське суспільство заради виживання здійснювати переоцінку тих правових і соціальних цінностей, норм, інститутів, які не відповідають потребам сучасного життя²¹⁰. Зазначені негативні явища сьогодення відбиваються і на стані правової свідомості та правової культури

²⁰⁹ *Стівак В. І.* Правова культура виборів в Україні: теорія і практика: Монографія / За ред. Ю. С. Шемпученка. — К.: Юридична думка, 2006. — С. 8–22.

²¹⁰ *Фуллер Л. І.* Анатомія права / Пер. с англ. — К.: Сфера, 2004. — С. 11–14.

суспільства. Очевидними є факти занепаду національного духу, схильності до соціальної паніки і страху, відчаю, зневіри в майбутньому держави. За цих умов сенс існування і функціонування державної влади девальвується, низькою є ефективність діяльності органів державної влади, особливо парламенту, судів, правоохоронних органів, що не додає оптимізму настроям народу України. У свою чергу криза правової культури каталізує кризу правової системи української держави.

Необхідність формування правової культури особистості, за якої повага до права, закону стає особистим переконанням кожної людини, висуває вимоги до забезпечення не лише зовнішньо правомірної поведінки членів суспільства, а поведінки, заснованої на глибокому усвідомленні необхідності та потреби у правових нормах, на переконанні в їх справедливості та цінності. Така поведінка невід'ємна від правової культури і дозволяє обирати найбільш ефективні шляхи здійснення прав та виконання обов'язків, заснованих на повазі до права, сприяє перетворенню потреб закону на життєву необхідність²¹¹.

Розвиненість правової культури є лише першим кроком до побудови правової, соціальної держави. Коли Конституція України та інші нормативно-правові акти будуть правильно відбивати об'єктивну дійсність, а їх конкретні положення не лише встановлюватимуть певні норми, а й знаходитимуть своє повне підтвердження, втілення в житті суспільства та держави, тільки тоді ми зможемо вести мову про державу, в якій суспільство має високий рівень правової культури та правосвідомості, що сприятиме вдосконаленню та розвитку правової системи України.

За своєю сутністю соціально-правова держава Україна повинна бути не тільки механізмом забезпечення підвищення рівня добробуту народу, а й підґрунтям реалізації ідеї соціальної свободи, стабільного людського розвитку. Це поняття, яке фіксує показники якості життєдіяльності суспільства і людини, інтегрує його головні пріоритети, визначає рівень ефективності реалізації соціальної політики держави в широкому розумінні та дає можливість порівнювати якість життєвих процесів у різних країнах незалежно від типу соціальної системи та форми власності. Характеристика «сталості» людського розвитку означає стабільність і послідовність реалізації відповідних критеріїв і показників. Головними пріоритетами сталого людського розвитку є: економічна ситуація; зайня-

²¹¹ *Опіщенко Н. М., Томашевська М. О.* Гендерно-правова експертиза як складова правотворчого процесу в Україні // Порівняльно-правові дослідження: Україно-грецький міжнародний науковий юридичний журнал. — 2006. — № 1. — С. 48–56.

тість населення та соціальний захист; демографічна характеристика суспільного розвитку; охорона здоров'я населення; охорона довкілля; освіта та інформаційні процеси; організація влади та управління.

Сталий людський розвиток характеризується збалансованістю пріоритетів, їх органічним зв'язком і взаємодоповненням. Зайнятість населення та соціальний захист потребують насамперед усунення залишкових диспропорцій, приведення системи у відповідність із загальною логікою демократизації суспільства та ринкових перетворень. Важливими показниками сталого людського розвитку є забезпечення одержання населенням реальних доходів на рівні забезпечення витрат на відтворення життєдіяльних функцій, робочої сили, підтримки належного стану здоров'я, одержання певного соціального статусу, створення сім'ї, утримання і виховання дітей.

До цих показників відносять також поліпшення харчування та охорону здоров'я населення, освіту, науку і культуру.

Українська демократична соціально-правова держава базується на системі гуманістичних положень і принципів. У державі згідно з Конституцією України визнаються: людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність, безпека як найвища соціальна цінність (ст. 3), обмеженість держави правами і свободами людини (ст. 3, 21, 22), верховенство права (ст. 8), відповідальність держави перед людиною за свою діяльність (ст. 3), відповідальність власників за наслідки користування власністю перед державою, суспільством, іншими особами (ст. 13, 41), право людини на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло (ст. 48), право громадян на соціальний захист (ст. 46) тощо. Ці положення відбивають вимоги міжнародних стандартів, співвідношення держави і людини, забезпечення державою мінімального обсягу реалізації прав, зафіксованих у Загальній декларації прав людини, в Європейській Соціальній Хартії, міжнародних пактах щодо прав людини. У висновках Венеціанської комісії Ради Європи «Демократія через право» у 1997 р. засвідчено універсальний характер демократичних ознак і процедур, які містить чинна Конституція України.

Найважливішими елементами демократичної соціально-правової держави, які містяться в Конституції України, є наділення Конституції найвищою юридичною силою та визнання норм Конституції нормами прямої дії, визначення Конституції основою для прийняття законів та інших нормативно-правових актів (ст. 8); визнання принципу розподілу влад на законодавчу, виконавчу і судову та дій різних гілок влади на основі Конституції та відповідно до законів України (ст. 6); чітке формулювання

принципу законності (ст. 19); конституційне закріплення прав людини безпосередньо у суді (ст. 8)²¹².

Вимоги рівності людей і народів, зневага до паразитичного багатства, неприйняття зрівнялівки у винагороді за працю, дармоїдства проходять через всю історію України та багатовікову пам'ять українського народу.

Подальший розвиток української держави як соціальної передбачає її демократизацію, розвиток концепції демократичного соціального партнерства, злагоду, постійне зростання відповідальності держави перед людиною, наявність політичної волі держави, політичних партій, лідерів для узгодження рішень, досягнення розумних компромісів в ім'я загального блага всіх і кожного.

Існує органічна єдність демократичної соціально-правової держави. Як демократична вона слугує свободі як вищій цінності, сприяє рівному доступу кожного до власності, рівних виборів, рівності прав щодо здійснення політичної влади, забезпечення багатоманітності політичного та культурного життя. Як правова вона забезпечує організацію соціального і державного життя на принципах права, гарантує правопорядок, сприяє досягненню особистістю самостійності та відповідальності за свої дії, раціональну обґрунтованість юридичних рішень, стабільність правової системи.

Конституція України 1996 року, виходячи з принципу сумлінного виконання державою своїх міжнародних зобов'язань, визначила, що чинні міжнародні договори, обов'язковість яких визнана Верховною Радою України, є частиною її національного законодавства.

Процеси зближення правових систем України і Заходу передбачають взаємну гармонізацію законодавств. Процеси, викликані економічним співробітництвом, партнерством, вступом України до Ради Європи, визначають необхідні умови і напрями розвитку стандартів права, новий етап взаємообумовленості міжнародного і національного права, коли в національне право включаються загальновизнані принципи і норми міжнародного права.

Механізм зближення національних правових систем можна характеризувати з одного боку, сутнісними, глибокими процесами, з другого — інструментальними, такими, що можна віднести здебільшого до технологічних. Обмежуючись запропонованими обсягами, пропонуємо характеристику останніх.

Процеси зближення національних законодавств відбувається у таких напрямках: 1) формування загального курсу правового розвитку; 2) здійснення заходів із подолання правових відмінностей; 3) здійснення заходів з формування спільних, сумісних або єдиних юридичних правил; 4) вироблення загальних, досить ясних та зрозумілих дефініцій. При цьому необхідно враховувати специфіку різних сфер правового життя і відповідно — національних законодавств, що їх вирішують. В одних сферах процес зближення відбувається швидше, а в інших — повільніше. Наприклад, у політичній, соціально-економічній, культурній сферах зближення відбувається повільніше, оскільки кожна держава намагається зберегти свою національно-культурну, історичну особливість.

Таким чином, зближення національних законодавств означає спільний курс на визначення загальних напрямів узгодженого розвитку національних законодавств. Зближення національних правопорядків забезпечується через такі заходи: 1) зближення законодавства, коли визначаються загальні курси держав у певній сфері, напрями, етапи зближення, способи зближення (у формі програм, планів, модельних актів); 2) гармонізація законодавства, коли узгоджуються спільні підходи, концепції розвитку національних законодавств, формуються загальні правові принципи та окремі рішення (наукові концепції); 3) прийняття модельних правових актів (загальні норми, правові стандарти); 4) уніфікація законодавства, коли розробляються загальнообов'язкові однакові правові норми.

Зближення національних законодавств може досягатися за допомогою таких юридичних засобів: 1) найпоширеніший юридичний режим; 2) визнання рівного обсягу прав суб'єктів; 3) єдині стандарти; 4) вирівнювання рівня правового забезпечення (пенсії); 5) договори про правову допомогу та співробітництво; 6) формування єдиного правового простору; 7) єдині процедури узгодження правових актів; 8) поширення санкцій; 9) спільне визнання міжнародно-правових документів тощо.

Гармонізація національних законодавств здійснюється у двох основних напрямках — внутрішньої та міжнародної гармонізації. У першому випадку забезпечується гармонізація трьома шляхами: 1) правовими приписами в окремих країнах, що призвело до створення національних правових систем; 2) гармонізацією окремими країнами законодавства через нормативні акти на основі врахування законодавства інших країн; 3) гармонізацією окремими країнами чинного законодавства через сприйняття або відображення міжнародних угод. При міжнародній гармонізації зближення національних законодавств здійснюється в межах країн, які належать до однієї правової сім'ї чи до єдиного наддержавного об'єднання (ЄС, СНД, ОАД тощо).

²¹² Конституція України: Офіційний текст, прийнятий на п'ятій сесії Верховної Ради України ни 28 червня 1996 р.: Зі змінами станом на 1 січня 2006 р. — К.: Юридична думка, 2006. — С. 7.

Вчені виділяють такі вісім способів гармонізації: 1) багатостороння конвенція без уніфікованого закону; 2) багатостороння конвенція, яка включає уніфікований закон; 3) комплекс двосторонніх договорів; 4) законодавство ЄС; 5) модельний закон; 6) кодифікація правил та звичаїв, що здійснюється і публікується міжнародною неурядовою організацією; 7) типові контракти або загальні договірні умови; 8) *restatements*, що готуються вченими або іншими експертами.

Рекомендації щодо законопроектної роботи можуть стосуватися загальних напрямів правової політики держав або перегляду окремих положень міжнародної конвенції, враховуючи мету та принципи таких рекомендацій.

Роз'яснювальний метод полягає у виробленні єдиних стандартів під час укладання угод, вирішення окремих питань юридичної практики, вироблення методики ухвалення правових рішень тощо.

На цій правовій основі розроблено державну програму про зближення законодавства України із законодавством ЄС. Згідно із Законом України «Про Конвенцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (Закон про Конвенцію євроадаптації)» метою є створення передумов до підготовки законодавчого поля для приєднання України до Європейського Союзу. З цією метою намічається: 1) забезпечити правотворчі процедури, наближені до стандартів права ЄС, та їх відповідне планування; 2) створити на законодавчому рівні загальнодержавний механізм адаптації законодавства, який визначав би мету та сфери, етапи адаптації законодавства, складовими елементами якого повинно бути фінансове, інформаційне, наукове та кадрове забезпечення; 3) здійснити кадрове, матеріально-фінансове забезпечення відповідних заходів, підвищити рівень вивчення іноземних мов. Для належного здійснення такого роду заходів парламент разом з урядом повинні щорічно узгоджувати роботу з євроадаптації законодавства України. Зокрема, така робота полягає у внесенні до законів та інших нормативно-правових актів України, що регламентують питання нормотворчої діяльності, відповідних положень, які забезпечують запровадження обов'язкового для всіх суб'єктів права законодавчої ініціативи порядку розроблення проектів нормативно-правових актів України з урахуванням основних положень законодавства Європейського Союзу.

Згідно із Законом про євроадаптацію передбачається організація загальнодержавної системи навчання та підвищення кваліфікації державних службовців з питань європейського права, а також адаптація навчальних програм юридичних навчальних закладів до відповідних європейських

програм, у тому числі підвищення рівня знання іноземних мов; створення загальнодержавної інформаційної мережі з питань європейської інтеграції та права, забезпечення вільного доступу учасників процесу адаптації законодавства України до бази даних законодавства Європейського Союзу; заснування національної інформаційної мережі судових рішень з метою забезпечення доступу до прикладів судової практики та можливості їх публічного обговорення.

При здійсненні заходів з євроадаптації законодавства України передбачається удосконалення порядку розроблення та запровадження щорічної програми перекладів законодавчих актів Європейського Союзу, надання таким перекладам офіційного статусу та вжиття заходів щодо залучення технічної допомоги на здійснення заходів з перекладу законодавчих актів Європейського Союзу, що передбачено ст. 51 УПС. З метою підвищення рівня розвитку порівняльно-правових досліджень законодавства України та законодавства ЄС планується здійснення комплексних наукових досліджень з питань адаптації законодавства. Результатом цього повинно стати, зокрема, проведення порівняльно-правового дослідження відповідності законодавства України законодавству Європейського Союзу у визначених пріоритетних сферах, вивчення досвіду держав Центральної та Східної Європи у напрямі наближення їх законодавства до законодавства Європейського Союзу, розроблення глосарія термінів права Європейського Союзу.

Формування та реалізація Загальнодержавної програми повинні здійснюватися з дотриманням таких основних принципів: 1) узгодженості пріоритетів адаптації законодавства з основними напрямками правової реформи в державі, стратегією та програмою інтеграції України до Європейського Союзу, програмою діяльності Кабінету Міністрів України, іншими загальнодержавними і національними програмами; 2) поступовості і планомірності наближення законодавства України до законодавства ЄС; інтегральної єдності процесу адаптації законодавства України до законодавства ЄС із загальним нормотворчим процесом в Україні; 3) тісної взаємодії Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України у процесі адаптації законодавства, координації їх роботи з запровадження планів; 4) системності формування та виконання Загальнодержавної програми; 5) поєднання бюджетного і позабюджетного фінансування; 6) максимального ефективного використання міжнародної технічної допомоги.

У Загальнодержавній програмі пріоритети мають надаватися законодавчим актам України, наближення яких до відповідних законодавчих актів ЄС сприятиме правовому забезпеченню заходів щодо формування ринкових відносин, конкурентного середовища та сприятливого інвестиційного

клімату, створення сучасної ринкової інфраструктури, банківської, податкової та митної систем, створення сприятливого середовища життєдіяльності людини, захисту довкілля та раціонального природокористування, захисту прав споживачів, розвитку підприємницької діяльності, пріоритетних галузей економіки (агропромисловий, паливно-енергетичний комплекси, транспорт, зв'язок та інформатизація), включаючи систему захисту прав інтелектуальної власності і персональних даних, сферу зайнятості та охорони праці, а також щодо розроблення національних технічних правил і стандартів, гармонізованих з європейськими та міжнародними, зміцнення економічних зв'язків України та держав — членів Європейського Союзу. Особливим пріоритетом є всебічний захист прав і свобод людини.

В основу оцінки впливу законодавства України, адаптованого до законодавства Європейського Союзу, необхідно покласти комплексний підхід, який ґрунтується на врахуванні не тільки ресурсних показників, а й впливу цього процесу в цілому на всі сфери життєдіяльності суспільства, у тому числі на зростання обсягу виробництва валового внутрішнього продукту.

У реальній правовій дійсності України в роки перетворень і змін зберігається значна частина минулої правової системи. Незважаючи на проголошений Конституцією України людський вимір права (ст. 3, 21, 48), фактичне становище особи не відповідає цим ідеалам і перспективам. Особа перебуває під тиском номенклатурного напівкримінального державного капіталізму, авторитарно-олігархічних тенденцій, що відтворюють певні елементи комуністичної ідеології, відповідних порядків та орієнтирів²¹³.

Одним із важливих напрямів розвитку і функціонування сучасних правових систем є, безумовно, вдосконалення інституту відповідальності держави перед особою. Слід наголосити, що у правових державах повинні бути створені і діяти механізми, за допомогою яких справляється ефективний вплив на якісну сторону діяльності державного апарату, особливо щодо дотримання прав і свобод людини.

Прикладом може слугувати інститут юридичної відповідальності держави перед громадянином. До речі, до цього часу не вироблено загальної термінології щодо даного виду юридичної відповідальності. Існують такі його варіанти, як «державно-правова відповідальність», «конституційна відповідальність», «відповідальність державних органів та їх посадових осіб», «публічно-правова відповідальність».

²¹³ Цветков В. В., Горбатенко В. П. Демократія — Управління — Бюрократія: в контексті модернізації українського суспільства: Монографія. — К.: Інститут держави і права ім. В. І. Корсецького НАН України, 2001. — С. 91–100.

У дослідженнях, присвячених цим видам відповідальності, фактично йдеться про юридичну відповідальність державних органів та їх посадових осіб, що, на наш погляд, не є тотожним юридичній відповідальності держави. Тобто за змістом дані види відповідальності замінені на внутрішньоорганізаційні відносини, що існують усередині органів влади і не поширюються на відносини між державою і приватною особою. Не випадково в юридичній літературі метою такої відповідальності називають «підтримку режиму законності всередині держави»²¹⁴.

У зв'язку з цим виникає питання, чи можна підняти юридичну відповідальність держави перед приватним суб'єктом юридичною відповідальністю конкретного посадовця або державного органу за незаконні дії або рішення? Чи є тотожними ці види відповідальності? Таке твердження напевно не є допустимим. По-перше, різний зміст цих видів відповідальності. По-друге, держава стає суб'єктом відповідальності тільки в конкретних правовідносинах з участю приватної особи, права якої порушені, у решті випадків держава виступає як інстанція відповідальності, перед якою несе відповідальність посадовець або державний орган. По-третє, держава як суб'єкт відповідальності, як публічний суб'єкт, несе відповідальність не за власні дії, а за рішення своїх органів або посадовців, тоді як державні органи і їх посадовці за своєю природою є публічним суб'єктом, у правовідносинах відповідальності перед особою втрачають свою публічність і виступають як особи, що не виконали свої службові обов'язки.

Інститут відповідальності держави перед особою — це одна з головних гарантій прав і свобод людини, закріплених у чинному законодавстві. Держава встановлює механізм власної публічно-правової відповідальності, бере на себе обов'язок забезпечити також можливість її реалізації, зробити доступною її для громадян. Цим досягається послаблення тиску держави на суспільство і водночас підвищується можливість його контролю за діями держави, за рішеннями її органів і посадових осіб.

Проблема відповідальності держави перед особою — це проблема відповідних правовідносин (конституційних, цивільно-правових тощо), в яких держава проте має виступати не суб'єктом особливої значущості, а суб'єктом — відповідальною стороною. Це і є правові відносини рівних сторін, в яких держава однак має ряд переваг перед особою.

Усю сукупність теорій і поглядів, що існували в історії політико-правової думки і стосуються співвідношення «держава — особа», можна звести до двох підходів:

²¹⁴ Краснов М. А. Публично-правовая ответственность представительных органов за нарушение закона // Советское государство и право. — 1993. — № 6. — С. 53.

1) індивідуалістичного, особистого, гуманістичного (природно-правового). Цей підхід впливає із розуміння особи як мети, держави — як засобу для її досягнення. Його зміст — права належать людині від природи. Вона має їх незалежно від держави. Ці права є невід'ємними. Завдання держави і суспільства полягають у тому, щоб додержуватися цих прав, не допускати їх порушення, створювати умови для їх реалізації. Конкретні зміст і обсяг прав змінюються і розширюються з розвитком суспільства, самі ж фундаментальні права залишаються незмінними;

2) державного, статичного (юридико-позитивістського). Цей підхід впливає із розуміння держави як мети, а особи — як засобу для її досягнення. Його зміст — свої права людина одержує від суспільства і держави, природа цих прав патерналістична; держава — джерело і гарант прав людини завдяки закріпленню їх у законі; право і закон не мають істотних відмінностей; права особи змінюються залежно від державної доцільності й можливості.

З юридико-позитивістським підходом багато в чому схожа марксистська теорія, яка схильна підкоряти права людини державній доцільності. Відмінність між ними полягає у тому, що марксизм орієнтований на соціально-економічну, класову детермінацію права (право — виведена в закон воля панівного класу), а не на його раціональну самоцінність. При марксистському підході розгляд питання про права особи стає зайвим внаслідок визначення особи як виразника сукупності суспільних відносин.

Якщо перший підхід є характерним для демократичних держав, то другий — для антидемократичних, тоталітарних. Лише в наші дні набувається справді демократичне уявлення про права людини. У відносинах «людина — держава» пріоритет належить людині, а держава та її структури (гілки державної влади — законодавство, управління та правосуддя) покликані підкорити свою діяльність охороні й захисту прав людини.

Закріплення в ст. 1 Конституції України положення про те, що Україна — правова держава, ставить перед юридичною наукою завдання обґрунтування і подальшого розвитку цього складного поняття. В теорії права як найважливіша функція правової держави виділена охорона та захист інтересів людини та громадянина²¹⁵. На думку вчених, сутність сучасної правової держави характеризують декілька моментів: 1) визнання людини, її прав і свобод вищою цінністю, а їх захист — найважливішим обов'язком держави; 2) встановлення та обмеження за допомогою права меж державної влади. Отже, правова держава — держава, межі вла-

²¹⁵ Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права. — С. 277 — 291.

ди якої, формування, повноваження, функціонування її органів, регламентовані правом; найвище призначення якої полягає у визнанні, дотриманні і захисті прав і свобод людини і громадянина²¹⁶. Закріпленням у Конституції цього положення в Україні була офіційно визнана взаємна відповідальність держави і громадянина, зокрема, відповідальність держави перед людиною і громадянином. У державі, яка проголошує себе правовою, юридична відповідальність повинна застосовуватися не тільки до приватних осіб, але, в першу чергу, до публічних суб'єктів права²¹⁷. На думку вчених, «сенса публічної влади — в служінні людині, забезпеченні її прав і свобод»²¹⁸.

Поняття публічного суб'єкта в українському праві тісно пов'язане з такими категоріями, як «народ», «населення», «держава», «публічна влада». Однак основним суб'єктом публічного українського права є безпосередньо держава, яка володіє певними правами й обов'язками стосовно громадян і інших приватних осіб, що перебувають на її території. У правовій науці останнім часом формується точка зору на публічний інтерес, перш за все, як інтерес суспільний, а не державний²¹⁹, здається, що у сфері юридичної відповідальності публічність повинна виявлятися через повноваження держави як певного суб'єкта права, який наділений сукупністю прав та обов'язків.

Питання про відповідальність держави перед особою слід розглядати, враховуючи їх взаємозв'язки, взаємодію, оскільки це двосторонні відносини, а не односторонні, отже, завжди повинен бути взаємовплив сторін.

Завдання держави передбачати, попереджати наростання, посилення цих суперечностей, не доводити їх до гострого конфлікту, протистояння²²⁰. В даному випадку повинно йтися про відповідальність держави за бездіяльність її органів і посадовців, за грубі порушення конституційних прав громадян. На жаль, на практиці цього не відбувається, а якщо і відбувається, то надто рідко. Це породжує відчуття безкарності, всюдозволеності в окремих державних урядовців і у держави в цілому.

²¹⁶ Зайчук О. В., Журавський В. С. Правова держава, громадянське суспільство, особа: сучасні виміри та трансформації // Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні. — К.: Юридична думка, 2007. — С. 6–45.

²¹⁷ Шляхтун П. П. Конституційне право України: Підручн. — К.: Освіта України, КНТ, 2008. — С. 124.

²¹⁸ Байтин М. И. Сущность права. — Саратов: Изд-во СГАП, 2001. — С. 300.

²¹⁹ Там само.

²²⁰ Тимченко С. М., Калужий Р. А., Пархоменко Н. М., Лезуша С. М. Теорія держави та права. — К.: Видавць Паливода А. В., 2006. — С. 28.

Однією з причин безвідповідальності держави є відсутність ефективних механізмів реалізації відповідальності держави перед особою. Завдання українського суспільства — їх створити, оскільки держава не зацікавлена в здійсненні і тим паче в удосконаленні механізму власної відповідальності. У правовій державі такої невідповідності у відносинах «держава — громадянин» бути не повинно.

Зрозуміло, ступінь, рівень відповідальності держави перед громадянином визначається рівнем зрілості громадянського суспільства, його самоорганізацією, активністю впливу на державно-правові механізми, взаємозв'язком суспільства, держави і громадянина. Слід також врахувати, що саме незнання закону не звільняє громадянина, але звільняє державу від відповідальності. Цілком очевидно, що відповідальність може настати передусім там, де є можливість у громадян контролювати дії влади. Тому держави, і особливо ті, в яких відсутній демократичний режим, а переважає інший (авторитарний, тоталітарний, адміністративно-командний), зводять до мінімуму можливості контролю з боку суспільства і окремих громадян дій органів влади і посадових осіб і в такий спосіб уникають відповідальності перед ними²²¹.

При такому стані речей, коли у держави в особі різних органів і безлічі урядовців переважними є привілеї і права, а у пересічних громадян — обов'язки, не може бути і мови про реалізацію принципу взаємної відповідальності держави і громадянина.

У ст. 3 Конституції України прямо зазначається, що держава відповідає персид людиною за свою діяльність, утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Проте з історії відомо, що для уникнення відповідальності держави перед громадянами за неправомірні дії посадових осіб та її органів у політичній доктрині країни була проголошена панівна ідея про те, що держава як суб'єкт права безпосередньо не вступає у відносини зі своїми громадянами, що роль виконували державні органи.

Одним із перших законів України, в якому чітко обґрунтовується принцип відповідальності держави перед особою, був Закон України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні» (1991 р.). Ця ідея також проголошена і в Законі України «Про порядок відшкодування шкоди громадянину, завданої незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» (1995 р.). Цей конституційний принцип

²²¹ Любашин В. Я., Мордовцев А. Ю., Тимошенко И. В. Теория государства и права. — Ростов-на-Дону: Издательский Центр «Март», 2002. — С. 444.

конкретизований в інших нормах Основного закону. Таким чином, на рівні Конституції України визнано принцип верховенства права і його недержавне походження як нормального продукту людської життєдіяльності.

Крім того, юридична відповідальність держави — це правові наслідки, які настають для суб'єкта міжнародного права як результат вчиненого ним міжнародного правопорушення та зобов'язують його ліквідувати збитки, заподіяні іншим суб'єктам міжнародного права. Збиток (шкода) може мати як матеріальний, так і нематеріальний характер.

Держава несе відповідальність за дії або бездіяльність своїх законодавчих органів. Така відповідальність настає, якщо їх дії містять склад міжнародного правопорушення (наприклад, видання закону, що суперечить зобов'язанням цієї держави за міжнародними договорами). Держава не може зняти із себе відповідальність за невиконання зобов'язань за міжнародними договорами, посилаючись на внутрішнє законодавство. Механізм відповідальності починає діяти не з часу видання відповідних законів, а з моменту їх фактичного виконання, відсутність закону теж може сприяти настанню відповідальності держави, бо держава, що взяла на себе міжнародні зобов'язання, неодмінно повинна внести відповідні поправки в своє внутрішнє законодавство з тим, щоб забезпечити виконання цих зобов'язань²²².

Держава несе відповідальність у тому випадку, якщо з її території ініціюються протиправні діяння проти іншої держави, у тому числі і діяння, вчинені індивідами (наприклад, бандитські дії та вчинки, здійснення терористичних актів та ін.). Держава, на території якої знаходяться іноземні військові бази, несе відповідальність, якщо вона не забороняє скоювати за їх допомогою протиправні діяння проти інших держав.

Держава несе відповідальність за ті дії, які вчиняються на її території, негативні наслідки яких виявляються за її межами і завдають збитку інтересам інших держав. Це відбувається, наприклад, при забрудненні навколишнього середовища. Стокгольмська Декларація ООН з проблем навколишнього середовища 1972 р. зобов'язує держави здійснювати діяльність у межах своєї юрисдикції і контролю, без заподіяння збитків навколишньому середовищу інших держав або районів за межами дії національної юрисдикції (п. 21).

Держава несе відповідальність за дії державних органів, військового командування та військових частин, що порушують норми права щодо збройних конфліктів, які регламентують засоби і методи ведення війни;

²²² Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. Юридическая ответственность в правовой системе общества. — Ч. 9. — Ярославль, 2003. — С. 23.

тому вона повинна вжити всіх заходів для того, щоб у разі збройного конфлікту всі гуманітарні норми, закріплені в Женевських конвенціях 1949 р., Додаткових протоколах до них 1977 р. і в інших міжнародних конвенціях, виконувалися всіма органами, військовими частинами і підрозділами, окремими військовослужбовцями.

Відсутність відповідальності держави перед громадянином ставить під сумнів реалізацію одного з основних принципів, проголошених Конституцією України, — принципу пріоритету прав і свобод людини та громадянина, бо ці права і свободи можуть бути реалізовані переважно у правовідносинах з державою. Отже, саме на державі лежить обов'язок забезпечити реалізацію цих прав, оскільки обов'язок, не забезпечений відповідальністю, перетворюється на фікцію.

Повільний прогрес у вирішенні проблеми відповідальності держави перед особою, в налагоджуванні збалансованого правового механізму їх взаємозалежності можливо пояснити в тому числі і відсутністю необхідних теоретичних напрацювань. Юридична наука повинна якомога скоріше позбутися синдрому перебільшення ролі та значення держави стосовно особи²²³.

Вважаємо цікавою, хоча і дискусійною думку відносно того, що правове регулювання юридичної відповідальності держави необхідно здійснювати в цілому, на рівні єдиного законодавчого акта шляхом ухвалення спеціального конституційного закону, в якому будуть передбачені «певні процедури і механізм залучення держави до відповідальності за порушення норм конституційного законодавства»²²⁴.

Механізм зближення національних правових систем є актуальною темою досліджень, пов'язаною з розвитком права в умовах інтеграційних і глобалізаційних змін. Проблеми адаптації законодавств, врахування міжнародного правового досвіду в національних правових системах повинні розглядатися під кутом зору ментального, національного змісту права та загальноновизнаних міжнародних взірців і стандартів.

Механізм зближення національних правових систем може розглядатися з урахуванням двох складових: 1) інструментальної техніки (модельні правові акти, види та способи уніфікації, внутрішня та міжнародна гармонізація тощо); 2) сутнісної, як-то захист прав і свобод людини та

²²³ Кислухін В. А. Проблемы эффективности реализации юридической ответственности (теоретико-правовой анализ) // Научные труды Российской Академии юридических наук. — 2005 (5). — Т. 1. — С. 108–115.

²²⁴ Див.: Колосова Н. М. Конституционная ответственность в Российской Федерации. — М.: Городец. 2000. — С. 66.

громадянина (різний рівень проголошення, гарантування та забезпечення в національних правових системах) у контексті інституту відповідальності держави перед особою²²⁵.

Становленню конституційних норм у сфері прав і свобод людини перешкоджає неповага до права, розуміння демократії як вседозволеності, ототожнення її з анархією, слабкість законодавчої влади, уявний конституціоналізм, тобто розрив між бажаними конституційно визначеними змінами і суспільно-політичною реальністю, глибока криза всіх чинних в Україні соціальних норм, у тому числі й правових, що не сприяє стабілізації суспільства.

✓ Одним із головних завдань правової системи України є забезпечення умов щодо реалізації соціальної політики, формування інститутів соціально-правової держави. Процес формування соціальної політики здійснюється Верховною Радою України шляхом прийняття законодавчих актів, якими визначаються соціальні гарантії та механізми їх забезпечення, так само як і затвердження загальнодержавних програм соціального розвитку, в тому числі спрямованих на підтримку окремих соціальних груп населення або вирішення інших комплексних чи локальних питань соціального захисту.

Безпосередня дія прав і свобод людини, що закріплені в Конституції, не знімає питання щодо розвитку та вдосконалення механізмів і процедур (конституційних, судових, адміністративних тощо), покликаних захищати і забезпечувати права і свободи громадян. Гарантованість державно-правового захисту прав і свобод людини та громадянина безпосередньо пов'язана з обов'язком держави визнавати, дотримувати і захищати права і свободи людини і громадянина. Конституція України передбачає систему гарантій, що включає способи і форми розв'язання цього завдання. Насамперед слід підкреслити: державна гарантованість прав і свобод людини і громадянина можлива лише за існування демократичної соціально-правової держави; важливою державною гарантією прав і свобод людини є визнання прав самої людини безпосередньо діючими, такими, що визначають діяльність усіх ланок влади.

Специфічними юридичними гарантіями захисту прав і свобод людини є діяльність правоохоронних органів, судовий захист, адміністративно-правові способи захисту прав і свобод громадян, охорона законом прав громадян, що постраждали від злочинів і зловживання владою, відшкодування державою збитків, спричинених незаконними діями органів

²²⁵ Опіщенко Н. М. Інститут юридичної відповідальності держави перед особою: формування та тенденції розвитку // Судова апеляція. — 2007. — № 1.

державної влади, гарантоване право на одержання кваліфікованої юридичної допомоги.

У сучасних умовах перехідного періоду в Україні стає актуальним пошук нових ефективних моделей соціального захисту, що не потребують значних матеріальних витрат. Соціальний захист є невід'ємним атрибутом існування будь-якої розвинутої держави, стабілізації життєвого рівня населення в умовах ринкової економіки²⁷⁶.

Система соціального захисту містить комплекс правових, соціально-економічних і політичних, організаційних гарантій, що створюють умови для забезпечення засобів гідного існування. Повноцінний соціальний захист охоплює всі сфери життя і діяльності людини. Його основними напрямками є: забезпечення кожному членові суспільства прожиткового мінімуму, надання матеріальної допомоги тим, хто не спроможний подбати про себе, створення умов, що дають змогу громадянам заробляти кошти для існування будь-якими законними способами, створення сприятливих умов праці для найманих працівників, захист громадянських, політичних прав і свобод, що відповідають принципу правової, соціальної та демократичної держави, забезпечення стабільності громадського життя.

Згідно зі ст. 46 Конституції України громадяни мають право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, годувальника, безробіття за обставин, що не залежать від них, а також у старості та інших випадках, передбачених законом.

Як зазначають учені, конструктивна побудова соціальної держави повинна враховувати соціально орієнтовану політику, забезпечення відповідного законодавчого поля.

Сьогодні система соціального законодавства в Україні являє собою складну структурно-функціональну схему державно-правових актів, які регламентують питання соціального захисту та соціальної підтримки різних категорій населення, що потребують допомоги з боку соціальної держави. Слід проте зважати на те, що система соціального законодавства перебуває в процесі становлення та розвитку. Важливим критерієм досконалості нормативних актів, що регулюють соціальну сферу, є їх відповідність Конституції України, а також принципу справедливості, без якого не може існувати соціально-правова держава.

У сучасних умовах спостерігається недосконалість законодавчого забезпечення соціальних прав громадян України, відсутнє законодавче ви-

значення основних засад системи соціального захисту населення, зміст законодавства не відповідає новим соціальним реаліям суспільства з економікою перехідного періоду. Окремі норми різних законів повторюють одна одну, що в деяких випадках надзвичайно ускладнює процеси безпосереднього практичного застосування їх, залишається певний розрив між прийнятими законами та механізмом їх реалізації.

Серйозним завданням розвитку правової системи України є подолання сформованих стереотипів, пов'язаних з приниженням ролі людини, нехтуванням її правами, свободами, гідністю. Необхідно використовувати для цього всі засоби і, насамперед, конституційні інститути та механізми. Права людини повинні стати головною метою всіх політичних, економічних і соціальних реформ. Тільки така орієнтація буде надавати морального характеру політичним програмам, діям української державності та дієвості правової системи.

В умовах масового беззаконня, втрати людської гідності, злочинності, неспроможності держави боротися за право важко говорити про панування гуманістичних і демократичних принципів у суспільстві. Несприйняття тоталітарної держави, негативне ставлення до неї були поширені на державу і право, що призвело до послаблення держави, розрегульованості її органів і механізмів.

Для подолання цих недоліків необхідна міцна демократична соціально-правова держава з розвинутою правовою системою.

Зрілість демократії, стан державності та ефективність правового регулювання значною мірою залежать від становища, яке людина займає в суспільстві, від того, наскільки режим суспільного життя, правова система враховують її потреби, інтереси, реально визнають людський вимір політики та права вищою соціальною цінністю, провідним системостверджувальним принципом.

Питання захисту прав людини та приведення української системи цього захисту як за формою, так і за змістом до європейського рівня, хоча б стосовно мінімальних стандартів, що гарантуються Європейською конвенцією про захист прав людини, є, по суті, першим важливим європейським іспитом відданості нашої правничої еліти європейським правовим ідеалам і цінностям²⁷⁷.

З огляду на викладене процес реформування правової системи України повинен відбуватися з урахуванням зовнішніх політичних орієнтирів

²⁷⁷ Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — К.: Ресфрат, 2006. — С. 6.

²⁷⁶ Теорія государства и права / Под ред. Е. И. Темнова. — М.: Кнорус, 2007. — С. 272–287.

України, а саме всебічне включення в загальноєвропейські інтеграційні процеси, що вимагає імплементації норм і стандартів останньої в законодавство України і бажання приєднатися до Європейського Союзу, що, у свою чергу, обумовлює процес гармонізації законодавства України й законодавства ЄС. Одночасно із процесами правового розвитку держав, у тому числі й України, відбувається підвищення пріоритету європейського права для національного права, що супроводжується застосуванням європейських принципів, норм і понять у національному праві, адекватно до механізму участі держав у розробці й прийнятті міжнародно-правових норм і рішень, відповідальності за їх виконання й при цьому забезпечення суверенітету народам і державам. У зв'язку із цим пріоритетними завданнями реформування правової системи України є: зміцнення законодавчої бази з прав людини, приведення законодавства у відповідність із європейськими нормами, реформування адміністративної юстиції та судової системи відповідно до вимог сучасного цивільного правового розвитку.

1.5. Правова система Республіки Білорусь: історія, сучасний стан і перспективи розвитку

Правова система кожної держави віддзеркалює закономірності розвитку суспільства, його історичні, національні, культурні особливості. Республіка Білорусь, як будь-яка держава, має свою правову систему, яка має як загальні риси, що властиві правовим системам інших держав, так і певні специфічні особливості.

Істотними правотворчими факторами правової системи білоруського народу були традиційні, геополітичні, культурні, науково-технічні, суцільно політичні, ідеологічні та юридичні²²⁸.

Звернімося до історії становлення правової системи Республіки Білорусь. Розгляд цього питання слід почати з того, що в підручниках з історії держави і права Республіки Білорусь зазначається, що офіційна наука у радянський період стверджувала, що білоруський народ до 1919 р. не мав своєї державності та правової системи, завжди жив під гнобленням своїх сусідів. На думку сучасних білоруських учених, це повна фальсифікація, яка до того ж навіть була зведена до рангу закону та закріплена в Конституції Білоруської РСР 1978 р. І це не давало змоги білоруським науковцям досліджувати історію державності білоруського народу. Як наслідок — припущення його ролі в світовій історії у цілому й зокрема у правовій думці.

Перш ніж досліджувати це питання пропонуємо розбити історію держави і права Білорусі на періоди:

1. Стародавня держава і право Білорусі (з IX ст. до XIV ст.).
2. Держава і право Білорусі у складі Великого князівства Литовського й утворення Речі Посполитої (XII–XVIII ст.).
3. Держава і право Білорусі у складі Російської Імперії (кінець XVIII — початок XX ст.).
4. Республіка Білорусь у складі СРСР (1917–1990 рр.).
5. Держава і право Білорусі на сучасному етапі (з кінця XX ст.).

Одним із найсуперечливіших і важких питань є з'ясування того, коли ж виникла державність у східних слов'ян. Є багато точок зору з приводу цього питання²²⁹, але здебільшого вчені доходять висновку, що це становлення відбувалося протягом тривалого часу (з VII–VI ст. до н. е. й до VIII–IX ст. н. е.) під впливом економічних, політичних і соціальних внутрішніх причин, хоча зовнішні теж відігравали свою роль.

Стародавня держава і право Білорусі (з IX ст. до XIV ст.)

Поведінка населення в цей період регулювалася звичаєвим, традиційним неписаним правом, джерелом якого були звичаї, що виникли із суспільних відносин, санкціонованих державою. Також до джерел права прирівнювалися правила, що походили з язичницької релігії. Право формувалося залежно від процесу розвитку держави. Воно, перш за все, підтримувало правила поведінки, які були вигідними панівному класу. Це врешті-решт призвело до того, що право і справедливість стали несумісними поняттями.

Характерними рисами ранньофеодального права були формальне рівноправ'я вільних людей і м'якість покарань. Але і в цей час право передбачало певні привілеї феодалів й закріплювало повну безправність рабів.

Писане право не підміняло звичаєвого. Воно діяло одночасно з ним, доповнюючи його чи змінюючи окремі норми, що сприяло зміцненню діючої влади. Першими нормативними актами писаного права були грамоти князів, договорів²³⁰.

²²⁹ Юхо Я. А. Узнiкненне дзяржавы i яе сутнасць // Беларускі гіст. часопіс. — 1997. — № 7. — С. 45; Гуремыкина В. И. Возникновение и развитие первой антагонистической формации в средневековой Европе: Опыт историко-теоретического исследования на материале варварских королевств Западной Европы и Древней Руси. — Мн.: Изд-во БГУ им. В. И. Ленина, 1982. — С. 147; Кузнецов И. Н. История государства и права Беларуси. — Мн.: Тесей, 2004. — 320 с.; Довнар Т. И. Краткий очерк истории государства и права Республики Беларусь (послектябрьский период). — Мн.: Ин-т современных знаний, 1997. — 123 с.

²³⁰ Кузнецов И. Н. История государства и права Беларуси. — Мн.: Тесей, 2004. — С. 9.

²²⁸ Дробязко С. Г., Козлов В. С. Общiя теория права. — Мн.: Амалфея, 2005. — С. 254.

На той період також діяли норми Руської правди і церковне право. Втім слід зазначити, що в Білорусі звичаєве право посідало панівне місце аж до XV ст.

Законодавство містило розвинену систему норм, що регулювали майнові відносини. Теоретичних понять, які б розкривали право власності чи право володіння, ще не було, але самі ці інститути, без сумніву, існували. У Руській правді передбачався захист права власності як на рухоме, так і на нерухоме майно.

Зобов'язальні відносини виникали внаслідок заподіяння шкоди чи за договором. При укладенні договору взагалі застосовувалася усна форма з дотриманням символічних ритуалів. Показання свідків були головним доказом при заперечуванні угоди в суді. У Руській правді також регламентувалися питання порядку передачі майна у спадок. Злочин, за Руською правдою, визначався не як порушення закону, а як спричинення морального та матеріального збитку особі або групі осіб. Отже, покарання мало на меті відшкодування збитку.

У Давньоруській державі суд не був відділений від адміністрації, тобто судові функції здійснювали органи влади (суд князя, посадника, волостеля). Феодали мали право судити залежне від них населення. Питання шлюбно-сімейних відносин розглядали церковні суди. З давніх часів були відомі й продовжували свою діяльність громадські суди. Судові провадження в цивільних і кримінальних справах мали один порядок — змагальний процес²¹¹.

Право того часу мало такі риси:

1) у кожній місцевості були свої звичаї, норми, правила, однак була відсутня загальнодержавна правова система, наприклад, у «Повісті минулих літ» ідеться про те, що населення кожної землі мало звичаї та закони своїх батьків, у кожного була своя вдача;

2) існував на той час досить жорсткий традиціоналізм і консерватизм правових норм, їх незмінність здебільшого залежала від впливу церкви (справа у тому, що в основу стародавньої правової теорії покладено церковне вчення про те, що в усьому суспільстві панує незмінний, раз і назавжди встановлений Богом порядок);

3) звичаєвому праву була притаманна така риса, як подвійність, що полягала в ідеї повного безправ'я рабів і формальної рівності вільних людей при фактичному створенні пільг і переваг для панівного класу²¹².

²¹¹ Якевич И. Г. История государства и права славянских народов. — Мн.: Изд-во МИУ, 2005. — С. 22–24.

²¹² Вишнеўскі А. Ф. Гісторыя дзяржавы і права Беларусі. — Мн.: Акад. МУС Рэсп. Беларусь, 2003. — С. 28–29.

Держава і право Білорусі у складі Великого князівства Литовського й утворення Речі Посполитої (XII–XVIII ст.)

Подальший розвиток виробничих сил, зміцнення феодальних виробничих відносин викликали відповідно й розвиток суспільної праці. Це спричинило прискорений розвиток міст і торгівлі, що в результаті зумовило процес ліквідації відособленості держав-князівств та їх об'єднань.

Прискорення об'єднання держав-князівств мало декілька причин: по-перше, це внутрішні економічні причини, а по-друге — несприятливе зовнішнє оточення, а також те, що у Східній Європі розповсюджувалася агресія з північного заходу з боку католицьких орденів хрестоносців і мечоносців, а з південного сходу — татар.

Через зазначені причини і внаслідок того, що сусідні білоруські, литовські, українські князівства з найдавніших часів перебували у постійних торговельних і політичних відносинах (спільність торгових шляхів, культури, релігії, неодноразові спільні дії), об'єднання держав-земель підтримувалося всіма прошарками суспільства, у тому числі й селянством, яке найбільше страждало від феодальних і міжусобних воєнних дій та зовнішньої агресії.

Процес формування Великого князівства Литовського як суверенної держави почався в XII ст. з об'єднання деяких білоруських і литовських князівств і тривав у XIII–XIV ст., коли до його складу ввійшли українські та деякі російські князівства.

Феодальне право Великого князівства Литовського як регулятора суспільних відносин інтенсивно розвивалося під дією економічних, соціальних і політичних причин. Для нього були характерні два основних етапи розвитку.

Протягом першого («привілейного») етапу (XIII–XV ст.), внаслідок утворення Великого князівства Литовського як суверенної феодальної держави складається загальноземське право, його окремі галузі та їх інститути шляхом видання великими князями грамот (привілеїв). Норми їх були обов'язкові для всього населення Великого князівства Литовського, у тому числі й для самих великих князів, і не тільки тих, які видали грамоту, а й усіх інших.

Для «привілейного» етапу розвитку феодального права характерним є те, що правовий звичай як основне джерело феодального права в IX ст. — першій половині XII ст. витісняється нормативним актом. До значущих нормативних актів цього етапу належать договір, грамота, ухвала сейму, такі як: 1) Договір Вітебської, Полоцької і Смоленської земель з Ригою і Готським берегом (1229 р.); 2) Грамота полоцького і вітебського князя

Герденя про укладення мирного договору і встановлення торговельних відносин з Ригою і Готландом (1264 р.); 3) Договірна грамота великого князя Казимира з Великим Новгородом про встановлення миру і умов ведення торгівлі з Полоцьком і Вітебськом (1440 р.); 4) Грамоти великих князів містам на магдебурзьке право (1390, 1391, 1441, 1494, 1498, 1499 рр.); 5) Загальноземські грамоти (1387, 1413, 1432, 1434, 1447, 1457 рр.); 6) Судебник Казимира 1447 р.); 7) Постанова Городельського сейму про унію Великого князівства Литовського з Польщею про привілеї феодалів-католиків (1413 р.); 8) Договір Вітебської, Полоцької та Смоленської земель з Ригою і Готським берегом (1229 р.), спрямований на впорядкування взаємовідносин, що виникають безпосередньо у сфері торгівлі або тісно пов'язані з нею (наприклад, крадіжка, здійснена місцевим жителем у купця-іноземця; порушення норм моральності купцем-іноземцем тощо).

Другий («статутний») етап (XVI ст.) характеризується пануванням загальноземського права, яке розвивається так динамічно, що неодноразово виникає потреба в його систематизації. Це призводить до появи таких крупних пам'яток права, як статuti Великого князівства Литовського (1529, 1566 і 1588 рр.). За своєю структурою та змістом ці статuti можуть бути віднесені до зводів чинного права держави.

Через розвиток і зміцнення феодальних відносин у суспільстві прискорився процес не тільки встановлення різної правоздатності для простих людей і феодалів, а й формування нової соціальної спільності — стану. Визначальну роль у формуванні світського стану шляхти відіграли загальноземські грамоти (привілеї), які видавалися великими князями в 1387, 1413, 1432, 1434, 1447 рр.

Пожвавлення правотворчої діяльності держави, витиснення на задній план такого традиційного для ранньофеодального періоду розвитку права джерела, як правовий звичай і ряд інших причин у другій половині XV ст. викликали необхідність систематизації поточного законодавства. Результатом роботи з упорядкування поточного загальноземського законодавства було затвердження Казимиром Судебника Великого князівства Литовського (1468 р.). Його норми регламентували, в основному, кримінально-правові відносини, хоча є й окремі положення, що стосуються процесуального, цивільного та адміністративного права. Судебник містив 25 статей, 16 з яких регламентували різні правові аспекти такого злочинного діяння, як крадіжка (поділяється на просту і кваліфіковану, визначаються види покарань та ін.).

Характеризуючи в цілому загальноземське право Великого князівства Литовського, що зароджується наприкінці XII–XV ст., необхідно зазна-

чити, що, крім класичних рис феодального права (класовий характер, привілеї тощо), йому властиві вже такі прогресивні для свого часу положення: 1) чітко вказаний вік кримінальної відповідальності; 2) право феодалів на публічний суд; 3) вільне без жодних обмежень розпорядження нерухомим майном; 4) відповідальність тільки за провину; 5) обмеження відповідальності членів сім'ї; 6) заборона самоправства у вигляді нападів на маєтки тощо.

Це свідчить про досить високий рівень розвитку не тільки суспільства та держави, а й правової думки.

Проаналізувавши весь нормативний масив з XII ст. до XVI ст., можемо зазначити, що тому часу були властиві такі джерела права, як нормативний акт, правовий звичай, правовий прецедент, нормативний договір. Були розвинені такі галузі права: цивільне, кримінальне, процесуальне, адміністративне. На той час найпоширенішими видами договорів були договори купівлі-продажу, займу, перевезення. Виділялися такі види злочинів: злочини проти особи, проти майна, проти моральності. І відповідно були такі види покарань: смертна кара, позбавлення волі, майнові.

Подальший розвиток феодального права в Білорусі в XVI ст. відбувався під впливом внутрішніх і зовнішніх соціально-економічних і політичних причин. Розширення внутрішньої та зовнішньої, роздрібної та оптової, державної і приватної торгівлі прискорило зростання міст і диференціацію міського населення, зумовило інтенсивнішу видачу містам грамот на магдебурзьке право.

З розвитком феодального права Великого князівства Литовського у XVI ст. відбувається зміна в джерелах права: основним з них стає нормативний акт, хоча і правовий звичай у багатьох випадках продовжує використовуватися при вирішенні конфліктів у суспільстві. Нормативні акти носять різні назви (привілеї, грамоти, ухвали, статuti тощо), різні за дією у просторі та щодо кола осіб, але всі вони мають рівну юридичну силу, адже вводяться в дію від імені великого князя і приймаються колегіально найвищими органами держави.

Ухвали сейму (загального, вального) приймалися на спільному засіданні шляхти Великого князівства Литовського і Королівства Польського з найбільш важливих питань внутрішньої та зовнішньої політики. Так, 1 липня 1569 р. загальний вальний Люблінський сейм прийняв ухвалу про унію Великого князівства Литовського з Короною Польською, в якій обґрунтовувалися причини об'єднання двох держав (ст. 1), порядок обрання господаря (ст. 2), його обов'язки (ст. 5), порядок розгляду питань спільної внутрішньої та зовнішньої політики (ст. 6, 10), збереження

колишньої системи посад у кожній державі (ст. 8) та інші положення — всього 28 статей²³³.

Найзначнішою подією в розвитку феодального права Великого князівства Литовського в XVI ст. було розроблення й прийняття Статутів 1529, 1566 і 1588 рр. Статути Великого князівства Литовського різко відрізнялися від крупних нормативних актів XV–XVI ст. як широтою охоплення врегульованих правом суспільних відносин, так і юридичною технікою (назви глав, статей).

На думку білоруських учених, зміст Статутів свідчить про розквіт феодальної демократії, зародження нової форми правосвідомості. Прогресивні положення й принципи, що в них закріплені, дають право стверджувати, що в них послідовно запроваджується ідея встановлення правової держави²³⁴.

Державне право Великого князівства Литовського було позначене ідеєю верховенства закону як основної характерної риси, що притаманна правовій державі. Норми державного права свідчать про духовний злам феодального суспільства в XVI ст. У них вбачається прагнення законодавця створити більш сприятливі, впорядковані нормами права, умови існування людини у суспільстві. Норми права, а також такі прогресивні принципи, як виборність, колегіальність, законність, відповідальність, відокремлення суду від адміністрації, участь у судових засіданнях присяжних тощо, допомагали уникнути соціальних вибухів у суспільстві.

Що стосується галузевого законодавства, то більшість інститутів цивільного права (особи, власності, речі, обов'язку, давності, правоздатності, дієздатності тощо) знайшли своє досить повне відображення у всіх трьох Статутах.

Поряд з нормами Статутів цивільно-правові відносини регулювалися й іншими нормативними актами і навіть звичаєвим правом. Проте, виходячи з аналізу норм Статутів, науковці дійшли висновку, що при виникненні колізій різних норм, які регулюють цивільно-правові відносини, переважне право мали норми Статутів²³⁵.

Слід зазначити, що ще однією прогресивною рисою феодального права Великого князівства Литовського є й те, що деякі аспекти шлюбно-сімейних відносин регулювалися світським писаним правом, а не тільки церковним і звичаєвим.

²³³ Кузнецов И. Н. Вказ. праця. — С. 20–47.

²³⁴ Юхо І. Крыніцы беларуска-літоўскага права. — Мн.: Беларусь, 1991. — С. 100–120.

²³⁵ Кузнецов И. Н. Вказ. праця. — С. 55.

Феодальне кримінальне право Великого князівства Литовського XVI ст. також мало деякі прогресивні положення, що випереджали свій час і, зокрема, властиві буржуазному праву. Наприклад, до таких положень належать принципи рівності всіх перед законом, відповідальності тільки за законом, відповідальності тільки за свою провину, відповідності покарання тяжкості скоєного правопорушення тощо.

Наступним етапом розвитку держави і права Білорусі був період перебування країни з 1569 р. у складі Речі Посполитої. За цей час правова система Білорусі зазнала певних змін. Ці зміни відбулися внаслідок, по-перше, подальшого розвитку виробничих відносин, а по-друге — політичної кризи Речі Посполитої, що поглибилася в середині XVII ст.

Багатонаціональна Річ Посполита, що виникла на підставі Люблінської унії, була цілісною тільки зовні, адже всередині завжди був поділ на Корону (Польщу) і Велике князівство Литовське, що зберегло свої центральні установи, власну скарбницю, армію та своє право — Статут 1588 р.²³⁶

Основним джерелом права в Білорусі у складі Речі Посполитої були нормативні акти, що мали різні назви: статут, постанова, грамота тощо. Найважливішим джерелом права у XVIII ст. став збір законів, сеймових постанов та інших нормативно-правових актів, який мав назву «Книга законів». Перші шість томів були видані у Варшаві в 1732–1739 рр. — у них зібрано все законодавство Речі Посполитої.

Найзначніші зміни у праві відбулися у другій половині XVIII ст. У цьому велику роль відіграв чотирирічний сейм Речі Посполитої, який затвердив Конституцію 3 травня 1791 р. У ній була відбита велика кількість буржуазних принципів організації та діяльності державного апарату, прогресивні положення, що стосувалися основних галузей права.

Держава і право Білорусі у складі Російської Імперії (кінець XVIII ст. — початок XX ст.)

Приєднання території Білорусі до Росії в результаті трьох поділів Речі Посполитої спричинило послаблення релігійного і деякою мірою національного гноблення, сприяло припиненню руйнівних воєнних конфліктів між різними угрупованнями крупних магнатів і врешті-решт дало змогу розвиватися економіці.

У перші роки після приєднання Білорусі царський уряд, враховуючи тяжке економічне становище населення, був змушений зменшити податки та на деякий час припинити їх стягнення.

²³⁶ Вішнеўскі А. Ф. Вказ. праця. — С. 119–124.

Підйом сільського господарства сприяв росту торгівлі, купецтва, міст. Царський уряд викупував міста з приватного володіння феодалів.

На території Білорусі неодноразово змінювався адміністративно-територіальний поділ, доки нарешті не було затверджено у 1801 р. п'ять губерній, які й проіснували аж до революції 1917 р.

У білоруських губерніях була затверджена система місцевих органів влади й управління, що була передбачена законом «Установи для управління губерній Всеросійської імперії» (1775 р.). Але царський уряд пішов на деякі поступки місцевому дворянству — шляхті, відновивши дію Статуту 1588 р.

Після приєднання території Білорусі до Росії за указом Павла I від 12 грудня 1796 р. у губерніях Білорусі була відновлена з деякими змінами колишня система судових органів, що існувала в країні, коли вона перебувала у складі Великого князівства Литовського і Речі Посполитої. Наприклад, у губернії судом другої інстанції був Головний суд, до якого подавалися скарги на рішення й вироки земських повітових, морських судів (до 1810 р.), межових судів (з 1810 р.) та міського магістрату.

Вступ Росії на шлях капіталістичного розвитку і проведення буржуазних реформ 60–70-х років XIX ст. зачепило й Білорусь як невід'ємну частину Російської Імперії.

Еволюційний шлях буржуазного розвитку був перерваний недалекою політикою царизму, як внутрішньою, так і зовнішньою, й терористична діяльність радикально налаштованих сил суспільства призвела до того, що в Російській Імперії стався соціальний вибух — революція 1905–1907 рр. Зміни, що відбувалися внаслідок революції та після неї в усіх сферах суспільного життя, свідчили, що в Росії, у тому числі й в Білорусі, на початку XX ст. поглиблювалися процеси, спрямовані на формування буржуазного суспільного та державного устрою. Про це свідчать норми Основних законів Російської Імперії від 23 квітня 1906 р.

Процеси, що відбувалися в усіх сферах суспільного життя, отримали правове закріплення. Основним джерелом права залишався нормативний акт. Внаслідок прискорених процесів розвитку суспільства й держави різко активізувалася правотворча діяльність. Спостерігалось прагнення царського уряду уніфікувати законодавство й управління державою, позбавляючи губернії їх особливих прав. Наприклад, якщо на території Білорусі діяв Статут 1588 р., то потім його функціонування було скасовано, і на білоруські губернії почало поширюватися загальне російське законодавство, з деякими застереженнями, вилученнями тощо. Такий стан справ у

сфері права залишався до створення 1 січня 1919 р. Радянської Соціалістичної Республіки Білорусь як суверенної держави²³⁷.

Республіка Білорусь у складі СРСР (1917–1990 рр.)

Становлення держави і права в цей період відбувалося досить жваво. Революційний настрій населення відіграв велику роль у цьому процесі. Величезна організаторська та політична робота партії більшовиків в масах активізувала робочий клас і трудове селянство, вносила в їхню свідомість великі ідеї інтернаціоналізму, об'єднувала і готувала до рішучої класової боротьби.

Білоруська буржуазія, як і буржуазія інших національних районів, використовуючи лозунг права націй на самовизначення, прагнула захопити владу²³⁸.

Розвиток правової системи в Білоруській Радянській Соціалістичній Республіці (БРСР) у період відновлення (1921–1930 рр.) мав декілька етапів: по-перше, спеціальними постановами ЦВК БРСР вводилися в дію на території БРСР законодавчі акти РРФСР; по-друге, органи влади і управління БРСР (Білоруський з'їзд Рад, ЦВК, РНК) приймали власні нормативно-правові акти; по-третє, діяли законодавчі акти РРФСР, що були чинними на всій території РРФСР, союзних і автономних республік.

У період 1921–1925 рр. тривав процес активізації діяльності вищих органів влади і управління БРСР, хоча в цілому мало місце запозичення правових норм та інститутів з російського законодавства, оскільки власного досвіду було ще недостатньо²³⁹.

При аналізі основних гілок права в період війни в Білорусі доводиться спиратися на загальносоюзні законодавчі акти, перш за все, на акти цивільно-правового та кримінально-правового характеру, тому що, як пише професор Я. Юхо, «під час Другої світової війни право Білоруської РСР не мало самостійного характеру, адже відповідно до Конституції СРСР 1936 р. видання Кримінального і Цивільного Кодексів було віднесено до компетенції СРСР, а в інших галузях права в основному діяли норми загальносоюзного права»²⁴⁰. Перш за все, слід зазначити, що цивільно-правове регулювання майнових відносин в період війни було підпорядковане

²³⁷ Кузнецов И. Н. Вказ. праця. — С. 69–83.

²³⁸ Нерушимая дружба украинского и белорусского народов в период социализма / Отв. ред. Ю. Ю. Кондуфор. — К.: Наук. думка, 1978. — С. 20.

²³⁹ Довнар Т. И. Краткий очерк истории государства и права Республики Беларусь (послеоктябрьский период). — Мн.: Ин-т современных знаний, 1997. — С. 18.

²⁴⁰ Юхо Я. М. Учебное пособие по истории государства и права Республики Беларусь. — Ч. 2. — Мн., 1995. — С. 45–46.

мобілізації всіх ресурсів країни на забезпечення перемоги, захисту соціалістичних майнових відносин, відновлення зруйнованого господарства²⁴¹.

Держава вже в цей період заохочувала перехід до колективних форм господарювання: сільськогосподарських комун, артілей, суспільних заорювань, сільськогосподарських товариств. Для них повинні були виділятися найкращі землі, першочергово виконуватися землевпоряджувальні роботи.

Право відіграло визначальну роль у створенні соціалістичної власності, первинним джерелом виникнення якої була націоналізація.

Важливе місце в діяльності державних органів БРСР посідала кримінально-правова охорона правопорядку, прав та інтересів громадян²⁴². Для посилення цивільно-правової охорони соціалістичної власності була підвищена матеріальна відповідальність за розкрадання, недостачу й втрату товарів, пального тощо.

Розвиток законодавства про державну соціалістичну власність відбувався по лінії зміцнення правового режиму державного майна, розширення прав державних юридичних осіб щодо розпоряджання ним²⁴³. Громадянам, які повернулися з евакуації, надавалося право вимагати в судовому порядку звільнення житлової площі, що їм раніше належала²⁴⁴.

У часи радянської влади обсяг вільного переміщення територією населення регулювався паспортною системою. Метою створення цієї системи було забезпечення правопорядку в країні, що давало змогу відстежувати переміщення населення, особливо тих осіб, які мали кримінальне минуле, так званих «антисупільних елементів»²⁴⁵.

Для розвитку права в 1958–1980 рр. характерними є три основні тенденції: демократизація, кодифікація та розширення сфери застосування права. Ці тенденції сформувалися під впливом тих завдань, що визначалися керівною комуністичною партією в економічній, соціальній, політичній та інших сферах суспільного життя. Характерною рисою розвитку правової системи 1950–1980 рр. є значний ступінь динамічності. Серед численних різнопланових чинних нормативно-правових актів цього пе-

²⁴¹ *Віштейські А. Ф.* Вказ. праця. — С. 258–259.

²⁴² *История государства и права Белорусской ССР: В 2-х т. — Т. 1 (1917–1936 гг.). — Мн.: Наука и техника, 1970. — С. 112–115.*

²⁴³ Там само. — Т. 2. (1937–1970 гг.). — С. 415.

²⁴⁴ *Васькович Й.* Проблеми та перспективи побудови правової держави в Україні // *Право України.* — 2000. — № 1. — С. 116–117.

²⁴⁵ *Васілевич Д. Р.* Развіццё заканадаўства СССР і Рэспублікі Беларусь аб свабодзе перемішчэння і выбары месца жыхарства // *Вестні Нацыянальнай Акадэміі Навук Беларусі. Серыя гуманітарных навук.* — 2005. — № 2. — С. 31–35.

ріоду особливе місце посідають постанови ЦК КППС і Ради Міністрів СРСР, а також постанови ЦК КПБ і Ради Міністрів БРСР, в яких містилися норми, що вносили принципові зміни до чинного законодавства.

Велика кількість нормативно-правових актів потребувала невідкладної систематизації чинного законодавства, яка почала здійснюватися наприкінці 50-х рр. як в масштабі СРСР, так і в кожній республіці. У БРСР також були створені спеціальні комісії для підготовки кодексів з основних галузей права.

Кодифікаційні роботи почалися в БРСР наприкінці 50-х рр. Усього було прийнято понад 10 кодексів і нова Конституція БРСР (1978 р).

У розвитку всіх галузей права чітко проявлялися тенденції подальшого поглиблення його демократичних рис. Наприклад, норми конституційного права закріпили розширення прав союзних республік, а за Конституцією БРСР 1978 р. права громадян розширилися майже вдвічі; у цивільному праві була значно розширена правоздатність громадян і вперше введені норми, що передбачали цивільно-правовий захист честі та гідності фізичної особи.

Як висновок зазначимо, що в радянські часи правова система Республіки Білорусь мало відрізнялася від правових систем РРФСР та інших союзних республік. У 1960–1970 рр. була здійснена рекодифікація основних галузей законодавства: у 1960 р. прийняті нові КК і КПК, у 1964 р. — ЦК і ЦПК, у 1972 р. — КЗпП і Водний кодекс, у 1976 р. — Кодекс про надра тощо.

З початку 90-х рр. правова система Республіки Білорусь переживає докорінну трансформацію. За темпами правових перетворень Республіка Білорусь випереджає більшість республік СНД і Балтії, поступаючись тільки Узбекистану²⁴⁶.

У Республіці Білорусь значно повніше й оперативніше стало використовуватися право як регулятор суспільних відносин. На його розвиток впливали процеси, що відбувалися в економіці, соціальній сфері та політиці не тільки республіки, а й СНД та країн дальнього зарубіжжя. При правовому регулюванні різних сфер суспільного й державного життя в Республіці враховували накопичений світовий досвід, звертали увагу на норми міжнародного права.

У період становлення державності білоруські вчені виділяли три тенденції розвитку права: 1) інтенсивне оновлення чинного законодавства з метою його пристосування до нових умов соціально-економічного та політичного життя республіки; 2) координація права; 3) приведення норм

²⁴⁶ *Основи права / Под ред. Г. Б. Шишко.* — Мн.: Книжный Дом, 2005. — С. 66.

національного права у відповідність з нормами міжнародного права. Остання тенденція набирала силу в зв'язку з 50-річчям з дня прийняття Все-світньої декларації з прав людини. Про це свідчить той факт, що вперше в Республіці Білорусь на найвищому рівні — в парламенті — 23 червня 1998 р. розпочалися парламентські слухання на тему «Проблема прав людини», у ході яких був здійснений об'єктивний аналіз чинного законодавства Республіки Білорусь з цієї проблеми, визначені його недоліки, внесені пропозиції щодо його удосконалення. Підтвердження наявності цієї тенденції є проведення у червні 1998 р. у Мінську міжнародної наукової конференції «Роль органів конституційного контролю у захисті соціально-економічних і соціально-культурних прав і свобод громадян».

Із трьох зазначених тенденцій найдієвішою, на думку білоруських учених І. Кузнецова та В. Шовкопляса, є перша, оскільки саме вона дозволяє внести зміни до чинного законодавства²⁴⁷.

Таким чином, право Республіки Білорусь на той період (початок 90-х рр. ХХ ст.) інтенсивно оновлювалося та розвивалося, використовуючи широке коло джерел: поточне законодавство, модельні кодекси СНД, міжнародно-правові акти.

Виникнення та історія розвитку правової системи Білорусі свідчить про те, що на її зміст і динаміку впливають не тільки політика і політична культура, а й вся духовна культура суспільства: релігія, філософія, мораль, художня культура, наука. Безумовно, еволюція правової системи Республіки Білорусь безпосередньо пов'язана з економічним фактором — вдосконаленням виробничих сил і виробничих відносин, становленням ринкового господарства. Закономірності, показники розвитку правової системи Республіки Білорусь обумовлені також спадкоємністю: традиційні правові цінності взаємодіють з новими цінностями, що були сприйняті правовою системою Білорусі від інших правових систем, що в ідеалі повинно вести до прогресу системи права держави.

Правові системи, як уже раніше зазначалося, за схожістю, єдністю елементів об'єднуються у групи — правові сім'ї. Правова система Республіки Білорусь, як і правові системи інших держав континентальної Європи, у тому числі й України, належить до романо-германської правової сім'ї.

Основним джерелом у країнах з правовими системами романо-германської правової сім'ї є нормативно-правовий акт. У Законі «Про нормативні правові акти Республіки Білорусь» надане визначення нормативно-правового акта. Відповідно до нього нормативно-правовий акт — це «офіцій-

²⁴⁷ Кузнецов И. Н. Вказ. праця. — С. 153.

ний документ встановленої форми, прийнятий (виданий) в межах компетенції уповноваженого державного органу (посадової особи) чи шляхом референдуму з дотриманням встановленої законодавством Республіки Білорусь процедури, що містить загальнообов'язкові правила поведінки, які розраховані на певне коло осіб та неодноразову дію» (ст. 1)²⁴⁸.

Усім правовим системам властиві такі функціональні елементи: стійка правосвідомість, правові норми, форми їх вираження (джерела права), форми реалізації (дотримання, використання, виконання, застосування), правові процедури правотворчості, правовстановлення, правореалізація, правопорядок.

Правова система Республіки Білорусь являє собою закономірно пов'язану цілісність правосвідомості, всіх правових норм, форм їх виразу та реалізації, а також правотворчих, правоустановчих і правореалізаційних процедур, що забезпечують регулювання суспільних відносин на шляху їх прогресивного розвитку.

Основними елементами національної правової системи Республіки Білорусь є галузі права та галузі законодавства, їх інститути й норми²⁴⁹.

Визначальну роль у правовій системі Білорусі (стосовно правосвідомості, юридичної практики, правової науки, правової культури тощо) відіграє система права. Вона тісно взаємопов'язана із системою законодавства. Система права як внутрішня організація змісту права, як його структура, відповідає характеру суспільних відносин, що регулюються ним. Система законодавства є виразом системи права, його об'єктивованою формою (точніше — однією із зовнішніх форм)²⁵⁰. Система законодавства є найвищим виразом системи права. Вона формується шляхом видання і систематизації правових актів²⁵¹.

Оскільки білоруські вчені вважають нормативною основою правової системи систему права, то слід почати розгляд правової системи Білорусі з характеристики її системи права.

Структура системи права Республіки Білорусь характеризується трьома групами елементів (правових явищ). По-перше, це юридичні норми, принципи, інститути (нормативна сторона); по-друге, сукупність правових установ (організаційна сторона); по-третє, сукупність правових

²⁴⁸ Закон Республіки Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» от 10 января 2000 г. // www.zakon.by/webupa/text.asp.KN-N10000361.

²⁴⁹ Дробязко С. Г., Козлов В. С. Вказ. праця. — С. 253–255.

²⁵⁰ Теория государства и права / Под ред. М. М. Рассолова. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. — С. 345–346.

²⁵¹ Дмитрук В. Н. Некоторые вопросы общей теории государства и права. — Мн.: Веды, 1998. — С. 94.

поглядів, уявлень, ідей, що притаманні білоруському суспільству, та правова культура²⁵².

Першу групу елементів структури системи права Республіки Білорусь — її нормативну сторону — можна охарактеризувати як систему права Білорусі у вузькому значенні. Під системою права Республіки Білорусь (у вузькому значенні) розуміють об'єктивно наявну зовнішню структуру права, що склалася історично та визначається характером регулювальних суспільних відносин, виражається в єдності та узгодженості взаємопов'язаних юридичних норм і поділі їх на галузі (підгалузі) та інститути.

Галузь права є основним структурним підрозділом системи права (у вузькому значенні) Республіки Білорусь.

Республіка успадкувала (як і інші країни колишнього СРСР) конструкцію системи права, що склалася у радянський період. З урахуванням деяких змін, що відбулися останніми роками, національна система права Білорусі складається з таких основних галузей: конституційне право, цивільне право, адміністративне право, кримінальне право, трудове право, сімейне право, земельне право, фінансове право, цивільне процесуальне право, господарсько-процесуальне право, кримінальне процесуальне право, кримінальне виконавче право, міжнародне право²⁵³.

Правові норми, що становлять зміст інститутів і галузей права, створюються в результаті правотворчої діяльності компетентних державних органів Республіки Білорусь і набувають таким чином зовнішніх форм. Такими зовнішніми формами є, перш за все, нормативно-правові акти — основні джерела права Республіки Білорусь. Усі нормативні правові акти республіки поділяються на закони та підзаконні акти. Закони відповідно до білоруського законодавства поділяються на Конституцію (Основний закон), програмні закони, звичайні закони, акти Глави держави, що мають силу закону²⁵⁴. З теорії держави і права нам відомо, що таке «звичайні закони» і «конституція», а термін «програмний закон» у законодавстві України відсутній. Відповідно до закону Республіки Білорусь від 10 січня 2000 р. «Про нормативні правові акти Республіки Білорусь» «програмний закон — це закон, що приймається у встановленому Конституцією Республіки Білорусь порядку і за визначенням нею питань».

Основним законом Республіки Білорусь, що має найвищу юридичну силу, є Конституція Республіки Білорусь (ст. 137 Конституції Республіки

²⁵² *Проблеми общей теории государства и права: Учеб. для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Изд. группа НОРМА ИНФА, 1999. — С. 7.*

²⁵³ *Дробязко С. Г., Козлов В. С.* Вказ. праця. — С. 256–258.

²⁵⁴ *Основы права / Под ред. Г. Б. Шинко. — Мн.: Книжный Дом, 2005. — С. 28.*

Білорусь)²⁵⁵. Загальновідомим залишається той факт, що Конституція є ядром правової системи, базою для розвитку всього законодавства. До законів належать закони, що приймаються парламентом, і декрети президента, що відповідно до Конституції Білорусі можуть мати силу закону. Серед підзаконних нормативно-правових актів найважливіше місце посідають укази президента, а також постанови уряду, акти міністерств і відомств, Національного банку, акти регіональних представницьких і виконавчих органів, органів місцевого управління та самоврядування²⁵⁶.

Взагалі, білоруські вчені надають такий перелік нормативних актів, що існують у законодавстві Республіки Білорусь: Конституція, програмний закон, кодекс, закон, декрет, указ, постанова палат парламенту, постанова Ради міністрів Республіки Білорусь, акти Конституційного суду Республіки Білорусь, Верховного суду Республіки Білорусь (постанови Пленуму Верховного суду Республіки Білорусь), Вищого господарського суду Республіки Білорусь (постанови Пленуму Вищого господарського суду Республіки Білорусь), генерального прокурора Республіки Білорусь, постанови республіканського органу державного управління і Національного банку Республіки Білорусь, регламент, інструкція, правила, статут (положення), наказ, рішення органів місцевого управління і самоврядування²⁵⁷.

Судовий прецедент, як і в інших країнах романо-германського правової сім'ї, не є джерелом права. Однак роз'яснення Пленуму Верховного суду з питань застосування законодавства є обов'язковими для суддів і посадових осіб, які застосовують закон (ст. 47 Закону «Про судустрой і статус суддів у Республіці Білорусь»)²⁵⁸. Таке саме значення для господарських судів мають роз'яснення Пленуму Вищого господарського суду.

Близьке до судових прецедентів місце у системі джерел права посідають акти Конституційного суду.

Важливим джерелом права є міжнародно-правові акти. Відповідно до ст. 8 Конституції Республіка Білорусь визнає пріоритет загальновищезначаних принципів міжнародного права й забезпечує відповідність їм

²⁵⁵ *Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). — Мн.: Амалфея, 2005. — С. 45.*

²⁵⁶ *Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / Отв. ред. А. Я. Сухарев. — М.: НОРМА, 2001. — С. 66.*

²⁵⁷ *Дробязко С. Г., Козлов В. С.* Вказ. праця. — С. 198–200.

²⁵⁸ *Закон Республики Беларусь «О судустройстве и статусе судей в Республике Беларусь» // www.couit.by/law/1./status.*

законодавства²⁵⁹. Однак не зазначається, чи мають пріоритет ратифіковані міжнародні договори над республіканськими законами.

З-поміж можливих джерел права Конституція називає акти міждержавних утворень, в які входить Республіка Білорусь.

Як джерело права в окремих країнах розглядається юридична доктрина. Білоруськими вченими робилася спроба дослідження можливості застосування доктрини як джерела права. Досить часто погляди білоруських учених здобувають визнання на практиці (судів, адміністративних органів, держави тощо)²⁶⁰. Але по суті в чистому вигляді доктрина не є джерелом права, адже самі по собі висловлені в літературі ідеї можуть бути реалізовані, визнані лише після того, як пройде деякий час. Для доктрини «принципове значення має її дієвість, визначність, авторитетність, широта поширення і вплив на суспільні відносини, які дозволяють цьому явищу претендувати на самодостатність»²⁶¹. Наприклад, поняття «нормативний правовий акт» спочатку було сформульоване в доктрині і лише потім сприйняте законодавством.

Друга група елементів структури системи права Республіки Білорусь являє собою сукупність правових установ. Це насамперед державні органи, що наділені Конституцією й іншими законами правотворчою функцією — Національні збори (парламент), Президент Республіки Білорусь, Рада міністрів (уряд), міністерства, державні комітети, місцеві ради депутатів і виконавчі комітети. Крім того, до правових установ належать правоохоронні органи (судові органи, органи прокуратури, органи внутрішніх справ), громадські правозахисні організації (Білоруське товариство споживачів, Союз юристів Білорусі) тощо.

Третю групу елементів структури системи права Республіки Білорусь становлять правосвідомість як одна з форм суспільної свідомості Республіки Білорусь і правова культура. Правосвідомість — це система правових теорій, поглядів, ідей, переконань, оцінок, відчуттів, у яких виражається ставлення окремих індивідів, тих чи інших соціальних груп, усього білоруського суспільства до чинного і бажаного права, до правових явищ, до поведінки людей і держави у сфері права. Правова ж культура — це

²⁵⁹ Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). — Мн.: Амалфея, 2005. — С. 5.

²⁶⁰ Василевич Г. А. Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи, прецеденты, доктрина. — Мн.: Тессей, 2005. — С. 13.

²⁶¹ Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. — 2003. — № 12. — С. 72.

система цінностей, що реалізуються в правовому законодавстві, юридичній техніці, законності та правопорядку²⁶². Правова культура характеризує рівень індивідуальної та суспільної правосвідомості, відображає якість функціонування всієї правової системи білоруського суспільства.

Поняття «правова культура» нерозривно пов'язане з поняттям «правова система». Вони співвідносяться між собою як форма і зміст. Правова система — це зміст, це те, що повинно бути, що повинно реалізовуватися як цілісна якість, а правова культура — те, що надає їй руху — тонкий, делікатний, гуманний механізм її реалізації, вишукані юридичні прийоми, способи втілення права, його цінностей у життя. Це свого роду ключ, за допомогою якого заводиться пружина, що задає рух правовій системі. Правова культура — це сяйво юридичного мистецтва у формуванні, розвитку і реалізації права²⁶³.

Розвиток права і всієї правової системи має велике значення в процесі побудови соціально-правової держави Республіки Білорусь.

Право — це найвища цінність, справедливість, свобода, рівність — це категорії-характеристики права, законодавства, правових механізмів і інститутів — це формальне закріплення останніх²⁶⁴.

Право, виступаючи регулятором суспільних відносин, покликане впливати на поведінку суб'єктів, корегувати її у відповідності з обумовленими цілями²⁶⁵.

Право повинно сприяти економічній, соціальній, духовній, демографічній безпеці держави і суспільства, формуванню політичної системи, в основі якої знаходяться конституційні принципи і норми.

Внаслідок того, що право використовується як засіб реалізації економічних та інших концепцій розвитку, воно повинно сприяти прогресивному розвитку суспільства. Прикладом шанобливого ставлення до правових розпоряджень зобов'язані бути посадовці, органи державної влади. Це підкреслюватиме роль і значення права в нашому суспільстві як найважливішого чинника розвитку держави цивілізаційним шляхом.

Роль права як політико-правової категорії в сучасний період, особливо у зв'язку з трансформацією політичної системи, переходом до ринкових відносин зростає надзвичайно. Це зумовлено необхідністю формування

²⁶² Общая теория государства и права: Краткий элементарный учебный курс / Под ред. Э. А. Калипиной. — Мн.: Молодежное научное общество, 2005. — С. 35.

²⁶³ Дробязко С. Г., Козлов В. С. Вказ. праця. — С. 448.

²⁶⁴ Юрашевич Н. Право и справедливость: соотношение явлений // Юстиция Беларуси. — 2005. — № 5. — С. 52.

²⁶⁵ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. — М.: Юристъ, 2004. — С. 7.

людини як істоти за своєю природою правової, здатної до політичних і правових форм організації соціального життя в нових економічних умовах²⁶⁶.

Верховенство права та побудова правової держави є пріоритетними питаннями в усіх державах світу, в тому числі і в Білорусі. Ідея правової держави, що належить до золотого фонду загальнолюдських цінностей, в Республіці Білорусь на найвищому законодавчому рівні закріплена у Конституції 1994 року. Конституція Республіки Білорусь проголошує країну демократичною, соціальною, правовою державою. Побудова правової держави неможлива без формування цілісної та несуперечливої системи законодавства, що ефективно регулює суспільні відносини, своєчасно й адекватно реагує на зміни, що відбуваються в економічній і соціальній сферах, враховує потреби людей²⁶⁷.

На сьогодні білоруські вчені першочерговим для себе вважають завдання теоретичного обґрунтування концепції білоруської правової держави і відповідно пропонування основних напрямів її формування в сучасних умовах, які характеризуються поки що невисоким рівнем парламентської культури, правовим нігілізмом, слабкістю демократичних традицій.

Необхідною передумовою створення правової держави є громадянське суспільство. Правова держава покликана слугувати громадянському суспільству, бути його довіреним представником.

Розподіл влади — найважливіший принцип правової держави, одне з досягнень людської цивілізації. Відповідно до ст. 6 Конституції Республіки Білорусь державна влада реалізується на основі розподілу її на законодавчу, виконавчу, судову. Розподіл влади потрібно розуміти як закріплену в нормативно-правових актах самостійність законодавчої, виконавчої і судової влади, коли кожна з них виступає гарантом для реалізації не тільки власної влади, а й інших видів державної влади. Абсолютний розподіл влади є нездійсненним. Може йтися про загальний принцип, яким слід керуватися при створенні структури державних органів²⁶⁸.

Сьогодні система розподілу влади в Республіці Білорусь перебуває на стадії становлення. Відбувається «притирання» різних гілок влади одна до одної, виробляється певна модель їх взаємовідносин, ведеться пошук оптимальних форм взаємодії законодавчої, виконавчої та судової влад. На думку професора В. Тіхіні, система розподілу влади на сучасному ета-

²⁶⁶ Василевич Г. А. Вказ. праця. — С. 19–20.

²⁶⁷ Реут В. Аналіз правозастосовчої практики в Республіці Білорусь: стан і проблеми // Юридична Україна: Щомісячний правовий часопис. — 2006. — № 5 (41). — С. 20.

²⁶⁸ Библио В. Н. Судостроительство. — Мн.: Право и экономика, 2001. — С. 33.

пі в Білорусі має в цілому асиметричний характер — з явним перекосом на користь повноважень виконавчої влади²⁶⁹.

Керівництво Республіки Білорусь веде політику побудови демократичного суспільства, а як наслідок і соціальної правової держави, в якій найвищим принципом буде суворе підпорядкування закону. Це означає, що для формування правової держави необхідно піднести не тільки економіку, а й правову культуру громадян на досить високий рівень, що гарантує демократичний розвиток суспільства.

Правова держава і правове безкультур'я — речі несумісні. Вибіркові соціологічні дослідження в Білорусі показують, що три чверті респондентів ознайомлюються із законодавством час від часу. У більшості громадян спостерігається недовіра до закону, його сили, панує неправове мислення. Нерідко посадовці діють, не зважаючи на вимоги закону²⁷⁰.

Республіка Білорусь прагне побудувати правову державу, але водночас її правовий розвиток подеколи іде всупереч панівним у Східній Європі й багатьох інших країнах ліберально-демократичним тенденціям. На сьогодні населення країни традиційно підтримує такі цінності та підходи, як сильна держава, її активна роль у регулюванні економічних процесів, пріоритет суспільних інтересів над індивідуальними.

На референдумі в листопаді 1996 р. переважна більшість населення проголосувала за сильну президентську республіку; заборону купівлі-продажу землі; збереження смертної кари; проти обрання місцевих адміністрацій прямим голосуванням. Конституція Республіки Білорусь 1994 р. — єдина з усіх новітніх основних законів передбачає інститут відкликання депутатів парламенту (ст. 72)²⁷¹.

Ці радикальні заходи у більшості викликають негативне ставлення до Білорусі, бо панівною є думка про те, що лише держава з демократичними засадами може розвинутися і в кінцевому результаті стати справді правовою.

Зрозуміло, що становлення правової системи демократичної, соціально-правової держави — процес, що потребує істотних часових втрат. Чимало негативних економічних, політичних, історичних факторів, у тому числі вікове панування на території Білорусі антидемократичного

²⁶⁹ Тихина В. Г. Правовое государство как национальная идея Республики Беларусь // Юридический журнал. — 2005. — № 1. — С. 5.

²⁷⁰ Там само. — С. 8.

²⁷¹ Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). — Мн.: Амалфея, 2005. — С. 18.

режиму, своєрідність менталітету білоруського суспільства, порушення старих економічних зв'язків після розпаду СРСР, істотно гальмують цей процес.

У 90-х рр. ХХ ст. правова система Республіки Білорусь вийшла на якісно новий рівень розвитку. Здобуття республікою незалежності і статусу рівноправного суб'єкта міжнародного права, прийняття Конституції, що проголошує людину, її права, свободи та гарантії їх реалізації найвищою цінністю і метою держави та суспільства, поява нових можливостей розвитку білоруської економіки за законами ринку — все це дозволяє сподіватися на поступове формування правової системи Республіки Білорусь відповідно до ідеалу правової держави і громадянського суспільства.

Сучасна правова карта світу розкриває різноманіття правових систем і водночас свідчить про прагнення держав до зближення, єдності в законодавстві, правозастосовній діяльності у сфері регулювання економічних відносин, охорони навколишнього середовища, у регулюванні інших сфер суспільного та державного життя. Таке прагнення Республіки Білорусь виявляється в конституційному проголошенні пріоритету загальновищаних принципів міжнародного права, в укладенні різноманітних міжнародних договорів, в активній участі у міжнародних організаціях.

З усіх колишніх союзних республік правова система Республіки Білорусь найбільш близька до російської, що пояснюється прагненням білоруського керівництва до максимальної реінтеграції з Росією аж до створення єдиної Союзної держави.

Слід зазначити, що Республіка Білорусь не уявляє свого правового розвитку та розвитку правової системи без Російської Федерації (Союзна держава) та прагне досягти взаєморозуміння з країнами — учасницями СНД. Союзна держава виникла як результат різношвидкісної та різнорівневої інтеграції в рамках СНД. Враховуючи, що Росія та Республіка Білорусь — держави — учасниці Союзної держави — одночасно є державами — учасницями СНД та ЄврАзЕС, загальною метою Союзної держави, рівно як і її учасниць, є проведення узгодженого курсу на зміцнення СНД та ЄврАзЕС²⁷².

Розвиток правової системи Республіки Білорусь відбуватиметься шляхом гармонізації й уніфікації правових систем Російської Федерації та Республіки Білорусь. Усі ці процеси пов'язані зі створенням та розвитком Союзної держави Російської Федерації та Республіки Білорусь.

²⁷² Михалева Н. А. Правовые проблемы создания Союзного государства России и Беларуси // Государство и право. — 2002. — № 6. — С. 15.

Найвища цінність правової держави — людина, її права і свободи, а їх реальне забезпечення — головне завдання державної влади. Ідея прав і свобод людини належить до ідей, які, пройшовши багатовікову історію, набули особливої актуальності²⁷³ у відносинах між сучасною державою і особою. Права особи і громадянина є складним, багатограним явищем. Воно іманентно пов'язане не тільки з державою та правом, а й ще більшою мірою з культурою, філософією, етикою, релігією, тобто з гуманітарним знанням.

Загальнолюдське значення прав і свобод людини полягає в тому, що в них найбільшою мірою насправді проявляється людське в людині, те, що відповідає прагненням і потребам усіх людей, не обмежуючи можливостей їхнього розвитку.

Права людини тісно пов'язані з тим, як до них ставиться держава, іншими словами, з тим, як держава керує своїм народом, або ж — з рівнем демократії в політичних режимах²⁷⁴.

Права людини — це гуманізм сучасної епохи, що являє собою сукупність поглядів, концепцій, що виражають повагу до людського життя, визнання його самоцінності, турботу про благо людей, їхній всебічний розвиток. Гуманізм нашого часу є найбільш демократичним та універсальним за своєю суттю принципом, тому що він спрямований на захист і забезпечення прав і свобод кожної людини.

Права людини є основою людського існування. Вони являють собою високий духовно-моральний ідеал, якого нині прагнуть усі цивілізовані країни й народи, відповідно до якого вони намагаються реформувати наявну соціальну структуру.

Права людини, що втілюють наявні в усіх релігіях і культурах традиції терпимості, поваги до людської гідності, є основою миру, злагоди, соціального прогресу, гуманізації й демократизації національних і міжнародних відносин.

У наші дні проблема прав людини перетворилася на «загальне місце» у політиці, правознавстві, етиці, журналістиці, засобах масової інформації. Вона набула статусу аксіому у суспільній свідомості, і висловлювати сумнів у цьому вважається непристойним. Особливої актуальності ця проблема набуває у так званих «перехідних суспільствах», в яких в силу об'єктивних і суб'єктивних причин загострюються кризові чинники, механізми

²⁷³ Общая теория государства и права: Учеб. пособие / Под общ. ред. А. Г. Тиквенко. — Мн.: Книжный дом, 2006. — С. 200.

²⁷⁴ Котляр И. И. Права человека: Учеб. пособ. для студентов высш. учеб. заведений. — Мн.: Тессей, 2005. — С. 213.

забезпечення пристойного суспільного буття людини і соціального самопочуття працюють із «скреготом» або ж взагалі руйнуються. Втім не треба доводити, що проблематика людських прав з огляду на глобальні, екологічні, енергетичні, демографічні негаразди, спалаху терористичної активності, перманентні військові дії, що спричиняють масові потоки біженців, утворює одну з головних тем і турбот сучасної цивілізації в цілому²⁷⁵.

На сучасний стан і розвиток прав людини та громадянина в Республіці Білорусь впливають три основні фактори:

1) міжнародний фактор (Республіка Білорусь перебуває в Європі, де права людини здобули найбільше визнання. Її прагнення ввійти в сім'ю європейських народів (у Раду Європи) з неминучістю штовхає країну на шлях демократичних перетворень і поваги до прав людини, що припускає й необхідність реагування на критичні зауваження, які виходять від багатьох європейських структур, особливо останніми роками);

2) історична та ідейна спадщина, погляд на права людини та їх вираження у минулому;

3) нинішній стан суспільства у всьому його прояві (в умовах соціально-економічної кризи білоруського суспільства інститут прав і свобод піддається серйозним випробуванням).

Відповідно до ст. 21 Конституції Республіки Білорусь забезпечення прав і свобод громадян оголошується вищою метою держави. Це конституційне положення підкреслює гуманістичну сутність державної політики. Іншим принциповим положенням у сфері прав людини Конституція визнає рівність усіх перед законом і право кожного без усякої дискримінації на рівний захист прав і законних інтересів (ст. 22). Це означає, що всі громадяни незалежно від соціального стану, статі, національної приналежності, віросповідання й інших відмінностей мають однакові «стартові» можливості щодо здійснення конституційних прав, у тому числі права на участь у державній діяльності, свободу творчості тощо. Ніхто не може користуватися перевагами й привілеями, які суперечать закону.

Рівень благополуччя громадян багато в чому визначається наявністю в них соціально-економічних прав і створенням державою належних умов для їх реалізації. Щодо цього Конституція Республіки Білорусь надає громадянам такі права: право на працю як найбільш гідний спосіб самоствердження людини (ст. 41); право на захист своїх економічних і соціальних інтересів, включаючи право на об'єднання у професійні спілки, укладання

²⁷⁵ *Пазенюк В. С.* Людина та її права: ціннісний вимір // Демократизація українського суспільства і права людини. — К.: КІТЕП, 2000. — С. 3.

колективних договорів (угод) і право на страйк (ст. 41); право на винагороду за виконану роботу відповідно до її кількості, якості й суспільного значення (відносно осіб, які працюють за наймом); право трудящих на відпочинок (ст. 43); забезпечення кожному права власності (ст. 44); право на охорону здоров'я, включаючи безкоштовне лікування в державних установах охорони здоров'я (ст. 45); право на сприятливе навколишнє середовище (ст. 46); право на соціальне забезпечення в старості, у випадку втрати годувальника та в інших випадках, передбачених законом (ст. 47); право на житло (ст. 48). Не менш важливе значення мають для громадян соціально-культурні права. Конституція гарантує кожному: право на освіту (ст. 49); право зберігати свою національну приналежність, право користуватися рідною мовою, вибирати мову спілкування (ст. 50); свободу художньої, наукової, технічної творчості та викладання (ст. 51)²⁷⁶.

У Республіці Білорусь не розроблений повною мірою механізм гарантованого захисту прав особи. Без дотримання прав людини не може бути правової держави.

Якщо раніше права людини зневажалися в основному режимом влади, то зараз громадяни страждають не від дії або бездіяльності владних структур, а від анархії й плутанини, руйнівної конфронтації, матеріальної незабезпеченості та юридичного нігілізму, втрат недосвідченої демократії, а також невміння й небажання людини дотримувати прав інших. Різко ускладнила ситуацію із правами людини й основними свободами диференціація суспільства, що відбулася в останнє десятиліття.

У Республіці Білорусь склалася певна система вивчення й аналізу прав людини. Вона включає діяльність у таких напрямках: інформаційний, що пропонує ознайомлення студентів і учнів з основними документами ООН, Ради Європи і ЮНЕСКО з прав людини; створення розгалуженої й багатоступінчастої системи навчання в галузі прав людини й демократії; вироблення комплексу заходів зі школярами, учнями й студентами, що повинні бути продовженням навчального процесу в навчальних закладах різних типів; навчально-методичне забезпечення спецкурсів з прав людини; основні концептуальні підходи у роботі з педагогічними кадрами й розвиток міжнародного співробітництва з іншими країнами щодо проблем навчання правам людини, основам демократії, міжнародного гуманітарного права.

²⁷⁶ *Конституція* Республіки Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). — Мн.: Амалфея, 2005. — С. 12–15.

На сьогодні в Республіці Білорусь, як і в інших країнах СНД, становище з правами людини залишається непростим. Особливо це стосується сфери забезпечення соціально-економічних прав, зруйнованої системи соціального захисту, панування у суспільстві бідності та безробіття тощо. Порушуються права жінок в економічній та соціальній сферах, а також постійно погіршується ситуація, пов'язана з правами молоді на працю, освіту, створення родини, на охорону здоров'я тощо. Також існують проблеми у сфері захисту прав дітей, інвалідів та пенсіонерів. До того ж є проблеми у сфері громадянських і політичних прав: це порушення і недотримання прав у сфері інформації, проведення мітингів і демонстрацій; взаємовідносини між посадовими особами та громадянином тощо.

У зв'язку з наведеним можна констатувати, що проблема прав людини у Республіці Білорусь залишається складною, а це у свою чергу вимагає додаткових зусиль для створення певних сприятливих умов для їх реалізації у житті сучасного суспільства.

Для поліпшення становища з правами і свободами людини та громадянина в Республіці Білорусь конче потрібно створити відповідні економічні, політичні й соціальні умови життя суспільства, забезпечити на практиці принципу взаємної відповідальності держави й особи. Необхідні конституційні, юридичні, політичні гарантії, вихід на нові рубежі, насамперед у становленні соціальної правової держави, й створення соціально орієнтованої ринкової економіки.

Становлення соціальної держави невід'ємне від обов'язку уряду здійснювати політику, спрямовану на забезпечення людині гідного рівня життя, задоволення основних потреб усіх соціальних груп населення, створення рівних умов для реалізації життєвої мети особи. Структура соціальної держави містить у собі: конституційні гарантії; забезпечення основних цивільних прав особи; багатокладну економіку, що включає приватну, змішану й державну форми власності; сполучення ринкових і планових механізмів регулювання суспільного виробництва; турботу влади про забезпечення загальної зайнятості населення; доступні для всіх системи освіти, охорони здоров'я й соціального забезпечення; державну підтримку незаможним верствам населення тощо. На думку І. Котляра, у Республіці Білорусь головна увага повинна приділятися освіті, культурі, науці²⁷⁷.

У сучасному світі в процесі забезпечення прав і свобод людини та громадянина величезну роль відіграє громадянське суспільство, в якому на першому місці виступають права особи, закріплені у законі. Шлях до гро-

²⁷⁷ Котляр І. І. Вказ. праця. — С. 187–188.

мадянського суспільства є завжди важким і тривалим. Парламентська демократія на Заході розвивалася й удосконалювалася сотні років, а історія суверенної Білорусі не мала такого строку. До того ж на розвиток впливає й спадщина минулого, коли десятиліттями адміністративно-командна система СРСР не була зацікавлена у побудові громадянського суспільства. У цьому зв'язку важливо йти шляхом побудови громадянського суспільства й постійно накопичувати, розвивати його основні елементи, зокрема недержавний сектор економіки, мережу громадських організацій, місцеве самоврядування, родину, церкву, незалежну пресу тощо. А це, у свою чергу, буде створювати сприятливе середовище для функціонування й забезпечення всього комплексу прав людини.

Отже, незважаючи на наявні проблеми у сфері захисту та дотримання прав і свобод людини та громадянина, Республіка Білорусь прагне створити відповідні сприятливі умови для забезпечення всіх життєво важливих прав людини.

Розділ II

**АНГЛОСАКСОНСЬКА ПРАВОВА СІМ'Я
(СИСТЕМА ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА).****ОСОБЛИВОСТІ АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКОЇ
ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ****2.1. Історичні етапи виникнення,
становлення та розвитку англосаксонської правової сім'ї**

Англосаксонська правова сім'я, або система загального права, сформувалася багато століть тому в Англії і є найпоширенішою у світі. До країн англосаксонської правової сім'ї належить Англія та країни, що в минулому були її колоніями.

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

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

Для цієї правової сім'ї характерним є поділ права на загальне право та право справедливості.

Вчені-компаративісти, досліджуючи систему загального права, надають першочергового значення англійському праву як ідеологічній базі всіх правових систем, що належать до цієї сім'ї. Саме англійське право є тією правовою моделлю, яка сприймається протягом багатьох століть далеко за межами Англії¹.

В силу історичних й інших умов англійське право завжди посідало й продовжує посідати центральне, провідне місце в англосаксонській правовій сім'ї. В історії його розвитку дослідники, як правило, розрізняють чотири періоди.

Перший період — до 1066 року (після закінчення римського панування і до норманського завоювання Англії). У цей період на британських островах мешкали різні племена германського походження (англи, сакси, юти, датчани). Право цього періоду називалося англосаксонським і ґрунтувалося на звичаях і релігійних віруваннях, різних для кожної місцевості.

Спочатку на території Англії основою соціального регулювання були традиції та звичаї племен та народностей, які її населяли. Головним осередком суспільства в VI–XI ст. виступала громада, яка вела натуральне господарство. Територіально-політичні об'єднання місцевих племен використовували як джерело права судейники, що містили місцеві традиції та королівські укази. Тексти судейників були викладені англійською мовою.

За матеріалами судейників можна простежити еволюцію суб'єктів права від персональних до територіальних. Усі «варварські Правди», отже, судейники були спрямовані на заміну кровної помсти штрафом («вергельд») і впорядкування судового процесу. Наприклад, закони Етельберта запроваджували поділ людей на знатних, вільних і слуг-рабів, а закони Кнута (початок XI ст.) вже ґрунтувалися на територіальному поділі населення².

Зокрема, найвідомішими пам'ятками стародавньої англійської правової системи були так звані англосаксонські правди, а саме: «Правда» Етельберта (початок VII ст.), «Правда» Іне (кінець VII — початок VIII ст.), «Правда» Альфреда Великого (кінець IX ст.). Вони здебільшого обмежуються закріпленням або забезпеченням виконання стародавніх звичаїв. Їм зовсім не відоме розмежування матеріального та процесуального права, цивільного та кримінального, приватного й публічного.

¹ *Теорія держави і права. Академічний курс: Підручн. / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С. 592–593.*

² *Черников А. Э. Введение в сравнительное правоведение: Учеб. пособие. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2004. — С. 49.*

Вони стосуються не всієї Англії, а тільки деяких її частин, і скоріше окремих племен і родів³.

До норманського завоювання звичаї були панівними, і відстоювання свого права було приватною справою сторін. «У разі відсутності скоєння злочину певною особою справа розбиралася звичайним щодо германських племен звинувачувальним порядком, публічним, усним, підпорядкованим вимогам формалізму щодо наведення доказів сторонами»⁴. Суддями виступали всі повноправні жителі общини (сотні). Насправді право цього періоду було архаїчним і не було повною мірою правом у сучасному розумінні (велика частина норм не входила до судебників і мала усний характер). Особливості стадії архаїчного права можна згрупувати в таку систему:

- норми архаїчного права мали переважно усний характер;
- існувала різноманітність норм архаїчного права;
- архаїчне право мало казуїстичний характер;
- архаїчне право мало несистематизований характер;
- архаїчне право було об'єктивістським, тобто таким, за якого акцент робився на тому, що саме відбулося і чи відбулося взагалі;
- архаїчному праву була властива необов'язковість, воно мало альтернативний характер;
- метою архаїчного права було примирення сторін;
- відповідальність за архаїчним правом мала колективний характер;
- архаїчне право відображало зачатки соціальної нерівності;
- докази, що використовувались у примирливому праві, відрізнялися символічністю, демонстративністю, церемоніальністю і барвистістю;
- в архаїчному суспільстві не існувало спеціальних юридичних установ;
- архаїчне право було пронизане релігійним духом⁵.

Другим періодом у розвитку англійського права визначають 1066–1485 рр. (до встановлення влади династії Тюдорів). У цей час поступово долається панівна роль місцевих звичаїв і відбувається становлення загального права. Цей період справив великий вплив на всі наступні періоди розвитку правової системи Англії.

На початковій стадії загальне право увібрало в себе деякі ідеї й елементи римського та канонічного права. Зокрема, загальне право протиставлялось як місцевим звичаям, так і чужоземному римському праву. Во-

³ *Порівняльне правознавство*: Підручч. / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов; За ред. В. Д. Ткаченка. — Х.: Право, 2003. — С. 115–116.

⁴ *Чельцов-Бebutov M. A.* Курс уголовно-процессуального права. — СПб.: Альфа, 1995. — С. 296.

⁵ *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права. — М.: Юристъ, 1999. — С. 222–234.

но відіграло важливу роль у подоланні роздробленості, в укріпленні централізації управління та суду.

Загальне право на протигагу місцевим звичаям — це право, загальне для всієї Англії. У 1066 р. його не існувало. Збори вільних людей, зокрема, суди графств та їх підрозділи, суди сотень, здійснювали у вказаний період правосуддя на основі місцевих звичаїв в умовах суворого формалізму з використанням способу доказів, які навряд чи можна назвати раціональними. Після норманського завоювання суди графств і суди сотень були поступово замінені феодальною юрисдикцією нового типу (суди баронів тощо), які судили на основі звичаєвого права суто локального характеру.

Сучасні історики наголошують, «що Англія після норманського завоювання керувалася звичаєм. Кожний манор, кожне графство і, можливо, навіть кожна вілла мали свої правові звичаї. Більше того, повноваження королівського уряду також ґрунтувалися на звичаї. Для того щоб у той час звичай був визнаний судовими органами, йому навіть не треба було мати особливу стародавність»⁶.

У сфері дії церковної юрисдикції, створеної після завоювання, застосовувалося канонічне право, загальне для всього християнства. Канонічне право протягом тривалого історичного періоду (до реформи Генріха VII) займало значну частину «правового простору» Англії. Релігія була цілісним світоглядним утворенням, що пояснювало людині її призначення та готувало її до переходу в «град небесний». Як наслідок цього — особливе правове становище служителів церкви, які тривалий час посідали пости лорда-канцлера, вищих суддів і радників корони. Для католицької церкви «канонічне право — *jus canonicum* — протягом свого розвитку завжди мало своїм останнім матеріальним джерелом божественне право. Звідси виникало не тільки його існування, а й його юридичний характер»⁷.

Норманське завоювання Англії прискорило розвиток права. Завойовники принесли із собою централізовану систему державної влади, писане право і королівські суди. Дослідники зазначають, що архаїчне право англосаксів не відповідало потребам становлення феодальних відносин, розвитку натурального господарства, стрімким економічним, соціальним і суспільним змінам, які почалися відразу після норманського завоювання. Зокрема, правові звичаї англосаксів застаріли ще в час правління Вільгельма Завойовника. Отже, історично зміцнюється нова система права,

⁶ *Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст.* / За ред. І. Б. Усенка. — К.: Наук. думка, 2006. — С. 30.

⁷ *Джероза Л.* Каноническое право. — М.: Христианская Россия, 1999. — С. 72.

яка була запроваджена норманами на протипагу місцевим правовим звичаєм англосаксів⁸.

Після норманського завоювання в Англії ще деякий час зберігалася дуже розгалужена судова система, до складу якої входили суди графств, суди сотень, феодальні, церковні, комерційні та деякі інші суди. Провідну роль серед них відігравали королівські суди, які започаткувала Королівська рада. Спочатку їх компетенція була обмежена лише справами про королівські фінанси, земельну власність і кримінальні злочини, що порушували мир у королівстві.

Перші королівські судді в той час були найближчими придворними радниками, які подорожували країною, перевіряючи місцеву адміністрацію. Крім того, до їх обов'язків належало вирішення суперечок. Пізніше ці радники зосередилися переважно на юридичних питаннях. Згодом вони набули статусу королівських суддів, які вершили суд у Вестмінстері та під час подорожей країною. І все ж місцеві суди, що контролювалися місцевою знаттю, продовжували вирішувати більшість суперечок, але особливо важливі справи все-таки слухалися королівськими судами.

Королівські судді під час своїх подорожей знайомилися з місцевими традиціями загального права в різних частинах країни. Проте вони бажали вирішувати справи державного значення, прагнули керуватися не традиційними правилами місцевих судів, а положеннями єдиного загальнодержавного правового канону. Зустрічаючись у Вестмінстері, королівські судді поступово створювали правовий кодекс, відбираючи, комбінуючи чи модифікуючи відомі їм місцеві звичаї. Згодом було прийняте єдине законодавство, на яке почали посилатися як на «загальне право». Закони стали єдиними для всієї країни. Вони відрізнялися від місцевих законів, які в кожній конкретній місцевості мали свою специфіку. Поступово королівські суди набрали сили і позбавили місцеві суди багатьох повноважень⁹.

Магістрати, вирішуючи спірні, але недостатньо точно врегульовані законом казуси, могли виходити з власних доктрин. При цьому використовували презумпцію, що суддя завжди застосовує вже наявну норму права. Отже, встановлений ними принцип ставав судовим прецедентом, обов'язковим для всіх інших судів. Відхилити прецедент могла лише вища судова інстанція. У цьому випадку він втрачав юридичну силу.

Захист у судах загального права могли дістати тільки ті правовідносини, з приводу яких були видані «судові накази». Видаючи їх, корона фак-

тично створювала раніше не відоме право на позов. Тісно пов'язані з палатою общин чиновники вестмінстерських судів відмовлялися визнавати такі нові підстави для вчинення позову, оскільки вважали, що лише статuti можуть вносити зміни до правових норм. Одержання наказу, на їх думку, не було рівнозначним задоволенню претензій позивача і могло означати лише те, що відповідач зобов'язаний з'явитися до суду і дати пояснення стосовно обставин справи.

Основною в англійській юридичній системі є ідея, що вже наявне право буде виявлене судовим рішенням. Суддя не створює право, а лише відкриває його. Протягом тривалого часу прецедент не мав імперативно-го значення, а тільки з XVIII ст. став обов'язковим.

Судове рішення, винесене з будь-якої справи, набувало сили закону щодо всіх наступних аналогічних справ, і суддя не мав права відійти від нього. Отже, загальне право виступало як система судових прецедентів для юридичного регулювання таких відносин, що не передбачалися законом.

Остаточно королівські суди закріпили своє становище в результаті реформ Генріха II, який «революціонізував систему права в Англії шляхом створення королівської юрисдикції і королівського права у кримінальних та цивільних справах, які знаходилися у місцевій та феодальній юрисдикції і регулювалися місцевим та феодальним правом»¹⁰.

Першу спробу узагальнити практику королівських судів зробив у 1189 р. головний суддя Англії Р. Гленвілль у трактаті «Про закони Англії». У середині XIII ст. загальне право досліджував відомий юрист Г. Брактон у праці «Про закони і звичаї Англії». Р. Гленвілль та Т. Брактон вважаються в Англії «великими класиками права».

Поступово юрисдикція королівських судів поширювалася, і наприкінці середньовіччя вони стали фактично єдиними органами, що здійснювали правосуддя. Виняток становили церковні суди, які розглядали спори, пов'язані зі шлюбом та дисциплінарними проступками священнослужителів.

«Нова система канонічного права... охопила тільки такі види правових відносин, які підпадали під юрисдикцію церкви як корпоративної правової освіти. Інші правові відносини підпадали під відповідні юрисдикції різних світських держав, що перекривали одна одну, включаючи королівства, феодальні домени, самостійні міста. Кожна людина в західному християнському світі жила під управлінням канонічного права»¹¹.

¹⁰ Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: МГУ: Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА, 1998. — С. 147.

¹¹ Там само. — С. 218.

⁸ Романов А. К. Правовая система Англии: Учеб. пособие. — М.: Дело, 2002. — С. 61.

⁹ Берихем В. Вступ до права та правової системи США. — К.: Україна, 1999. — С. 45–46.

До XIII ст. англійська феодальна монархія відзначалася сильною королівською владою і значною централізацією в системі управління. Усі прошарки населення — від феодалів до селян — почали протестувати проти свавілля й деспотизму королівської влади. Невдоволення населення ще більше загострилося через поразки Англії у війні з Францією. Цікаво, що в потужному рухові за обмеження королівської влади, який очолили феодалі, об'єдналися і церква, і міста, і навіть значна частина селянства. Справа в тому, що всі прошарки населення і стани піддавалися нещадним здиристам і поборам з боку бездарних королів, які програвали війну за французькі землі.

У 1215 р. барони, дрібне рицарство та міщани зі зброєю в руках підступили до королівської резиденції. Король змушений був піти на поступки і підписав запроповану йому баронами Велику хартію вольностей. Вона містить права, привілеї і пожалування для вольного населення країни (духовенства, феодалів, міщан). Що ж стосується кріпаків (вілланів), тобто більшості населення Англії, то Хартія їм не надавала особливих прав.

Велика хартія вольностей містила статті, присвячені: обмеженню прав короля стосовно феодалів; забезпеченню особистої недоторканності вольних людей і заборони застосування до них заходів покарання; обмеженню фінансових прав короля; підтвердженню прав і вольностей Лондона й інших міст. Отже, вона була юридичною основою опору королівській владі і створила умови для утворення парламенту¹².

Обмеження королівської влади в Англії посилювалося після створення парламенту. Спочатку він визначав лише розміри податків. З часом перетворився на вищий законодавчий орган країни. Правда, парламент скликався за волею короля, який міг і схвалити, і відхилити законопроекти. Король не міг видавати закони (статуту) або змінювати їх дії, але зберігав за собою право видавати ордонанси, що містили загальні норми. Відсутність обмежень між статутами й ордонансами дозволяла королю обминати статуту, а іноді й змінювати їх.

Уся система королівського судочинства і особливо вестмінстерські суди (суд казначейства, суд загальних тяжб та суд королівської скам'ї) відіграли важливу роль у процесі виникнення, становлення та розвитку тієї правової системи, що отримала назву загального права у зв'язку з охопленням усієї території країни. Ці судові органи були органами, які породили це право і мали потребу в цьому праві.

¹² Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник / Під заг. ред. О. М. Джузи. — К.: НАВСУ, «Правові джерела», 2000. — С. 103–106.

З XIII ст. зростає значення королівської юстиції та розпочинається процес становлення «права справедливості». Спочатку воно являло собою привілею, яка видавалася судом лорда-канцлера у вигляді особливого королівського розпорядження. Були введені прямі скарги (біллі) до королівських судів. На підставі Другого Вестмінстерського статуту (1285 р.) лорд-канцлер був зобов'язаний видавати приписи у «випадку подібності», отже, виникла особлива форма позову *super casum*, на підставі якого суд сам визнавав свою компетенцію щодо справи. Під час судового розгляду справи на перше місце висувалися питання процедури. Судовий захист передував праву, і тому в країні були відсутні суди приватного права. Ступінь публічності процесу був значним. Основним питанням було з'ясування законності видачі королівського розпорядження. Позивач повинен був послідовно пройти декілька стадій реалізації свого права:

– наказ короля судовому чиновникові запропонувати відповідачеві не порушувати прав позивача і задовольнити його вимоги;

– якщо відповідач не виконав зобов'язання, йому висувався позов, і справа розглядалася королівським судом.

Розгляд справи ґрунтувався на факті відмови виконувати розпорядження влади, що прирівнювалося до правопорушення. Саме ця особливість дозволила Р. Давіду стверджувати, що «найголовніша роль була відведена процесу. Англійські юристи були зосереджені на питаннях процедури»¹³. Англійські суди суворо дотримувалися процедурних правил, що виключало будь-який істотний вплив римського права на право загальне¹⁴.

Перші справи, якими став займатися суд канцлера, стосувалися довірчої власності (трасту), тобто випадків, коли одна особа передавала своє майно іншій особі, причому остання розпоряджалася ним в інтересах власника або третіх осіб за вказівкою власника. Загальне право не визнавало інституту довірчої власності. Згідно з нормами загального права особа, якій було передано майно, ставала його власником, а довіритель втрачав будь-які права на нього. Однак цей інститут в Англії поширювався дедалі більше. До нього вдавалися рицарські ордени, монастирі, купецькі гільдії та корпорації. Наприкінці XV ст. більш як половина земель Англії мала статус довірчої власності.

Канцлер, розглядаючи пов'язані з довірчою власністю позови, став виходити з умислу при складанні договору. Справа в тому, що канцлерами

¹³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1996. — С. 214.

¹⁴ Черноков А. Э. Вказ. праця. — С. 50–51.

тривалий час призначалися духовні особи, які добре знали римське й канонічне право. Лорд-канцлер Томас Мор (1478–1535 рр.) був першою світською людиною на цій посаді. Церква і канонічне право надавали умислу першочергового значення, спрямованості дій у вчинках індивіда. Отже, траст дістав судового захисту¹⁵.

Звернення до королівських судів здійснювалося за особливою, дуже складною процедурою, яка передувала власне праву як сукупності формалізованих прав та обов'язків. Складність судових процедур була причиною більш глибокого розроблення в теорії і на практиці норм процесуального права порівняно з нормами права матеріального. Англійські юристи турбувалися не стільки про вирішення справи, скільки про дотримання процедури проходження справи в суді. Внаслідок того, що правосуддя здійснювалося лише королівськими судами, які захищали тільки інтерес королівства, спори, що мали приватний характер, втратили значення, і разом з тим нівелювалося й поняття приватного права. Усі справи в судах тепер набули публічно-правового характеру.

Починаючи з XIV ст. загальне право піддається реформуванню. Як відомо з історії, у XIV–XV ст. в Англії відбуваються великі соціально-економічні зміни. Бурхливо розвиваються товарно-грошові відносини, міста, занепадає натуральне господарство. Виникає гостра необхідність у тому, щоб суди йшли назустріч новим потребам населення. У цей час у виробничій та іншій економічній діяльності з'являється нова, невідома раніше форма відносин — контракти. Виникають нові різновиди деліктів і злочинів. Юридична форма (система судових наказів) стала гальмувати розвиток права і правових відносин. А це, у свою чергу, не могло не позначитися на стані справ в економіці й соціальній сфері¹⁶.

Найсуттєвішими недоліками загального права були зокрема: надзвичайна суворість і негнучкість його норм; визнання лише єдиної санкції в цивільному праві — грошової компенсації, а в кримінальному праві одного покарання — страти; відсутність засобів забезпечення явки свідків до суду; повільність і дорожня процедура судової процедури; безліч дорікань на адресу системи наказів суду¹⁷.

З часом створене судами загальне право почало відставати від потреб суспільного життя. Воно великою мірою залежало від суб'єктивної волі

¹⁵ Федоров К. Г. Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник. — К.: Вища шк., 1994. — С. 275.

¹⁶ Порівняльне правознавство: Підручн. / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов; За ред. В. Д. Ткаченка. — Х.: Право, 2003. — С. 123–124.

¹⁷ Романов А. К. Вказ. праця. — С. 64.

(консерватизму, некомпетентності) самих суддів. Тому виникла нагальна потреба у створенні ще одного виду права — права справедливості¹⁸.

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

Цей період характеризується тим, що зацікавлені особи, шукаючи справедливості, все частіше починають звертатися не до королівського суду, а безпосередньо до короля, який у середньовіччя вважався джерелом справедливості й милосердя. Звернення потрапляло до рук лорда-канцлера, який спочатку передавав звернення королю на розгляд, однак починаючи з XV ст. став одноосібно вирішувати справи від імені короля і його ради. Потім лорд-канцлер почав переглядати не лише судові, а й позасудові рішення і скарги. Водночас посада лорда-канцлера перетворюється на юридичну. Він, як і належить судді, розглядає скарги, які йому адресуються, застосовуючи при цьому більш передову письмову процедуру і принципи, що запозичуються з римського та інколи канонічного права.

Таким чином, поступово в англосаксонському праві складається доктрина права справедливості як доповнення до правових принципів і процедур, що застосовуються королівськими судами.

Відомий історик А. Савін зазначає що, «за Генріха VIII непомірне зростання «справедливої» юстиції викликало сильне занепокоєння у юристів загального права. Незабаром після смерті Генріха VIII з'ясовується, що уряд не хоче і не може порвати зі старим судовим порядком. Юристи загального права заспокоюються і починають писати звіти про свою судову практику, а наприкінці XVI ст. переходять до наступу»¹⁹.

Зокрема, склалася дуалістична судова система, в якій за певної рівноваги сил існують і суди загального права, і суд лорда-канцлера. Аналогічно цьому право містить і норми загального права, і норми права справедливості, що вносять доповнення і поправки до норм загального права.

Створивши суд, який безпосередньо залежить від корони, монарх наділив його широкими правами. У разі колізії між судами загального права і судом канцлера вирішальне слово належало останньому. Він формально не був зв'язаний ніякими нормами права. Лише наприкінці XVIII ст.

¹⁸ Лисенков С. Л. Загальна теорія держави і права: Навч. посібник. — К.: Юрисконсульт, 2006. — С. 299–300.

¹⁹ Савін А. Н. Лекции по истории Английской революции. — М.: Университетская книга, 2000. — С. 159.

принципи, якими керувалися канцлери під час розв'язання справ, були приведені в певну систему.

Компетенція суда лорда-канцлера істотно розширилася. Для зручності і внаслідок неодноразового обіймання посади лорда-канцлера духовними особами в його суді почали використовувати правила канонічного і римського права (введення письмового закритого процесу). Проте істотне значення мав той факт, що в Англії XV–XVII ст. був досягнутий пік розвитку королівського абсолютизму. Для посилення своєї влади монархи нових династій Тюдорів і Стюартів послідовно розширювали королівську прерогативу і протидіяли спробам парламенту відстоювати компетенцію судів загального права. Як зазначають К. Цвайгерт і Х. Кетц, «то була епоха великого протистояння королів, які прагнули абсолютної монархії, і парламенту. У цій суперечці римське право і здобуло симпатії правителів, оскільки лише воно давало можливість обґрунтувати легітимність політичних домагань і додати королівській волі абсолютного та юридично обов'язкового характеру»²⁰.

У 1616 р. рішенням парламенту були введені в дію певні правила діяльності суду лорда-канцлера, зокрема:

- юрисдикція суду лорда-канцлера не повинна розширюватися за рахунок загального права;
- суд лорда-канцлера здійснює юрисдикцію відповідно до прецедентів права справедливості;
- король не повинен використовувати свою владу для створення нових судів.

З 1621 р. палата лордів почала здійснювати контроль за діяльністю суду лорда-канцлера. У цей період до складу загального права увійшли цивільне і торговельне право. Значущість загального права не бралася під сумнів в англійському суспільстві. Цьому сприяла і діяльність юристів, що об'єдналися в XIV ст. в декілька корпорацій, жорстко відстоювали права своїх членів. Роль практикуючих юристів і суддів була значною, і з ними рахувалися і монархи. Юридична професія була популярною та престижною, тому що англійська юриспруденція відштовхувалася від «сущого», а не від «належного» і використовувала ті положення, які не відрізнялися високим ступенем абстрактності, правило про те, що «право є там, де є його захист», якраз і було засноване на емпіричних засадах. Зокрема, корпоративні організації англійських юристів монополізували систему підготовки майбутніх правознавців і не мали потреби у створенні універси-

²⁰ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. — М.: Международные отношения, 1998. — Т. 1. — С. 294.

тетів, тому і боротьба з королівською прерогативою в окремі періоди набувала гострого характеру²¹.

Процес посилення впливу римського права був перерваний насильницьким шляхом — революцією та громадянською війною 1641–1649 рр.

Коли англійські буржуазні революціонери в січні 1641 р. за вироком суду відрубали голову королю Карлу I, страта стала чи не найяскравішою ілюстрацією нових принципів кримінального права. Феодальна юстиція вилучила особу монарха з-під будь-якої юрисдикції — світського та церковного суду чи навіть суду перів. Революція поставила цю раніше священну фігуру на один рівень з рештою громадян у питаннях кримінальної відповідальності за державні злочини. Однак у ході становлення парламентської монархії відповідальність за державні злочини з монархів була знята разом з можливістю чинити такі злочини²².

Отже, із стратою Карла I закінчився період абсолютизму, і загальне право, швидко відновивши свої позиції, зберегло їх до цього часу. Істотну роль у цьому зіграв і географічний чинник. Острівне положення Англії сприяло її відособленому правовому розвитку. Після норманського вторгнення 1066 р. країну ніхто не завойовував і не приносив з собою власних традицій і форм правового регулювання.

До повалення абсолютизму право в Англії мало три основи: звичаї, судові рішення та акти парламенту. Останні дві належали до прерогативи монарха. Революція 1649 р. позбавила короля першості в правотворчості. У цій сфері його місце посіли акти парламенту.

Результатом компромісу буржуазії з аристократією стало те, що англійське право зберегло багато ознак попередніх епох. Однак за своєю суттю це було право буржуазне, яке завдяки специфічним історичним умовам змогло тривалий час багато в чому зберегти оболонку старого феодального права, вкладаючи в неї буржуазний зміст. Отже, особливістю англійського права є зокрема:

- феодальний архаїзм його форм;
- значна самостійність англосаксонських правових інститутів;
- його кодифікованість.

Значна частина правовідносин регулювалася так званим загальним правом країни, яке відомий англійський юрист XVIII ст. У. Блекстон визначав як «неписане» на відміну від статутного. Він називав три види норм «неписаного» права: чинне на території всієї держави; чинне в

²¹ Чертоков А. Э. Вказ. праця. — С. 51–53.

²² Макарьчук В. С. Загальна історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник. — К.: Атіка, 2001. — С. 237.

тих чи інших районах держави; застосовуване в тих чи інших судових органах.

Як джерело права величезну роль відігравала судова практика. До середини XIX ст. збірник судових прецедентів становив 1220 томів, а до 1890 р. їх налічувалося вже близько 1800. У 1854 р. парламентський акт офіційно визнав обов'язковість судових прецедентів. Для їх застосування були встановлені спеціальні правила:

- вищі суди не залежать від рішень нижчих;
- суд першої інстанції не зв'язаний постановою судового органу такої самої компетенції;
- кожний суд зобов'язаний додержуватися висновків вищих судових інстанцій;
- палата лордів обмежена своїми власними попередніми рішеннями.

Щодо аналогічних справ існувало по дві і більше думок найавторитетніших інстанцій Великобританії. Водночас судові прецеденти були основним джерелом загального права. Англійські судді мали повну свободу вибору зручних для них правових доктрин. Тому офіційна юриспруденція вихваляла звичайне право і трактувала його як «розум, що діє світлом досвіду в людських справах» (У. Блекстон)²³.

Однак з XVII ст. прогресивні англійські юристи, філософи та громадські діячі Ф. Бекон, М. Хейль, А. Юнг, Дж. Беррінгтон та І. Бентам стали виступати проти застосування загального права, почали вимагати впорядкування й кодифікації англійського права. Відомий англійський філософ і юрист І. Бентам писав про англійську систему прецедентів як про «змову юристів проти народу», оскільки, на його думку, законники були безпосередньо зацікавлені в тому, щоб право не було зведене до небагатьох раціональних принципів. Він безуспішно вимагав скасування загального права, заявляючи, що воно є «купою непослідовностей, дріб'язків, дурниць і абсолютно капризних рішень»²⁴.

Після двірського перевороту 1688 р. в Англії (який дістав в англійській історіографії назву — «славної революції») парламент прийняв низку законодавчих актів, які містять найважливіші конституційні положення.

13 лютого 1688 р. приймається особлива Декларація прав, перетворена незабаром на знаменитий Білль про права, який став першим із англійських конституційних законів аналізованого періоду. (В Англії нема єдиної писаної конституції. Умовно під англійською конституцією варто розуміти сукупність множини конституційних законів і різних неписа-

²³ Федоров К. Г. Вказ. праця. — С. 341–342.

²⁴ Там само. — С. 342.

них угод — прецедентів, вироблених практичною діяльністю парламенту і кабінету міністрів).

Білль про права встановлював, що монарх не має права без згоди парламенту: припиняти дію законів і робити витяги з них; стягувати податки; утримувати постійне військо в мирний час у межах королівства.

Король, як і раніше, мав право оголошувати війну і командувати ополченням, скликати парламент і розпускати його; призначати єпископів, світських перів; надавати пенсії; мав змогу забезпечувати обрання в парламент угодних для нього осіб.

Білль про права 1689 р. закріпив два принципи: регулярне проведення парламентських виборів і заборону монарху приймати важливі державні рішення. По суті цей білль став першою конституцією буржуазної держави. Вільгельм Оранський був першим монархом, який одержав корону від парламенту.

Подальші основи конституції були закладені Актом про престолонаслідування 1701 р. Встановлюючи порядок престолонаслідування, акт водночас вводив обмеження прав короля в тому, що чинними стали вважатися лише акти, підписані, крім короля, членом таємної ради, який вносив законопроект на розгляд парламенту.

Отже, в англійському праві утверджується принцип, що в питаннях державного управління «король не може чинити зла», відповідальність у випадку делікту покладається на міністра. Зокрема, зростала політична роль міністрів, які, у свою чергу, могли бути притягнені парламентом до відповідальності. Цей акт поклав початок принципу відповідальності кабінету міністрів перед парламентом. Крім того, він зробив судову владу незалежною від короля і підпорядкованою парламенту²⁵.

Білль про права 1689 р. і Акт про престолонаслідування 1701 р. закріпили принцип верховенства парламенту в управлінні та сформулювали найважливіші інститути англійського державного права.

Отже, встановилася конституційна монархія, за якої обмеження влади корони було пропорційним посиленню влади парламенту.

Поділ влади забезпечував певний рівень буржуазної свободи, демократії й законності, сприяв підтриманню рівноваги між короною і парламентом, усував можливість відродження абсолютизму.

Післяреволюційний розвиток англійського права відбувався по лінії пристосування старого феодального права до нового суспільного ладу. У Великобританії стало можливим і після революції зберегти значну частину

²⁵ Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник / Під заг. ред. О. М. Джужи. — К.: НАВСУ, Правові джерела, 2000. — С. 192–193.

форм старого феодального права, вкладаючи в нього буржуазний зміст, і навіть прямо пристосовувати буржуазний зміст до феодального. Крім того, у Великобританії в XVII–XIX ст. було видано велику кількість законів (статутів).

Незважаючи на зовнішні відмінності англосаксонського права від права інших народів (архаїчність, своєрідна термінологія, наявність інститутів, що не існують в інших системах права), воно будується на основних принципах буржуазного права. До таких принципів належать зокрема: необмежене право приватної власності; свобода договору; формальна рівність усіх перед законом тощо.

Певна своєрідність права Англії, США і деяких інших країн (в основному колишніх колоній Великобританії) дає можливість виділити його в особливий тип права.

Зазначений тип буржуазного права відрізняється від інших систем права капіталістичних держав зокрема таким:

– загальне право не зафіксовано в якомусь офіційному акті, а складається з величезного числа прецедентів, тобто судових рішень, які є обов'язковими для тотожних справ, які розглядаються іншими судами;

– правові норми, сформульовані в судових рішеннях, можуть бути загальними і спеціальними. Дія останніх обмежується або територією, або родом відносин, що вони регулюють, або окремою категорією судових рішень, для яких вони обов'язкові. Судові прецеденти є обов'язковими для нижчих судів, а також для судів рівних і однорідних із тими, які винесли рішення;

– для права Англії було характерним те, що продовжували діяти чинні статuti, видані в середині століття, хоча вони містили норми, які суперечать новим законам. Лише в деяких випадках англійські суди витягали на поверхню забути закони і на їх основі виносили рішення.

Наприкінці XVIII ст. — у першій половині XIX ст. англійський парламент видав низку статутів, які присвячувалися окремим інститутам різних галузей права. Вони містять основні норми права, що регулюють ці правовідносини і становлять своєрідну кодифікацію²⁶.

У цей період було закладено основи англійського кримінального права. Воно сприйняло принцип: злочинець посягає не тільки на особу або майно потерпілого чи його сім'ї, а й на публічні інтереси, на «королівський мир». Для настання кримінально-правової відповідальності потрібна була наявність вини в діях злочинця.

²⁶ *Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник / Під заг. ред. О. М. Джужи. — К.: НАВСУ, Правові джерела, 2000. — С. 194–195.*

Четвертий період англійського права починається з 1832 р. й триває до цього часу. Поступово здійснюється значна трансформація як державного механізму, так і правової системи Англії.

На початку цього періоду були здійснені досить радикальні правова і судова реформи. Проте XIII, XVI, XIX і XX ст. в історії англійського права є періодом істотної трансформації. Для цього періоду характерні розвиток ідей демократії і, під впливом І. Бенґама, небачений раніше розвиток законодавства.

У 1832, 1833 і 1852 рр. сталися радикальні реформи і модернізація права. Донині англійське право розвивалося в процесуальних рамках, що були різними формами позовів. Звільнившись від цих процедурних пут, англійські юристи та їх колеги на континенті не могли приділяти більше уваги матеріальному праву, на базі якого і стали відтоді систематизувати рішення загального права.

У 1873–1875 рр. організація судів також була значно модифікована. Акти про судовий устрій (*Judicature acts*) ліквідували формальну відмінність між судами загального права і канцлерськими судами справедливості. Всім англійським судам було надано право застосовувати і норми загального права, і норми права справедливості, на відміну від більш раннього положення, за якого потрібно було звертатися до суду загального права, щоб отримати рішення із загального права, і до канцлерського суду, щоб отримати рішення на підставі норм права справедливості²⁷.

Отже, в результаті судової реформи формально були ліквідовані відмінності між загальним правом і правом справедливості. Парламент здійснив консолідацію норм матеріального та процесуального права.

Вступ Великобританії у війну ознаменувався прийняттям Акта про захист королівства. Уряд на час воєнних дій дістав широкі повноваження щодо забезпечення безпеки та оборони держави.

Покарання, які визначалися англійськими судами, характеризувалися надмірною жорстокістю. Застосовувалися смертна кара, заслання, каторжні роботи від трьох років і довічно, тюремне ув'язнення, тілесні покарання і штрафи.

В англійському суді коронний чиновник мав великі права: даючи настанови присяжним, він міг висловлювати свою думку про достатність або недостатність доказів, чим часто наперед вирішував характер майбутнього

²⁷ *Уолкер Р. Английская судебная система / Отв. ред. Ф. М. Решетников. — М.: Юрид. лит-ра, 1980. — С. 66–75.*

вердикту. Якщо суддя не погоджувався з думкою присяжних, він міг запропонувати їм переглянути рішення. Присяжних набирали із заможних прошарків.

Винесені коронними суддями вирок практично не можна було скасувати. Лише у 1907 р. було видано акт про кримінальну апеляцію. До цього право оскарження вироків вважалося вкрай складним через формальності, які важко було долати. Щодо справ сумарного провадження існуюче становище залишилося без змін.

У період між Першою і Другою світовими війнами правова система не зазнала істотних змін. Було скасовано найбільш архаїчні норми, які обмежували діяльність підприємців.

Статутне право поступово витісняло загальне, але за останнім визнавалася презумпція юридичної повноти. Якщо правовідносини не регулювалися законом або іншими нормативними актами, судді застосовували норми прецедентного права.

У цей період відбулася радикальна модернізація права, що пов'язана з правовими реформами XIX ст.:

1) в результаті проведених реформ починається формування і розвиток матеріального права. Донині англійське право розвивалося переважно як процесуальне. Юристи загального права починають приділяти велику увагу матеріальному праву, на основі якого здійснюється систематизація рішення загального права шляхом консолідації;

2) поступово загальне право звільняється від архаїчних рішень, з'являється систематизована сукупність норм. Проте реформи XIX ст. не позбавили право традиційних особливостей, основою його розвитку, як і раніше, залишалася судова практика;

3) була модернізована судова система, ліквідовано формальну відмінність між судами загального права і канцлерськими судами справедливості. Усі англійські судді отримали право застосовувати норми як загального права, так і права справедливості. Отже, відбувається злиття загального права і права справедливості в єдину систему права;

4) посилюється нормотворча і правотворча роль законодавства як джерела права та його реформування²⁸.

Закони і регламенти набули великого масштабу та значення. Видання нормативних управлінських актів і їх застосування зумовили появу ряду нових проблем, викликавши безліч конфліктів між органами управління

²⁸ *Хашматулла Бехруз*. Вступ до порівняльного правознавства: Навч. посібник. — О.: Юрид. літ-ра, 2002. — С. 140–141.

і громадянами. Разом із судами, що діють на основі загального права, з'явилось немало інших інстанцій, покликаних розглядати справи, породжені новими законами. Стало очевидним, що традиційні суди будуть залеснуті потоком справ, якщо покласти лише на них вирішення цих нових суперечок. В Англії спрацювали чинники, які зумовили наявність у Франції і в інших країнах адміністративної юстиції. Отже, в Англії адміністративні суди не зведені в особливу ієрархічну судову систему.

Реформи XIX ст. не позбавили англійське право його традиційних рис. Вони не були адекватні кодифікуванню на французький лад. Англійське право, як і раніше, розвивалося судовою практикою. Законодавець відкрив судам нові можливості і надав їм нову орієнтацію, але не створив сам нового права.

Поряд з англійським правом в англосаксонській правовій сім'ї особливо виділяється також американське право — правова система США. Вона почала формуватися ще в XVII–XVIII ст. в умовах світового колоніалізму і зберегла свої первинні особливості до цього часу.

Починаючи з 1607 р. у всіх англійських колоніях, які потім стали основою США, було запроваджено загальне право і разом з ним англійські закони, що були видані до колонізації Америки і вносили доповнення та зміни в загальне право. Однак із самого початку загальне право застосовувалося лише тією мірою, якою його норми відповідали умовам життя колоній²⁹. Це фактично означало, що до проголошення незалежності США у 1776 р. класичне англійське загальне право зі своєю феодално-архаїчною процедурою здебільшого було непридатним для регулювання суспільних відносин, що склалися серед колоністів США³⁰.

З прийняттям Декларації незалежності США 4 липня 1776 р. і Конституції США 17 вересня 1787 р. стає актуальною проблема формування і розвитку власної правової системи. У США загострюється боротьба між прихильниками загального права і послідовниками кодифікації, яка у 1808 р. розпочалася в Новому Орлеані складанням цивільного та інших кодексів. У результаті в абсолютній більшості штатів було адаптовано англійське загальне право, яке однак набуло деяких специфічних ознак, що відрізняють його від англійського.

Так, у США за основу було взяте англійське загальне право, сформоване тільки до 1776 р., тобто до проголошення незалежності США. До то-

²⁹ *Боботов С. В., Жигачев И. Ю.* Введение в правовую систему США. — М.: Изд-во НОРМА, 1997. — С. 12–13.

³⁰ *Лисенков С. Л.* Вказ. праця. — С. 304–305.

го ж право, сформоване парламентом Англії, взагалі не застосовувалося у США. Водночас у праві США, як і в англійському, процесуальне право домінує над матеріальним.

Отже, є підстави говорити, що за своєю структурою американське право належить до сім'ї англійського права, тобто формується судовою практикою у вигляді прецедентів і поділяється на федеральне право і право окремих штатів. Це створює проблему розрізнення юрисдикції федеральних властей і штатів. Десята поправка до Конституції США встановила так званий залишковий принцип, згідно з яким законотворення належить до компетенції штатів, а компетенція у цій сфері федеральних властей — виняток, який завжди повинен базуватися на окремій статті Конституції. Навіть із тих питань, з яких може видавати закони Конгрес, штати також мають свою компетенцію. Вони не можуть тільки приймати норми, що суперечать федеральним, але штатам дозволено доповнювати й удосконалювати норми федерального законодавства. Щодо загального права, то воно існує як на рівні федерального права, так і на рівні права штатів.

Право різних штатів має багато відмінностей, зокрема з порядку розірвання шлюбу, використання майна, видів покарання, але воно має єдину історичну основу і зазнає впливу федерального права, який все більше посилюється. У роз'ясненнях Верховного суду США неодноразово наголошувалося, що штати зобов'язані поважати загальні принципи судової практики та законодавчого права. Інтегрувальним чинником є навіть мислення американських юристів. На думку абсолютної більшості з них, право штатів може різнитися, але тільки деякими загальними принципами³¹.

Основним джерелом права є Конституція, за нею йдуть федеральні закони та закони штатів. Для судів усіх інстанцій обов'язковими є рішення Верховного суду США. Кожний штат видає свої закони із цивільного, трудового, кримінального й процесуального права. Майже в кожному штаті застосовують свою систему права.

Чимало рішень верховних судів штатів (навіть за абсолютно однакових обставин) часто суперечать одне одному. Спроби Верховного суду внести єдність у правову систему виявилися марними. Перша кодифікація права була розпочата з ініціативи відомого американського юриста Д. Фільда. Складений ним у 1848 р. кодекс цивільного й кримінального судочинства для штату Нью-Йорк виявився настільки досконалим, що з незначними поправками був прийнятий багатьма штатами.

³¹ Лисенков С. Л. Вказ. праця. — С. 305.

Одна з особливостей американської системи права в тому, що вона визнає багато доктрин і положень англійського прецедентного і статутного права. Збіг застосовуваних правових принципів в обох країнах дає підстави стверджувати про існування англосаксонської системи права.

У галузі цивільного права найважливішими є поняття приватної власності, свободи й непорушності договору, широкої свободи розпоряджання спадщиною, право судового захисту порушених прав та ін. Спочатку суди штатів при винесенні рішень із цивільних справ користувалися широкою самостійністю. Вони могли посилатися на закони свого штату, на місцеве прецедентне право або навіть на англійські закони. Цивільне право було заплутаним. Суперечливість, строкатість судових рішень породжувала безліч колізій.

Англійське право прецеденту діє в США з деякими обмеженнями. У 1938 р. Верховний суд дав однозначну відповідь на поставлене судовою практикою запитання: чи є загальне право правом федерації, чи існує право кожного штату? Вищий судовий орган роз'яснив: загальне право — це право окремого штату, федерального загального права не існує. Суди кожного штату здійснюють свою юрисдикцію незалежно один від одного, тому рішень, прийнятих у судах одного штату, не зобов'язані додержуватися суди інших штатів³².

Наприкінці XIX ст. стали з'являтися приватні кодифікації прецедентного права, що стосувалися переважно інститутів цивільного і торговельного права, договорів, представництва, довірчої власності. Ці кодифікації не мають нормативної сили, але суди зверталися до них під час розгляду цивільно-правових казусів.

Розвиток ринку робив необхідною уніфікацію правових норм. Лише у 1958 р. було видано Єдиний торговельний кодекс, що діє в усіх штатах, крім Луїзіани, Віргінських островів та федерального округу Колумбія. Кодекс регулює не тільки договори купівлі-продажу, а й банківські операції.

У галузі кримінального права американська судова теорія і практика визнають англійську систему класифікації злочинів, яка поділяє їх на три види: зраду, тяжкі кримінальні злочини, карні проступки. Злочин і покарання визначаються за законами штатів. Конституція віднесла до відання федеральної юстиції переслідування за фальшивомонетництво, піратство у відкритому морі, зраду.

4 березня 1909 р. набрав чинності федеральний кримінальний кодекс, що передбачав відповідальність за найтяжчі злочини: шпигунство, закат,

³² Федоров К. Г. Вказ. праця. — С. 381–383.

фальшивомонетництво, торгівлю наркотиками, викрадення людей тощо. Спроби ввести єдині основи загальнофедерального кримінального законодавства наштовхувалися на опір властей штатів.

У США, як і в Англії, головним джерелом права є судова практика. Проте вищі суди США (Верховний суд США і верховні суди штатів), на відміну від англійського Апеляційного суду і палати лордів, не вважають себе зобов'язаними власним прецедентам і можуть змінювати свою практику. Крім того, у співвідношенні федеральної судової системи і системи штатів суди штатів мають абсолютну компетенцію, а до федеральних судів можна звертатися тільки тоді, коли Конституцією США або законом Конгресу ці суди визнано компетентними.

Слід зазначити, що у США склалося декілька відносно самостійних судових систем. При цьому до кожної з них можна звертатися у певних випадках як до суду першої інстанції. Федеральні суди поділяються на дві групи. Одну з них утворюють традиційні федеральні суди (федеральні суди загального права), які діють як окружні, їх рішення можна оскаржити в апеляційних судах, а рішення останніх — у Верховному суді США. Іншу судову систему становлять спеціальні федеральні суди, до компетенції яких належить розгляд податкових, митних, патентних та інших справ. Крім цього, кожний штат має власну судову систему. В одних штатах вона є дворівневою, в інших — трирівневою. У більшості штатів судову систему очолює Верховний суд штату, який може створювати ще й спеціальні суди штатів, наприклад, у справах неповнолітніх, у справах спадку, сільські, поліцейські суди та ін. У десяти штатах існують особливі суди справедливості.

Прагнення американців до справедливості знайшло своє відображення в Основному законі країни — Конституції Сполучених Штатів Америки, яка визначає головні принципи федерального керівництва й гарантує всім громадянам свободу, права і справедливість.

Виходячи з ідей природного права і концепції суспільного договору, вона встановлює порядок утворення і межі повноважень федеральних органів, їх взаємовідносини зі штатами й громадянами.

Конституція США закріпила поділ влади на три гілки. Одна з них — судова влада, найвпливовішою частиною якої є Верховний суд Сполучених Штатів.

Дві інші гілки державної влади — це законодавча влада, представлена Конгресом, куди народ обирає своїх представників, і виконавча влада, яку очолює Президент. Правники, які розробили цей принцип управління і Конституцію, розподілили повноваження між трьома гілками влади та-

ким чином, щоб жодна людина або група людей у керівництві не могли керувати іншими гілками влади³³.

Слід зазначити, що у США діє судовий контроль за конституційністю законів і застосуванням норм права. Особливу роль при цьому відіграє практика тлумачення Верховним судом США Конституції, яка спрямована на забезпечення єдності, однозначності розуміння і реалізації права³⁴.

Отже, особливий вплив на процес становлення і формування правової системи США справило англійське право. Проте на правові системи окремих штатів, безумовно, впливали іспанська, французька системи тощо. Зазнавши впливу англійського права, правова система США залишалася цілком самостійною у правовому відношенні, хоча за своєю структурою суттєво не відрізнялася від права Англії. Вона також поділяється на загальне право і право справедливості, тут також формується судова практика у вигляді прецедентів. Джерелами права є судові прецеденти, закони, правові доктрини, розроблені окремими суддями і судовими корпораціями. Велике значення має інститут присяжних. Проте серед інших особливостей правової системи США слід виділити її федеральний характер. На території США фактично діє 51 система права. Особливостями американської системи права є також те, що порівняно з англійською правовою системою вона більш кодифікована, більша роль у ній відведена законодавству і менша — судовій практиці.

2.2. СИСТЕМА АНГЛОСАКСОНСЬКОГО ПРАВА. Основні форми (джерела) права

У системі англосаксонського права поняття «джерело права» дещо збігається з аналогічним поняттям, що використовується в інших правових сім'ях, зокрема, у системі романо-германського права.

У широкому розумінні поняття «джерело права» розуміється як:

1) офіційний документ, акт (*record*), що містить норми права (наприклад, в Англії це судові звіти (*law record*) і статuti), узагальнена назва — «літературне джерело»; влада, від якої виходить принцип панування права і яка наповнює його реальним змістом (як джерело виступає держава (парламент) — це «формальне джерело» права;

³³ Шипшин В. І. Судові системи країн світу: Навч. посіб. У 3-х кн. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Кн. 1. — С. 89.

³⁴ Лисенков С. Л. Вказ. праця. — С. 305–306.

2) різні явища, інститути й установи, які створюють умови й відповідно стимулюють процес формування права, хоча самі в цьому процесі особистої участі не беруть;

3) причини й умови формування права на кожному історичному етапі розвитку суспільства, держави, права є різними, а відповідно не можуть бути однаковими «джерела права» — це «історичне джерело» права;

4) під «джерелом права» розуміють ті конкретні процедури, форми й процеси, за допомогою яких право здобуває свою реальність, це — законодавчий процес, «суддівське правотворення», процес формування традицій і звичаїв тощо — «юридичне джерело».

В юридичній літературі джерела права поділяють на обов'язкові та необов'язкові, основні та додаткові.

Обов'язкові джерела — це ті, що мають примусову (або обов'язкову) силу.

До необов'язкових джерел права належать законодавство інших країн, *obiter dictum*³⁵.

Основними джерелами є первинні джерела, чинність кожного з яких не виводиться з інших юридичних джерел. У теорії права до основних (первинних) джерел сім'ї англосаксонського права відносять насамперед законодавство (статути та делеговане законодавство) і судовий прецедент. Для англійського права основним джерелом є також правові документи Європейського Союзу.

Додаткові джерела права — правові звичаї, авторитетні публікації в галузі права, що витримали перевірку часом (старовинна доктрина), розум, канонічне право, римське право, судові звіти, матеріали Правової комісії³⁶.

В англосаксонській правовій системі серед усіх наявних юридичних джерел права (судовий прецедент, статут або закон, конституційний звичай або конституційна угода, доктрина, міжнародний договір) основним є *судовий прецедент*.

Прецедент (від лат. *praecedens (praecedentis)* — той, що передує) — спосіб зовнішнього вираження і закріплення індивідуального правила поведінки, яке встановлюється компетентним органом держави для врегулювання конкретної життєвої ситуації і стає загальнообов'язковим у врегулюванні аналогічних конкретних життєвих ситуацій. Потреба у правовому прецеденті виникає насамперед за наявності прогалин у праві. *Правовий прецедент* — це не все рішення в цілому, а лише та його части-

³⁵ *Порівняльне* правознавство: Підручн. / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов; За ред. В. Д. Ткаченка. — Х.: Право, 2003. — С. 141.

³⁶ *Романов А. К.* Вказ. праця. — С. 128–129.

на, що має назву «раціо десіденді» (лат. *ratio decidendi* — вирішальний доказ, аргумент), тобто необхідна основа, певний «раціональний смисл», принцип, на якому воно ґрунтується. Саме ця частина рішення, яка виділяється шляхом логічного аналізу, використовується для врегулювання інших аналогічних конкретних життєвих ситуацій (хоча посилення робиться на прецедентне рішення у цілому)³⁷.

У широкому розумінні прецедент — це те, що відбулося раніше у тій чи іншій ситуації та сприймається як приклад, що підказує, як слід вчиняти у подібній ситуації, якщо вона виникає знову.

Судовий прецедент як джерело права вперше з'явився саме в англійській правовій системі. Право Англії було і залишається прецедентним. Так, судовий прецедент обґрунтував невідповідальність монарха («король не може бути неправий»), санкціонував інститут контрасигнатури («король не може діяти один»). Визнання судового прецеденту джерелом права означає, що судові органи здійснюють не тільки юрисдикційну функцію (вирішення конфліктів на основі права), а й правотворчу.

Обов'язкові прецеденти створюються лише вищими судовими інстанціями: Палатою лордів, Судовим комітетом Таємної ради (у справах держав — членів Співдружності), Апеляційним судом і Високим судом. Зокрема, Палата лордів до 1966 р. була суворо зв'язана своїми прецедентними рішеннями, а нині вважається, що в інтересах правосуддя вона може відходити від них. Повноваження Палати лордів відкидати свої колишні рішення було закріплено Парламентом у Законі про відправлення правосуддя 1966 р. Правда, на практиці це нововведення використовується дуже помірно.

Нижчі суди прецедентів не створюють. Англійське правило прецеденту має імперативний характер такого змісту: вирішувати так, як було вирішено раніше (правило *stare decisis*). Відповідно до цього правила кожна судова інстанція зобов'язана додержуватися прецедентів, вироблених вищим судом, а також створених нею самою (якщо це вища судова інстанція). За англійськими даними, кількість прецедентів сягла 500 тисяч. У США вони обчислюються мільйонами³⁸.

Основним принципом англійського права є формула: «Право там, де є захист». Захист є можливим тільки у суді, і тому основну роль відігравали рішення судів. Сформувалося правило прецеденту, відповідно до

³⁷ *Луць Л. А., Рабінович П. М., Шмельова Г. Г.* Прецедент правовий // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — Т. 5: П–С. — К.: Укр. енцикл., 2003. — С. 77–78.

³⁸ *Скаунт О. Ф.* Терія держави і права: Підручн. / Пер. з рос. — Х.: Консум, 2006. — С. 550.

якого рішення одного суду є обов'язковим для інших судів щодо аналогічних справ.

Характерна особливість цієї системи права виражається у формулі «Засоби судового захисту є важливішими за права». Тому важливим фактором її дієвості є сумлінність суду, порядність суддів, суворе дотримання процедури судочинства, змагальності та рівноправ'я сторін³⁹.

Загальна доктрина судового прецеденту як обов'язкового джерела англійського права склалася лише у другій половині XIX ст. Це пояснюється насамперед тим, що протягом тривалого часу у правовій свідомості англійського суспільства панувала деклараторна теорія права, яка, визнаючи об'єктивним джерелом права звичаї і традиції країни, не дозволяла відносити судовий прецедент до джерел права. Відповідно до цієї теорії судові рішення розглядали як переконливе свідчення, що підтверджує наявність норми права; воно не є обов'язковим.

Сучасна доктрина обов'язкового судового прецеденту була сформована під впливом таких важливих обставин:

1) утворення 1865 р. спеціальної Ради і Правового товариства (до їх обов'язків належала публікація рішень вищих судових інстанцій за умови обов'язкового професійного контролю кожного випуску; такі публікації здійснювалися у приватному порядку, та чимало судових рішень взагалі залишалися невиданими);

2) створення на підставі законів про судоустрій 1873–1875 рр. єдиної централізованої системи судів (лише завдяки тому, що англійські суди входили до єдиної системи і перебували в певній ієрархічній підпорядкованості, функціонування системи прецедентного права було можливим).

Прецедент має такі риси:

– визначеність (забезпечення деякою мірою однаковості у рішеннях судів, на яку можна посперитися);

– здатність до розвитку (за допомогою прецеденту встановлюються нові положення у праві, а старі – пристосовуються до нових умов та обставин);

– врахування конкретних обставин;

– практичність (норми права конструюються з урахуванням реальних справ і вже наявних у реальності обставин);

– гнучкість (загальна правова норма може бути поширена на значне коло реальних ситуацій)⁴⁰;

³⁹ Васильев А. В. Теория государства и права: Курс лекций / А. В. Васильев. — М.: Флинта; МПСИ, 2006. — С. 66.

⁴⁰ Романов А. К. Вказ. праця. — С. 176–177.

– існує автономія судової влади від будь-якої іншої, прокуратура та адміністративна юстиція відсутні⁴¹.

Перебуваючи у постійному розвитку, доктрина прецеденту зберігає три постійні риси:

1) повага до окремо взятого рішення одного з вищих судів;

2) рішення такого суду є переконливим прецедентом для судів, що знаходяться вище в ієрархії;

3) окреме рішення розглядається завжди як обов'язковий прецедент для нижчого суду.

Прецедент має і певні недоліки:

– суворість (прецедент є суворим у тому значенні, що він не припускає ніяких відхилень, якщо був визнаний таким, що має силу закону);

– небезпека непослідовності (ті судді, які не хочуть дотримуватися конкретного рішення, можуть проігнорувати його, мотивуючи це наявністю доволі тонкої і незначної різниці, що нібито ними виявлена);

– громіздкість і складність (завдяки системі прецедентів обсяг правових норм є настільки значним, що окрема особа не може знати їх усі);

– повільність змін у праві (судові позови мають тенденцію до зволікання на роки, формування нового права нерідко не встигає за стрімкістю змін у житті суспільства);

– ізольованість (власне право виявляється ізольованим від судового контексту, в якому воно розвивається)⁴².

Беручи до уваги прецедентний характер права Англії, класик англійського права У. Блекстон ще в XVIII ст. наголошував, що тексти судових рішень «користуються повагою, зберігаються в архівах судів» та збираються у спеціальні збірки — Звіти⁴³. Прецедентне право може існувати тільки за наявності системи записів самих прецедентів⁴⁴.

Прецедентному праву притаманна особлива правова культура, що являє собою практику застосування положень прецедентного права, яка обумовлена цілою низкою правил та принципів, вироблених судами протягом багатьох століть, що має назву «доктрина прецеденту». Вона ґрунтується на ієрархії судів та принципі *stare decisis* («стояти на вирішеному»), який походить від латинської фрази *stare decisis et non quieta movere*. що означає «триматися прецедентів і не порушувати вже усталеного».

⁴¹ Ибраева А. С. Теория государства и права. — Алматы: Жеті жары, 2006. — С. 181.

⁴² Романов А. К. Вказ. праця. — С. 177–178.

⁴³ Блекстон У. Источкованія англискихъ законовъ. Книга I / Пер. с англ. — Университетская типографія у Н. Новикова, 1780. — С. 179.

⁴⁴ James P. S. Introduction to English Law. — L.: Butterworths, 1989. — P. 20.

Англійські дослідники не дають точного визначення змісту терміна «доктрина прецеденту». Т. Апарова розглядає його у широкому сенсі й вважає, що цим поняттям охоплюються як вчення про прецедент, тобто теоретичне обґрунтування прецедентної системи і класифікація прецедентів, так і правила застосування прецедентів на практиці⁴⁵. Аналізуючи відповідні праці, доходимо висновку, що в Англії розгляд доктрини зводиться до розгляду дії принципу *stare decisis*. Наприклад, Б. Гарнер ототожнює доктрину прецеденту з принципом *stare decisis*⁴⁶. Таким чином, доктрина прецеденту передусім є сукупністю правил застосування прецедентів судами. Оскільки вказаний принцип є основним постулатом усього прецедентного права, а також зважаючи на процесуальний спосіб юридичного мислення англійських юристів, розгляд багатьох теоретичних питань щодо судового прецеденту має відбуватися у тісному зв'язку з дослідженням аспектів вказаного принципу⁴⁷.

Доктрина прецеденту становить основу системи прецедентного права Англії, зазначав Лорд Деннінг⁴⁸. Як цілісно оформлена сукупність поглядів доктрина прецеденту сформувалася лише у ХІХ ст., а до цього часу рішення вищих судів розглядалися нижчими судами як приклади правильного застосування певних норм та як найкращий доказ існування того чи іншого правила⁴⁹. Таким чином, вона є результатом довготривалого історичного процесу. Доктрина поступово виникла сама із себе прецедентним шляхом, вона є результатом діяльності суддів з розгляду конкретних суперечок та наслідком існування ієрархії судових органів.

Відповідно до принципу *stare decisis* суди не мають права на свій розсуд переглядати прецеденти. Цього принципу мають дотримуватися навіть у тих випадках, коли існують значно переконливіші аргументи, що за інших обставин дозволили б не робити цього (наприклад, той чи інший прецедент є несправедливим або помилковим). Слід зазначити, що судді дотримуються цього принципу задля того, щоб судова практика досягла високого ступеня єдності і не під загрозою певних санкцій (наприклад, звільнення

⁴⁵ Апарова Т. В. Прецедент в современном английском праве и судебное правотворчество // Проблемы совершенствования советского законодательства. — Труды ВНИИСЗ, 1976. — Вып. 6. — С. 177.

⁴⁶ Garner B. A. A Dictionary of Modern Legal Usage. — New York, Oxford: Oxford University Press, 1995. — P. 827.

⁴⁷ Малишев Б. В. Прецедентное право Англии. Теоретичні аспекти // Наук. записки. — Т. 19. Спец. вип. — К., 2001. — С. 233.

⁴⁸ Denning The RT Hon Lord MR. The Discipline of Law. — L.: Butterworths, 1979. — P. 314.

⁴⁹ Hep V. General Principles of English Law. — L.: HLT Publications, 1994. — P. 106.

з посади). Вони вважають, що це необхідно, в першу чергу, для того, щоб не порушувався принцип справедливості, який вимагає однакового ставлення до всіх людей в однакових ситуаціях. Лише за наявності принципу *stare decisis* на основі судових рішень можна досягти тієї необхідної сталості та впевненості, які нерозривно пов'язані із самим поняттям права.

Покірність та переконливість, на яких і ґрунтуються судові рішення, розкривають зміст принципу *stare decisis*. Їх часто називають принципами. Отже, принцип покірності означає, що суд повинен дотримуватися правила, встановленого під час розгляду попередньої справи.

Цей принцип діє по вертикалі, визначаючи обов'язок суддів дотримуватися рішень відповідних вищих судів (тому цю форму іноді називають вертикальним *stare decisis*). Так, рішення англійської Палати лордів (вищого суду в Англії) є обов'язковими для всіх нижчих судів. Рішення Апеляційного суду (касаційної судової інстанції) є обов'язковими для всіх судів, окрім Палати лордів. Рішення Високого суду є обов'язковими для всіх судів, окрім Палати лордів і Апеляційного суду⁵⁰.

Апеляційні суди також пов'язані своїми минулими рішеннями (горизонтальний *stare decisis*).

Однак із принципу покірності є винятки. Так, для апеляційного суду не є обов'язковим прецедент, якщо, зокрема:

1) цим апеляційним судом є Палата лордів, яка не зв'язана своїми попередніми рішеннями (Палата лордів зробила заяву у 1966 р., відповідно до якої досить жорстка прихильність до прецеденту може призвести до несправедливості в конкретному випадку та до невинуватих обмежень у розвитку права, і тому Палата лордів вважає свої попередні рішення в принципі обов'язковими, але допускає можливість відходу від них у разі необхідності. Ця заява не стосується використання прецедентів іншими судами, крім Палати лордів. Проте цей виняток з принципу *stare decisis*, який, до речі, був підтриманий Парламентом у Законі про здійснення правосуддя (1969 р.), застосовується Палатою лордів дуже обережно: так, за 10 років (1966–1976 рр.) вона відхилила лише два прецеденти⁵¹);

2) прецедент конфліктує з більш раннім прецедентом вищого апеляційного суду;

3) з прецедентом апеляційного суду не погодився Судовий комітет Таємної ради;

⁵⁰ Кросс Р. Прецедент в английском праве / Пер. с англ. Т. В. Апаровой. — М.: Юрид. лит., 1985. — С. 116.

⁵¹ Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. — М.: Норма, 2002. — С. 35.

4) прецедент суперечить іншому, більш ранньому прецеденту того самого суду;

5) прецедент був у непрямій формі відхилений наступним рішенням вищого апеляційного суду;

6) прецедент був прийнятий цим судом *per incuriam* (за недбалістю);

7) прецедент є застарілим;

8) прецедент містить два *ratio decidendi*, між якими можна зробити вибір;

9) прецедент був скасований законом⁵².

Принцип переконливості *stare decisis* означає, що суд може, але не зобов'язаний, дотримуватися раніше встановленого правила, якщо його аргументація є досить переконливою⁵³.

Оскільки щодо конкретного прецеденту можуть діяти різні принципи *stare decisis* — підкореності або переконливості, можна зробити висновок про існування двох видів судових прецедентів: обов'язкових і необов'язкових (переконливих). Прецеденти, щодо яких діє принцип підкореності, вважаються обов'язковими. Прецеденти, в основі яких лежить принцип переконливості, називаються переконливими. Вони не є юридично обов'язковими.

До переконливих прецедентів для англійських судів належать такі судові рішення (або їх складові частини):

– частина рішення Палати лордів, що визнається *obiter dictum*;

– усі рішення нижчих судових інстанцій;

– всі рішення Судового комітету Таємної ради;

– всі рішення судів Шотландії;

– всі рішення, прийняті судами інших держав, на які поширюється юрисдикція загального права;

– прецеденти і думки, викладені в класичних юридичних працях (наприклад, у підручниках і монографіях);

– рішення, винесені рівними судовими інстанціями, якщо вони не вважаються юридично обов'язковими;

– всі рішення судів Європейського Союзу.

Значення переконливих прецедентів зростає тоді, коли суду доводиться заповнювати відсутність законодавчої регламентації.

Будь-який прецедент складається з двох частин: *ratio decidendi* та *obiter dictum*.

Ratio decidendi (з лат. — підстава для вирішення) — це частина рішення суду, в якій містяться норми права, на основі яких було вирішено дану

⁵² Кросс Р. Вказ. праця. — С. 152–153.

⁵³ Беріхем В. Вказ. праця. — С. 69.

справу. Саме мотивувальна частина рішення містить *ratio decidendi* і є стандартом, поясненням того, чому саме так було вирішено конкретну справу. Судді, ухвалюючи рішення у справі, застосовують норми законодавства, попередні прецеденти та міркування (мотивацію) суддів при їх прийнятті, цитати з авторитетних доктринальних джерел, посилання на іноземні прецеденти чи законодавство тощо.

Ratio decidendi складається не з усіх сформульованих суддею положень, а тільки з тих, які він вважає безпосередньо необхідними для свого рішення, а решта вважається *obiter dictum* (принагідно сказаним). Таким чином, згідно з принципом *stare decisis*, суддя зобов'язаний слідувати прецедентові, він застосовує *ratio decidendi* обов'язкового прецеденту, навіть якщо повністю з ним не згоден, крім тих випадків, коли він вважає, що обставини двох справ значно відрізняються⁵⁴. Отже, обов'язковість певного прецеденту є «інтелектуальною», а не механічною: оскільки цілком аналогічних справ майже не існує, суддя сам вирішує, чи є він «зв'язаним» певним рішенням вищого суду⁵⁵.

У розв'язанні вказаної проблеми суддям іноді стають у пригоді такі положення:

1) судові рішення потрібно аналізувати з урахуванням обставин та доведених фактів, у зв'язку з якими вони були прийняті;

2) кожне судове рішення має бути проаналізоване у світлі рішень, ухвалених раніше за схожими справами⁵⁶.

Однак при цьому не слід плутати *ratio decidendi* з *res judicata* (вирішена справа), оскільки все, що вимагається від рішення, — це вирішити питання *inter partes* (між сторонами спору), тоді як *ratio decidendi* є положенням, на яке посилатимуться у майбутніх спорах⁵⁷.

Пошуки *ratio decidendi* є головною особливістю судового процесу в Англії та інших країнах, правова система яких виникла на основі англійської. Суддя дуже рідко прямо вказує, яке з його положень він вважає *ratio decidendi*. Таким чином, правильне виділення *ratio* певного рішення залежить від стилю, яким суддя викладає свою думку.

Наприкінці XIX ст. протягом нетривалого часу існувала тенденція до чіткого викладення суддею *ratio*, проте навіть у ті часи юристи сперечалися щодо змісту обов'язкових частин таких рішень.

⁵⁴ Кросс Р. Вказ. праця. — С. 57.

⁵⁵ Allen C. K. Precedent and Logic // The Law Quarterly Review. — 1925. — Vol. XLI, № CLXIII, July. — P. 333.

⁵⁶ Кросс Р. Вказ. праця. — С. 36.

⁵⁷ Там само. — С. 74.

Тепер нерідко суддя відкрито визнає, що лише при слуханні майбутніх справ буде визначено повний ефект щойно винесеного ним рішення⁵⁸.

Якщо науковці, розглядаючи певне судове рішення, замислюються над питанням, «яке є *ratio* цього рішення?», то судді дивляться на певне рішення під іншим кутом зору: «Чи містить ця справа відповідь на запитання, яке постало переді мною у зв'язку з розглядом спору?»⁵⁹.

Е. Дженкс підкреслював, що виділення з рішення його *ratio decidendi* є дуже складним процесом, який навряд чи можна всебічно описати⁶⁰. Судді протягом усієї історії суду відмовлялися зв'язувати собі руки у питанні визнання єдиного методу виділення *ratio*, а законодавча влада вважала за найкраще не втручатися в цей процес⁶¹.

Р. Уолкер підкреслює, що кожне рішення складається з основних частин, зокрема:

а) встановлення істотних фактів справи (прямих і похідних);

б) викладення правових принципів, що застосовуються до правових питань, які виникають із конкретних обставин;

в) висновок, що ґрунтується на поєднанні перших двох компонентів.

Отже, з точки зору доктрини прецеденту найважливішим елементом рішення є саме пункт б, що є *ratio decidendi*⁶².

Деякі вчені-юристи з кінця минулого століття розробляли власні методи виділення з рішення *ratio decidendi*. Найвідомішими є два методи: метод Уембо та метод Гудхарта⁶³.

Метод Уембо пропонує виділяти *ratio decidendi* за допомогою інверсії, тобто те правоположення, яке, на думку дослідника, становить *ratio decidendi*, потрібно замінити на його реверсивне значення.

Потім слід з'ясувати, чи міг суд винести те ж саме рішення, використовуючи таке нове правоположення. Якщо відповідь буде позитивною, то дане правоположення не є прецедентом, і навпаки.

Отже, за цим методом *ratio decidendi* — є правоположенням, без якого конкретна справа була б вирішена інакше. Вадами цього методу є те, що правоположення потрібно вибирати дуже ретельно і цей метод не пасує до справ, де спірними є декілька питань.

⁵⁸ Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Пер. з англ. — К.: Основи, 2000. — С. 166.

⁵⁹ Derham D. P. Precedent and the Decision of Particular Questions // The Law Quarterly Review. — 1963. — Vol. 79, January. — P. 50–51.

⁶⁰ Дженкс Е. Англійське право / Пер. с англ. — М.: Изд-во Министерства юстиции СССР, 1947. — С. 44.

⁶¹ Барак А. Судейское усмотрение / Пер. с англ. — М.: Норма, 1999. — С. 105.

⁶² Уолкер Р. Вказ. праця. — С. 159.

⁶³ Кросс Р. Вказ. праця. — С. 68–78.

Таким чином, за методом Уембо можна досить успішно визначати лише *obiter dictum*, а не *ratio decidendi*.

Метод Гудхарта полягає в тому, що *ratio decidendi* справи визначається шляхом оцінки фактів, які розглядалися суддею як істотні при ухваленні ним рішення. На думку Дерхама, той факт, що метод Гудхарта пов'язує *ratio decidendi* певного рішення з істотними фактами справи, з одного боку, дає занадто спрощене уявлення про дії судді, а з іншого — веде до невинуватених ускладнень та невизначеності у процесі його застосування. Спрощення знаходить свій вираз у тому, що істотність певного факту залежить не тільки від особливостей відносин між сторонами спору, а також від того, яким чином сторони виклали ці обставини судові і яку мету вони переслідують. У свою чергу, ускладнення виникає через неможливість уникнення невизначеності фактів, коли їх виривають з контексту і розглядають тільки як основу для виведення загального правила⁶⁴.

Із викладеного випливає, що в Англії не існує єдиного та загальнообов'язкового способу виведення *ratio decidendi* із судового рішення, однак у будь-якому випадку незаперечним є велике значення істотних обставин справи, при розгляді якої і було ухвалено рішення. Як вказує Барак, *ratio decidendi* — це правило в межах фактів. У процесі його пошуку суддя має розмежувати істотні факти справи й неістотні. Зрозуміло, що є група фактів, які будь-який юрист визнає істотними і навпаки, але завжди існує проблема з тими фактами, щодо яких неможливо одразу визначитися, чи мають вони істотний характер⁶⁵.

Obiter dictum (з лат. — сказане між іншим) — це зауваження (міркування) суду стосовно тих питань, які безпосередньо не є предметом судового рішення; вони лише висловлені для пояснення, ілюстрації та мають загальний характер. *Obiter dictum* не формулює принцип права і не обґрунтовує рішення суду. *Obiter dictum* не має обов'язкової прецедентної цінності для майбутніх справ. Він має додатковий, а не обов'язковий характер. Ця частина рішення суду в справі покликана допомогти суддям у майбутньому, проте вони не зобов'язані дотримуватися висловлень, що містяться в ній. Незважаючи на це, практика вимагає, щоб фахівці звертали увагу на *obiter dictum*.

Дія у часі судового прецеденту є необмеженою. І якщо він стосується розглянутих судом питань, то залишається джерелом права, незважаючи на те, скільки часу минуло з моменту його появи. Втім прецедент може й

⁶⁴ Derham D. Mentioned work. — P. 60, 61.

⁶⁵ Барак А. Вказ. праця. — С. 106.

припинити свою дію. Це може трапитися за допомогою трьох інститутів: перегляду (скасування) прецеденту, зміни рішення нижчого суду та відхилення прецеденту.

1. Інститут перегляду (скасування) прецеденту. Прецедент переглядається:

1) згідно з рішенням вищого суду за іншою справою. Вищий суд у цих випадках вважає, що право з часу проголошення попереднього рішення стало іншим. Тому рішення, прийняте на підставі старого прецеденту в іншій справі, залишається чинним, а новий прецедент, створений вищим судом, поширюватиметься на всі справи, що будуть розглядатися в майбутньому;

2) шляхом прийняття статуту, що містить норми, які за змістом відрізняються від правила, встановленого прецедентом. Значення перегляду прецедентів актами Парламенту підвищується в Англії починаючи з 1966 р., після відмови Палати лордів від принципу «твердого прецеденту».

2. Інститут зміни рішення нижчого суду. Зміна рішення має місце тоді, коли вищий суд скасовує рішення нижчого суду в порядку апеляційного перегляду тієї ж справи. У цьому випадку відхилене рішення нижчого суду втрачає силу прецеденту, а прийняте судом апеляційної інстанції рішення стає новим прецедентом у цій справі. Новий прецедент буде використовуватися також при вирішенні аналогічних справ у майбутньому.

3. Інститут відхилення прецеденту (відхід від прецеденту). Суд може відхилити запропонований йому для застосування прецедент з тих мотивів, що він не повною мірою відповідає фактичним обставинам розглянутої справи. У цьому випадку суд повинен констатувати, що обставини справи, розгляд якої призвів до створення прецеденту, мають істотні розбіжності з обставинами справи, яку він розглядає зараз. Тому цей прецедент не може бути застосований через його невідповідність фактичним обставинам даної справи. Зазвичай суди віддають перевагу відхиленню прецеденту, а не його перегляду (скасуванню), оскільки перегляд (скасування) прецедентів призводить до зростання невизначеності права, до того ж не сприяє цілям правосуддя і справедливості. Тому відхилення дозволяє в разі необхідності відродити «сплячий» прецедент⁶⁶.

Суть доктрини прецеденту полягає у правилі, згідно з яким подібні справи вирішуються подібним чином. Немає жодного суду, де суддя не був би схильним до вирішення справи таким же чином, як була вирішена аналогічна справа іншим суддею.

⁶⁶ *Порівняльне правознавство*: Підручн. / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов; За ред. В. Д. Ткаченка. — Х.: Право, 2003. — С. 142–150.

Правила застосування прецеденту мають для суддів набагато менше значення, ніж їхній принциповий обов'язок з повагою ставитися до прецедентного права⁶⁷. Це явище Харт називає внутрішнім аспектом принципу *stare decisis*, що визнається всіма суддями⁶⁸. В Англії доктрина прецеденту відрізняється примусовим характером.

Часто англійські судді зобов'язані дотримуватися більш раннього рішення навіть у тих випадках, коли існують досить переконливі аргументи, щоб не робити цього. Це обумовлено правилами та принципами застосування прецеденту, які становлять його доктрину. У системі права, заснованій на прецедентному праві, суддя при розгляді справи зобов'язаний брати до уваги ці норми та принципи, тоді як у багатьох інших правових системах вони є лише матеріалом, який суддя може враховувати при винесенні рішення⁶⁹.

Ще У. Блекстон вказував на існування такого правила: за наявності справи, обставини якої збігаються зі справою, що вирішена в минулому, — таку справу слід вирішити у відповідності з уже винесеним рішенням. Таким чином, це правило запобігало, як зазначав У. Блекстон, зловживанням з боку судді, який має судити не на власний розсуд, а згідно зі встановленими попередніми судовими рішеннями, нормами та звичаями⁷⁰.

На сьогодні англійське право традиційно залишається судовим і розробляється суддями у процесі розгляду конкретних справ. Такий підхід робить норми загального права більш гнучкими та менш абстрактними, ніж норми романо-германського права, але одночасно надає праву більшу казуїстичність і меншу визначеність.

Іншим джерелом англосаксонського права є *закони* (парламентські статuti) — законодавчі акти, прийняті британським парламентом. Закон з'явився набагато пізніше прецеденту, але поступово набув досить важливого значення в правовому регулюванні суспільних відносин.

Закон в Англії — акт, прийнятий в установленому порядку в однаковій редакції обома палатами парламенту і санкціонований (підписаний) монархом.

Усі закони Великої Британії мають рівну юридичну чинність, підлягають єдиному порядку прийняття, зміни та скасування. Це впливає з принципу парламентського верховенства, відповідно до якого закон може бути прийнятий лише парламентом і всі закони мають рівний статус.

⁶⁷ Кросс Р. Вказ. праця. — С. 25, 29.

⁶⁸ Hart H. L. A. *The Concept of Law*. — Oxford: The Clarendon Press, 1961. — P. 86.

⁶⁹ Neap B. *General Principles of English Law*. — L.: HLT Publications, 1994. — P. 107.

⁷⁰ Блекстон У. Вказ. праця. — С. 173–174.

Незначна частина законів визнається частиною конституції. В Англії немає писаної (кодифікованої) конституції. Те, що зазвичай англіїці називають конституцією, — це система норм законодавчого та судового походження, покликаних обмежувати сваволю влади і забезпечувати права і свободи людини. Конституційне право має поки що фрагментарний характер, проте кількість його джерел зростає⁷¹.

В англійському праві для ідеї закону дуже важливо, щоб він був забезпечений санкціями, тобто передбачав покарання за непадкорення⁷².

Англійські законодавчі акти класифікуються за різними підставами. За сферою дії вони поділяються на публічні, що поширюються на невизначене коло суб'єктів і чинні на всій території Великої Британії, та приватні, що поширюються на окремих осіб і території.

Парламент часто делегує свої повноваження щодо прийняття нормативно-правових актів іншим суб'єктам (королеві, уряду, міністерствам). Сукупність цих нормативно-правових актів становить «делеговане законодавство». Юридична чинність такого роду актів визначається передачею частини законотворчих функцій парламенту відповідному органу. Тому їх рішення вважаються частиною закону й обов'язкові до виконання всіма громадянами. Вищою формою здійснення делегованого правотворення є «наказ у Раді», що формально являє собою наказ Таємної ради (монарха й таємних радників), а фактично — уряду.

Поява великого числа чинних законів обумовлює проблему їх систематизації. В Англії наприкінці XIX ст. розпочалися і досі тривають роботи з очищення законодавства від архаїчних актів, що фактично не діють, а також з об'єднання нормативних положень, що стосуються одного питання або декількох законів у єдиний акт. Прийнято спеціальний акт про консолідацію законів. На відміну від континентальних правових систем виконавчі органи Англії були споконвічно позбавлені повноважень приймати акти «на виконання закону». Щоб видати такий акт, виконавчий орган повинен мати відповідні повноваження, що делеговані йому парламентом. Тому правотворчість виконавчих органів іменується делегуванням.

Протягом XX ст. у числі джерел англійського права різко зростає роль делегованого законодавства, особливо у сфері освіти, медичного обслуговування, соціального страхування тощо. Багато актів делегованого законодавства видаються міністерствами та іншими органами управління. Їх

⁷¹ Скакун О. Ф. Вказ. праця. — С. 558.

⁷² *Федераліст*: коментар до Конституції Сполучених Штатів / А. Гамільтон, Д. Медісон, Д. Джей; Пер. з англ. — К.: Сфера, 2002. — С. 72.

розвиток, так само як і розвиток статутного права, обумовлений не тільки внутрішніми потребами країни і зовнішніми причинами, що стосуються міжнародного економічного й іншого співробітництва. Великого значення у зв'язку із цим набуває розвиток зв'язків Англії з країнами Британської співдружності, а також її роль у рамках Європейського економічного співтовариства (ЄЕС).

В англосаксонській правовій системі має місце автономне законодавство — нормативно-правові акти місцевих органів влади, що діють на відповідній території, деяких установ, організацій (профспілок, будівельних, газових, залізничних, транспортних компаній, англіканської церкви тощо). Ці нормативно-правові акти є обов'язковими для їх членів та користувачів їх послуг. Юридична чинність таких нормативно-правових актів поступається чинності актів парламенту й делегованого законодавства. За ієрархією вони наближаються до актів правозастосовних органів.

У своєрідних взаємовідносинах перебуває прецедентне право зі статутним. Де-юре будь-який прецедент може бути скасований статутом парламенту, а при виникненні протиріччя саме норма закону матиме однозначну перевагу. Водночас кожний закон при застосуванні його судами обростає величезною кількістю прецедентів тлумачення, що встановлюють порядок застосування двозначних положень статуту. Таким чином, саме судова практика визначає реальний вплив актів парламенту на суспільні відносини і визначає, по суті, їх зміст. Це є однією з причин, які пояснюють, чому «верховенство закону» не є категорією загального права⁷³. В Англії без прецедентного права статутне право фактично втрачає свій сенс та призначення і не може бути застосованим⁷⁴. Саме судова практика визначає реальний вплив закону на суспільні відносини і, по суті, його зміст⁷⁵. Закон реалізується не самостійно, а через прецеденти⁷⁶. Англійські юристи сприймають норми, створені законодавцем, тільки в тому разі, коли існує їх судове тлумачення⁷⁷. Таким чином увага акцентується не на тексті закону, а на судових рішеннях, які застосували його положення⁷⁸. В англосаксонській правовій системі воліють цитувати замість тексту закону судові рішення, в яких він застосований.

⁷³ Богдановская И. Ю. Закон в английском праве. — М.: Наука, 1987. — С. 120–121.

⁷⁴ Романов А. К. Вказ. праця. — С. 82.

⁷⁵ Kiralyja. K. R. The English Legal System. — L.: Sweet and Maxwell, 1990. — P. 1.

⁷⁶ Теория государства и права: Учебн. / Под. ред. В. М. Корельского, В. Д. Персвалова. — М.: НОРМА — ИНФРА М, 2000. — С. 557.

⁷⁷ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Вказ. праця. — С. 244.

⁷⁸ *Общая теория права*: Учебн. / Под. общ. ред. А. С. Пиголкина. — М.: Изд-во МГЭУ им. Н. Э. Баумана, 1995. — С. 358.

Англійська судова практика знає чимало випадків, коли прийняті статuti залишалися «мертвонародженими», ігнорувалися судами або їх зміст і значення інтерпретувалися інакше. Звідси англійський статут не можна розглядати як джерело, що руйнує або нівелює систему прецедентів як сторонню форму права, скоріше навпаки: він сам став придатком цієї системи, що доповнює й удосконалює її.

Давнім джерелом англосаксонського права є *звичай*. Історично правовий звичай як джерело права передує всім іншим джерелам права. На думку багатьох дослідників, на основі звичаїв споконвічно будувалися всі національні системи права, включаючи англійську систему загального права.

Сьогодні його роль серед інших джерел права безупинно зменшується. Однак у змістовному плані, для становлення й розвитку англосаксонського права звичай мав досить важливе значення. Справа в тому, що присяжні засідателі порівняно з професійними суддями не мають тих знань про норми (раніше прийнятих судових рішень), які необхідні для точної юридичної кваліфікації вчинків. Для них орієнтиром при оцінці конкретних подій, фактів виступають традиції, звичаї, норми поведінки, які склалися в Англії, окремих графствах. З урахуванням цих норм і виробляється загальна думка, позиція присяжних щодо конкретної справи⁷⁹.

«Розподіл праці» між суддями і присяжними відбувся не відразу та не повною мірою, причому присяжні неминуче брали участь у розгляді питань не тільки факту, а й власне права. Тому слід визнати логічним тезу англійських юристів про те, що загальне право — право звичаєве, що в його основі лежить звичай, традиція. Американський вчений Паунд зазначив, що загальне право — це традиція судового та юридичного мислення. Воно є скоріше особливими прийомами розв'язання правових проблем, ніж фіксованою сукупністю визначених правил та норм⁸⁰.

Що стосується стародавніх звичаїв, то вони потрапили в тканину англійського права прямим шляхом. За наявним правилом стародавні звичаї (до XIII ст.) повинні враховуватися при рішенні суддями конкретних справ. Наприклад, в Англії споконвічно існував звичай, який допускає розвішування рибацьких сіток на чужому березі незалежно від згоди власника берегової смуги. Він і дотепер є юридично значимим і визнається судами.

⁷⁹ *Магазінер Я. М.* Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. А. К. Кравцов. — СПб.: Изд-во Р. Аслапова «Юридический центр Пресс», 2006. — С. 81–82.

⁸⁰ *Романов А. К.* Вказ. праця. — С. 96.

Багато питань парламентської процедури, взаємовідносин вищих державних посадових осіб, ритуально-етичні норми поведінки монарха, членів його родини також регулюються у звичайно-правовому порядку. Тут звичай заповнює ніші у праві, які утворилися через відсутність писаної конституції й інших конституційних актів.

У сфері конституційного права сформувався звичай, який відіграє більшу роль, ніж судовий прецедент. Це так звані конституційні угоди, що регулюють важливі питання державного життя і які є своєрідним джерелом конституційного права. Наприклад, відповідно до звичаю монарх зобов'язаний підписати акт, ухвалений обома палатами парламенту. У традиційний спосіб відбувається формування уряду лідером партії, яка перемогла на парламентських виборах. Конституційні угоди є письмово не зафіксованими правилами конституційної практики, їх слід відрізнити від звичаїв, які є частиною загального права.

Отже, через відсутність писаної конституції в Англії діє звичаєво-правовий порядок парламентської процедури, взаємовідносин вищих державних посадових осіб, ритуальної охорони королівського двору, традицій участі монарха в офіційних церемоніях, етики поведінки монарха і членів його сім'ї та ін. Англійські юристи вважають, що загальне право — це звичаєве право⁸¹.

До джерел англійського права також належить і *правова доктрина*. Правова доктрина — сукупність (система) наукових знань про певне правове явище⁸².

Англійська доктрина як джерело права — це судові коментарі, описи прецедентної практики, що покликані виконувати роль практичного керівництва для юристів, а не юридична наука, теоретичні уявлення, ідеї, конструкції.

Роль правової доктрини як джерела права традиційно недооцінювалася у країнах загального права, і особливо в Англії. Це пояснюється тим, що в цих країнах право споконвічно створювалося суддями-практиками, а науковій доктрині приділяли значно менше уваги, ніж у країнах романо-германського права.

Проте правова доктрина має певний вплив як на правотворчий, так і на правозастосовний процеси. Зокрема, на ранніх етапах значну роль у розвитку загального права відіграли загальновизнані праці відомих для свого часу юристів і суддів. Деякі доктринальні праці, що написані

⁸¹ *Скаунт О. Ф.* Вказ. праця. — С. 550–551.

⁸² *Копейчиков В. В.* Доктрина правова // *Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — Т. 2: Д–Й. — К.: Укр. енцикл., 2003. — С. 275.*

вченими-суддями, отримали статус авторитетних книг (*books of authority*), посилання на які в юридичному процесі є дозволеними і можуть впливати на рішення у справі⁸³.

Доктринальними джерелами англійської конституції вважаються «Трактат про закони Англії» Бректона (1250 р.), «Коментар законів Англії» Блекстона (1565 р.), книга «Англійська конституція» Беджгота (1865 р.) та ін. Суди звертаються до доктрини у разі прогалин у статуті (законі), судовому прецеденті або звичаї, що регулюють певні відносини. Наприклад, у 1920 р. на підставі ідеї англійського конституціоналіста кінця ХІХ — початку ХХ ст. А. В. Дайсі Палатою лордів була визначена королівська прерогатива.

Останнім часом використання доктрини як джерела права помітно зросло. Нерідко обґрунтування тієї чи іншої позиції при винесенні судового рішення відбувається з урахуванням наукових посібників, а іноді й наукових статей. Удаються до них не для використання як первинного джерела, а для переконливості рішення.

Канонічне право. Це джерело права знайшло власний предмет регулювання в епоху «папського абсолютизму» ХІ–ХІІІ ст. Система канонічного права охоплювала тільки такі види правових відносин, які підпадали під юрисдикцію церкви як корпоративного правового утворення. Інші правові відносини підпадали під відповідні юрисдикції, що перекривали одна одну, різних світських держав, включаючи королівства, феодальні домени, самостійні міста. Кожна людина в західному християнському світі жила за канонічним правом, і однієї або декількома світськими системами. Плюралізм правових систем усередині загального правового порядку був істотною рисою структури кожної з них.

Канонічне право протягом значного історичного періоду (до реформи Генріха VII) займало значну частину існуючого «правового простору» Англії. Релігія була цілісним світоглядним утворенням, що пояснювало людині її призначення й готувало її до переходу в «град небесний». Як наслідок цього — особливе правове становище служителів церкви, що займали тривалий час пости лорда-канцлера, вищих суддів і радників корони. Для католицької церкви так зване канонічне право — *jus canonicum* — протягом свого розвитку завжди мало своїм останнім матеріальним джерелом божественне право. Звідси виникало не тільки саме його існування, а й його юридичний характер.

⁸³ Малько А. В. Теория государства и права. Элементарный курс: Учеб. пособие. — М.: КНОРУС, 2007. — С. 220.

На сучасне право Англії канонічне право мало істотний вплив у двох напрямках.

1. Норми права справедливості за своїм моральним змістом спираються на канонічне право (гуманізація покарань і моральне освячення шлюбно-сімейних відносин).

2. Церковні суди дотепер використовують процедури, розроблені середньовічними каноністами, а юрисдикція цих судів до середини ХІХ ст. охоплювала значну категорію справ.

Римське право. Вплив цього джерела помітний у сфері діяльності церковних судів і в спадковому праві. Пов'язано це з тим, що питання законності заповітів тривалий час перебувало в руках церкви. Як приклад рецепції римського права в Англії можна навести положення англійського права, що передбачає заповіт воїна (можливість заповіту в усній формі)⁸⁴. Також, наприклад, згідно з максимами римського права не можна подавати позов на підставі угоди, яку укладено з аморальною метою. Цей принцип римського права був відтворений в англійському праві.

Розум. Казуїстичний характер англосаксонського права породжує багато прогалин, і розум визнається додатковим, допоміжним джерелом права, покликаним подолати ці прогалини.

Розум передбачає розумне вирішення спору, коли з цього питання не має ані прецеденту, ані законодавчої норми, ані обов'язкового звичаю. Винесення судового рішення на основі розуму — це насамперед пошуки рішення, яке найбільше відповідає нормам чинного права, а тому найбільш задовільно забезпечує порядок у сполученні зі справедливістю, що і становить основу права. Проте не можна стверджувати, що пошук рішення на основі розуму є нічим не обумовленим, довільним процесом. У ході такого пошуку необхідно насамперед керуватися загальними засадами права, в чому відіграють певну роль доктрини, побічні висловлювання суддів про право, судові рішення, що не є прецедентами.

При висвітленні місця і ролі розуму в системі інших джерел права необхідно розрізняти два аспекти цього питання — формально-юридичний і фактичний. У формально-юридичному плані розум відіграє допоміжну роль, у практичному — він має першорядне значення. Особливо це стосується загального права, яке не без підстав називається «правом розуму».

Структура права в англосаксонській правовій системі (розподіл на га-лузі та інститути права), сама концепція права, система джерел права,

⁸⁴ Черников А. Э. Введение в сравнительное правоведение: Учеб. пособие. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2004. — С. 62.

юридична мова зовсім інші, ніж у правових системах романо-германської правової сім'ї⁸⁵. В англійському праві відсутній класичний поділ на публічне та приватне. Замість цього історично склався його поділ на загальне право і право справедливості, що дотепер визначає всю правову архітектуру. Така різниця у структурному розподілі двох основних правових сімей (романо-германської та англосаксонської) має не історично випадковий, а глибоко закономірний характер, обумовлений тим, що одна виникає раціональним шляхом, інша — еволюційним, шляхом історичного генезису, поступового оформлення сформованих відносин. Звідси різниця у структурі романо-германського й англосаксонського права полягає у різних підставах їх побудови, а отже, у різній логіці розвитку.

Загальне право створювалося королівськими судами, і поступово сформувалася однаковість підходів до вирішення аналогічних справ для всієї країни. При розгляді справ намагалися вирішувати їх відповідно до раніше прийнятих судових рішень. Загальне право формувалося як неписане право, що опирається на думки суддів під час вирішення справ⁸⁶.

Право справедливості виникло з реалізації повноваження короля через діяльність лорда-канцлера втручатися у здійснення правосуддя шляхом пом'якшення суворих вироків. При цьому посилення робилися не на прецеденти, а на загальні принципи права, поняття добра, справедливості тощо. Таким чином, право справедливості — це сукупність норм, які створювалися судом лорда-канцлера для того, щоб доповнювати, а деколи і змінювати систему загального права, якщо вона відставала від життя. Канцлер ніколи не вступав у конфлікт з нормами загального права, навпаки, він зобов'язаний був виявляти шану до норм цього права і до діяльності королівських суддів. Але останні були пов'язані дуже вузькою компетенцією та суворою процедурою, а тому не завжди встигали за плином часу. Це й зумовило необхідність створення спеціальної юрисдикції, що ґрунтувалася на королівській прерогативі, спрямованій на пом'якшення і доповнення норм загального права та на вирішення питань відповідно до вимог моралі й совісті.

За походженням правових норм англійське право можна поділити на дві групи: загальне право і статутне право. У літературі також застосовується поділ норм англійського права за його формою на писане право (*written law*), тобто закони, та неписане право (*unwritten law*), тобто те, яке виник-

ло внаслідок рішення суду. Таким чином, статутне та загальне право з точки зору форми права по суті є, відповідно, законодавством та прецедентним правом (*case law*). Слід зазначити, що сам термін *case law* почав широко вживатися тільки у XIX ст.⁸⁷

В англійській правовій літературі існують й інші терміни, що означають прецедентне право: «судове право» (*judiciary law*), «право, створене суддями» (*judge made law*). Як підкреслював у XVIII ст. Менсфілд, «загальне право складається не з окремих судових справ, а із загальних принципів, які ілюструються та пояснюються цими справами»⁸⁸.

Прецедентне право, на думку Р. Кросса, складається з норм та принципів, які створені й застосовуються суддями в процесі ухвалення ними рішень⁸⁹. Поняття «правова норма» (*legal rule*) та «правовий принцип» (*legal principle*) англійські дослідники, як правило, не розглядають як такі, що мають суттєві відмінності⁹⁰. А. Лефрой вважає, що прецедентне право складається зі спеціального методу юридичного міркування, ієрархії принципів та правил, з яких тільки незначна частина має в своїй основі звичай, римське або канонічне право, оскільки майже всі норми є результатом діяльності судів з вирішення спорів⁹¹.

Традиційно загальне право протиставляється праву справедливості, створеному Судом канцлера, та статутному праву, джерелом якого є парламент. Системи норм загального права та права справедливості формально були об'єднані у XIX ст., втім вони мають різні сфери застосування, які склалися історично. З огляду на це серед юристів досі зберігається розподіл спеціалізації за цим критерієм⁹².

Незважаючи на те, що загальне право та право справедливості розглядаються як різні системи правових норм, вони обидві у процесі свого функціонування керувалися одним методом: методом звернення до прецедентів, хоча сама доктрина прецеденту в її сучасному вигляді сформувалася лише у XIX ст. Тому некоректно вважати, що лише загальне право є пре-

⁸⁵ Малишев Б. В. Прецедентне право Англії. Теоретичні аспекти // Наук. записки. — Т. 19. Спец. вип. — К., 2001. — С. 232.

⁸⁶ Хайек Ф. А. Право, законодавство та свобода: нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії: В 3-х т. — Т. 1: Правила та порядок / Пер. з англ. — К.: Сфера. — 1999. — С. 124.

⁸⁷ Кросс Р. Вказ. праця. — С. 25.

⁸⁸ Leffroy A. H. F. Judge-made Law // The Law Quarterly Review. — 1904. — Vol. XX. № LXXX. October. — P. 408. (P. 399–614.)

⁸⁹ Leffroy A. H. F. The Basis of Case Law // The Law Quarterly Review. — 1906. — July. — P. 293.

⁹⁰ Денисов В. Н. Системы права развивающихся стран: Становление и развитие национальных систем стран Африки, освободившихся от британского колониализма. — К.: Наук. думка. 1978. — С. 185.

⁸⁵ Саидов А. Х. Сравнительное правоведение. — М.: Норма, 2006. — С. 260.

⁸⁶ Осауленко О. І. Загальна теорія держави і права: Навч. посібник. — К.: Істина, 2007. — С. 296.

цедентним правом, оскільки до прецедентного права також належить і право справедливості.

На сучасному етапі розвитку англійського права, для того щоб визначити, до якого права належить справа, слід зрозуміти, до якої галузі законодавства вона відноситься. Загальне право містить питання кримінального, договірної, цивільно-деліктного права, а юристи права справедливості вирішують питання про нерухомість, довірчу власність, торгівлю, спадкування тощо. Тобто сучасне англійське право фактично складається з двох систем права — системи права справедливості та системи загального права, кожна з яких має власний предмет і процедуру регулювання⁹³.

В англосаксонській правовій системі норми права не поділяються на імперативні та диспозитивні, норми законів і підзаконних актів тощо. Відповідно до такої структури права воно не може бути кодифікованим.

Структурні особливості англосаксонського права проявляються не тільки на макрорівні, а й на рівні юридичної норми.

Галузі англійського права поділені на чотири категорії, по дві у кожній: право кримінальне і цивільне; право публічне і приватне; право матеріальне і процесуальне; право муніципальне і публічне міжнародне. Процесуальне право має явний пріоритет над матеріальним правом. Панування прецеденту обумовило підвищене значення процедурно-процесуальних правил.

В Англії під публічним правом розуміється система норм, які поширюються на все населення країни, а під приватним — на окремих осіб і окремі території держави.

Прецедентні норми — це певні казуси, які мають свою структуру й особливий зміст. І зв'язок цих первісних елементів (мікрокліток) англосаксонського права в силу деяких обставин має часто не логічний, раціональний, а традиційно-історичний характер. Зокрема, природно-еволюційним шляхом у сферу дії права справедливості потрапили суперечки про нерухомість, відносини довірчої власності, справи про торговельні товариства, про банкрутство, спадкування. До предмета загального права відійшли кримінально-правові справи, договірне право, інститути цивільно-правової відповідальності тощо. Однак чіткого поділу не існує, і в цей час окремі поняття, інститути переходять із однієї сфери в іншу або є загальними для всіх, що пов'язано насамперед із застосуванням прецедентів загального права й прецедентів права справедливості тими самими суддями, які зацікавлені в їх зближенні й уніфікації їх понять. Суддя «при-

⁹³ Лисенков С. Л. Вказ. праця. — С. 302.

міряє» конкретний випадок не до вже готової норми, а до казусу, який мав місце раніше, і встановлює їх подібність, після чого виносить висновок про відносність прецеденту до розгляненої ним справи або про їх несхожість. Такий механізм лише з великою натяжкою можна назвати правозастосувальним.

Традиційно англійську систему права відрізняє принцип стабільності і додержання прецедентів навіть тоді, коли вони формально не мали обов'язкової сили. Впевненість громадян, державних службовців і посадових осіб у наявному правовому порядку ґрунтувалася на минулій прецедентній практиці, яка вважалася непорушною доти, доки не з'являвся якийсь вагомий аргумент на користь її зміни. Суди завжди орієнтувалися на однаковий розгляд аналогічних випадків. Дотепер не тільки прецеденти, а й їх тлумачення залишаються незмінними.

Складність і суперечливість англійського права позначилися на техніці правотворчості, систематизації і тлумачення права. Зокрема, акт правотворчості в англосаксонських країнах, як правило, відрізняється складною мовою, структурою, педантичною регламентацією деталей⁹⁴.

У ХХ ст. в англійському праві з'явилися нові тенденції. Право перестало розглядатися як засіб вирішення спорів. Воно стало уявлятися в очах юристів і громадян зняряддям, що сприяє створенню суспільства нового типу і саме для цього призначене⁹⁵.

Підсумовуючи викладене, вважаємо за доцільне зазначити:

1) в англосаксонській правовій системі основним джерелом права є правовий прецедент (судове рішення, яке є зразком для аналогічних справ, що розглядаються іншими судами), який має казуальний (індивідуалізований) характер. Отже, норма права переважно є «моделлю» конкретного рішення, а не результатом законодавчого абстрагування від окремих випадків. У зв'язку з цим міжнародне право застосовується до англосаксонських правових систем зі значними проблемами, оскільки міжнародне право побудоване подібно до права, яке використовується у правових системах, що належать до романо-германської правової сім'ї, де основним джерелом права є нормативно-правовий акт;

2) закони і підзаконні нормативні акти мають другорядне значення; це зумовлюється тим, що вони визнаються джерелом права після апробації їх судовою практикою;

⁹⁴ *Проблеми общої теорії права і государства: Учебн. / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2008. — С. 290.*

⁹⁵ *Теория государства и права: Учебн. / Под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. — М.: ИД ФОРУМ: ИНФА-М, 2008. — С. 539.*

3) в англосаксонській правовій системі немає писаних конституцій, кодифікованих галузей права, розподілу права на публічне та приватне;

4) право процесуальне домінує над матеріальним (процесуальні норми, форми судового провадження, а також джерела доказів становлять водночас механізм правотворення і механізм правореалізації);

5) судова влада є основним суб'єктом правотворчості;

6) прагматичний, прикладний характер має юридична доктрина; вона створюється суддями чи юристами-практиками;

7) здебільшого право має охоронний характер, держава починає втручатися, коли між громадянами чи іншими суб'єктами виникає правовий конфлікт;

8) над правом об'єктивним домінує суб'єктивне, адже регламентація суспільних відносин здійснюється від приватного до загального.

Науковці зазначають тенденцію зближення англосаксонського права з романо-германським, виникають глибокі взаємозв'язки світового правового регулювання:

1) англосаксонська правова система набуває певних рис, що властиві романо-германській правовій системі (розвиток писаного права);

2) романо-германська правова система починає активніше використовувати деякі механізми англосаксонської (судова практика).

2.3. Права людини в англосаксонській правовій сім'ї

У зв'язку із всесвітніми процесами глобалізації для людської спільноти характерним стало підвищення інтересу до взаємного пізнання у різних сферах життєдіяльності. Оскільки наукове співтовариство завжди виступало авангардом такого пізнання, то зрозуміло, що перші наукові розвідки щодо дослідження форм соціального буття інших народів робили саме вони. Не стала винятком і юридична наука. Враховуючи практичні інтереси широкого кола споживачів наукових пошуків — політиків, бізнесменів, громадськості, юридична наука, зокрема яка діяла на пострадянському просторі, почала посилено вивчати правові системи, які колись конкурували.

Серед них, у першу чергу, великий інтерес викликали англійська та споріднена з нею американська правові системи — основні члени англосаксонської правової сім'ї, оскільки вони принципово відрізнялися від колишньої радянської правової системи. Головна відмінність між ними, окрім ідеологічної складової, полягала у зовнішніх формах існування

права — джерел права. Як відомо, для соціалістичної системи права єдиним джерелом був нормативно-правовий акт, виданий компетентним органом держави. Для англосаксонської правової сім'ї таким джерелом, у першу чергу, завжди вважався судовий прецедент, тобто рішення суду в конкретній справі, яким повинні були керуватись інші суди при розгляді аналогічних справ.

Друга причина дослідження названої правої сім'ї пов'язана з інтересом до властивої їй, історично відомої правової традиції посиленого захисту прав громадян (підданих) від свавілля спочатку баронів, лордів, а потім і самого короля до часів існування повновладних держав, які в особі своїх посадовців теж дуже часто порушували права громадян. Соціалістична правова система натомість не могла «похвалитися» таким захистом прав громадян. І пояснюється це суттєвими відмінностями функціонування цих двох соціальних систем, без аналізу яких буде важко зрозуміти вихідні принципи появи та існування прав людини і громадянина в англосаксонській правовій сім'ї.

Як свідчить історія, соціальна матерія відповідно до діалектичного закону «боротьби протилежностей» рухається завдяки наявності суперечностей між її суб'єктами, під якими в контексті дослідження розуміються такі феномени, як суспільство та держава. Остання, що є загальновідомим, не виникла одночасно із суспільством, а з'явилася на певному етапі його розвитку. Зокрема, саме в річищі боротьби між суспільством і державою за вивільнення суспільства від тісних обіймів держави та підпорядкування держави суспільству слід шукати корені існування та розвитку такого явища, як права людини і громадянина.

Але перед тим, як конкретно досліджувати тему, слід коротко зупинитися на визначенні поняття «права людини і громадянина». Незважаючи на велику кількість літератури із цього питання, задовільної класифікації не існує. Більшість авторів поділяють усі права на особисті, політичні, економічні (соціально-економічні), культурні. Тоді як з нашої точки зору, зазначені права слід спочатку поділити на права людини та права громадянина. Якщо перші властиві особі з народження, то другі з'являються з появою держави.

До прав людини слід віднести право на життя, свободу, гідність, особисту недоторканність, право приватної власності. До прав громадянина, зокрема політичних, слід віднести право свободи слова, преси, зібрань, право на вибори, право проводити зібрання та маніфестації, право на страйк. До економічних прав громадянина належить право на працю, до соціальних — право на соціальне забезпечення (у випадках непрацездатності —

тимчасової чи постійної), до культурних — право на культурні надбання, які створені як самою особою, так і всім людством.

Як видно з вищенаведеного, зазначені права поділяються як хронологічно, так і змістовно. У першому випадку мається на увазі, що окремі з них виникли в різні історичні періоди, у другому — завдяки різним підходам дослідників при їх класифікації. Між тим для мети дослідження візьмемо узагальнені категорії прав людини і громадянина з акцентом на особистих правах людини та політичних правах громадян, які ще інколи у сукупності називають громадянськими правами.

З моменту своєї появи держава робила постійні спроби підпорядкувати собі суспільство з метою повного володарювання над ним. Це викликало рецидивами прояву генетично першої форми права — права сили, коли сильніші істоти диктують свою волю слабшим. І держава як сукупна істота диктує свої права суспільству, що, зрозуміло, викликає в нього природний спротив. У постійній боротьбі між ними і творилася історія людства, яка знала і приклади хиткої рівноваги між ними, що було характерно для античної доби. Між тим тенденція до домінування завжди була іманентно притаманна такому політичному інституту, як держава. Особливо це було властиво для часів середньовіччя.

Саме в цей час з'являються перші паростки боротьби громадян проти свавілля державної влади. В Англії це знайшло свій вираз у прийнятті на початку XIII ст. Великої хартії вольностей (1215 р.), яка заклала підвалини обмеження королівської влади шляхом введення гарантій особистої свободи підданих королівства. На думку Г. Галлама, «зазначена хартія є головною основою англійської свободи. Все, що досягнуто з часів Великої хартії, є не більш ніж її підкріпленням чи коментарем; і якби зникло все наступне законодавство, то залишилися б риси, що відрізняють вільну монархію від деспотичної»⁹⁶.

Натомість західна традиція захисту прав і свобод громадян набула подальшого розвитку. Так, окрім згаданої Великої хартії вольностей, були прийняті такі нормативно-правові акти: Петиція про права (1628 р.), Акт про краще забезпечення волі підданих та щодо запобігання ув'язнення (1679 р.), відомий також під назвою *Habeas Corpus Act*, Білль про права (1689 р.).

Насамперед зазначені правові документи зафіксували гарантії особистої свободи вільних громадян. Так, наприклад, у ст. 39 Великої хартії вольностей йшлося про те, що ніхто не міг бути позбавлений волі (бути

⁹⁶ Hallam H. View of the State of Europe During the Middle Ages. New ed. — L., 1878. — Vol. II. — P. 326.

ув'язненим або заарештованим), окрім як у випадках законного рішення суду або відповідно до законів країни. Це великий історичний крок з огляду на свавілля, яке допускалося щодо особистої недоторканності підданих з боку влади у часи раннього феодалізму. На думку самих англійських учених, зазначена стаття вже містить у собі і *Habeas Corpus*, і суд присяжних — найбільш дієві механізми проти деспотизму, які міг винайти людський розум⁹⁷.

До речі, зазначений нормативно-правовий акт до цього часу є складовою законодавства Англії.

Взагалі, говорячи про гарантії особистої недоторканності особи, слід наголосити, що судова практика тих часів тільки у випадках звинувачення у скоєнні вбивства передбачала затримання підозрюваного, в інших же випадках — скоєнні менш тяжких злочинів — підозрюваний за наявності поруки відпускався на волю до розгляду справи судом⁹⁸.

З огляду на вищезазначене сучасна українська практика попереднього ув'язнення у випадках, передбачених ст. 115 КПК України, має принаймні надмірно суворий вигляд.

Меті недопущення неправомірного позбавлення волі, навіть короточасного, сприяла також процедура *Habeas Corpus*. Остання полягала в тому, що особа, яка затримувалася за підозрою у скоєнні нею злочину, мала право звернутися до суду з проханням надати їй наказ *Habeas Corpus*. Цей наказ надавав зазначеній особі право бути доставленою до суду тими, хто її затримав, з одночасним наданням доказів її вини у скоєнні злочину. За скороченою процедурою суд розглядав обставини справи і виносив вердикт щодо подальшої долі затриманого: чи залишатися йому під вартою, чи за згодою поручителів буди відпущеним на волю до розгляду справи по суті судом, чи взагалі зазначена особа підлягала повному звільненню⁹⁹.

Наступним кроком у розвитку прав людини і громадянина була Петиція про права. Зазначений акт, продовжуючи традицію Хартії вольностей, зобов'язував короля дотримуватися певних принципів у своїх стосунках із підданими. Так, зокрема, при встановленні податків перший повинен керуватися їхньою згодою, заборонялося брати в борг у підданих проти їх волі, підтверджувалося право вільних людей на особисту недоторканність, а також на їхнє майно у випадку незаконного притягнення

⁹⁷ Macintosh J. History of England. — L., 1876. — Vol.1. — P. 219–220.

⁹⁸ Градовский А. Д. Государственное право важнейших европейских держав // А. Д. Градовский. Собрание сочинений: В 4 т. — Т. 4. — СПб., 1900. — С. 105.

⁹⁹ Абдулаев М. И. Права человека и закон. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С. 68.

до відповідальності. Протилежне було можливе лише за вироком суду або за законами країни.

Інститут *Habeas Corpus* отримав своє подальше вдосконалення у законі, прийнятим Парламентом в 1679 р. — Акт про краще забезпечення волі підданих та запобігання ув'язнення за морем. За влучною оцінкою Г. Галлама. «зазначений акт поклав край тим зловживанням, за допомогою яких уряд та підступні юристи викривляли такий значний привілей»¹⁰⁰. Мається на увазі процедура *Habeas Corpus*, яка з часу прийняття Акта, стала досконалішою та гарантованою з боку закону.

Боротьба суспільства за свої привілеї відносно державної влади в особі короля дійшла свого логічного кінця разом із прийняттям Білля про права у 1689 р. Відповідно до нього Англія ставала конституційною монархією з розширенням повноважень парламенту та відповідним обмеженням влади короля. Таким чином, англійське суспільство внаслідок піввікової боротьби нарешті звільнилося від тісних обіймів держави, яку уособлювала королівська влада, з тим щоб реалізовувати власні потенції розвитку самостійно без посередництва короля. Зазначена подія мала історичний характер, свідчила про відлік нового часу у взаємовідносинах між суспільством і державою, була спробою останнього підпорядкувати собі державу як службовий інструмент реалізації природних прав людини.

Слід також сказати, що велику роль у забезпеченні прав людини і громадянина на території Англії як першоджерело виникнення англосаксонської правової сім'ї відіграло існуюче поряд із загальним правом право справедливості. Якщо під першим розумілося переважно право, яке народжувалося з рішень судів при розгляді конкретних справ, то друге формувалося з рішень лорда-канцлера, який діяв від імені короля та ради, при розгляді скарг та апеляцій на рішення звичайних судів. Цей феномен паралельного існування двох правових систем є рідкісним явищем. Між тим він сприяв саме підвищенню ефективності правового захисту прав підданих, вдосконаленню норм загального права.

Правова система Сполучених Штатів Америки — друга за своїм поширенням серед країн англосаксонської правової сім'ї — за своїм походженням на 90 % є правонаступницею англійської правової системи. Разом з тим в ній наявні елементи інших правових систем, зокрема континентальної Європи. Пояснюється це тим, що американські колонії створили вихідці

¹⁰⁰ *Hallam H.* The Constitutional History of England from the Accession of Henry VII to the Death of George II. — Vol. III. — L., 1881. — P. 12.

з різних країн Європи, а отже, вони залучили до створення власних правових систем знання про чинне в їх країнах законодавство та систему правосуддя. Так, наприклад, законодавство штату Луїзіана сформовано під впливом французьких та іспанських правових систем, законодавство таких штатів, як Техас, Невада, Нью-Мексіко, зазнали «втручання» іспанської системи¹⁰¹. Разом з тим, на думку американських учених, усі зазначені особливості не дають приводу назвати правові системи вищезазначених штатів неанглійськими — ключовими в них все ж таки були англійські моменти¹⁰².

Першим англійським переселенцям в Америку були відомі права і свободи, які їм дарувала Велика хартія вольностей. Саме нею вони, в першу чергу, керувалися, коли виборювали спочатку привілеї, а потім незалежність від англійської корони. Як зазначав з цього приводу колишній голова Верховного суду США У. Бергер, «зазначений документ мав особливе значення для американців у 1776 р., яке полягало в тому, що він був правовим підґрунтям для вимог колоністів про надання їм усіх прав, якими англійці користувалися відповідно до Великої хартії вольностей... Вони вимагали тільки того, що їм законно належало»¹⁰³.

Крім Великої хартії вольностей, на свідомість перших американців також вплинули ідеї народного суверенітету, природних прав, суспільного договору, право на спротив уряду, який порушує права громадян, що були в той час рясно посіяні на благодатне підґрунтя такими великими мислителями, як Джон Локк, Томас Гоббс, Жан-Жак Руссо, Монтеск'є та багатьма іншими. Саме земля Америки в той час виявилася тим місцем, де зазначені ідеї могли бути реалізовані повною мірою.

Це був великий шанс Америки, який вона сповна реалізувала. Необхідність звільнення від опіки британської корони, можливість почати життя з чистого аркуша диктували найкращим представникам переселенців вимогу ідеологічно оформити свої зазіхання на самостійний розвиток поза межами англійської юрисдикції. І саме вищезазначені праці допомогли таким видатним американцям, як Дж. Адамс, Б. Франклін, А. Гамільтон, Т. Джефферсон сформулювати основні положення Декларації незалежності та Конституції США.

Проте ще до прийняття зазначених документів 12 червня 1776 р. була прийнята Декларація прав Віргінії, яку можна назвати Біллем про права. Зазначену Декларацію ще К. Маркс назвав першою декларацією прав

¹⁰¹ *Решетников Ф. М.* Правовые системы стран мира. Справочн. — М.: Юрид. лит., 1993. — С. 168–171.

¹⁰² *Фридмен Л.* Введение в американское право. — М.: Прогресс, 1992. — С. 36.

¹⁰³ *Wright L.* Magna Carta and the Tradition of Liberty. — Wash., 1976. — P. 5.

людини¹⁰⁴. У цьому документі вперше в історії проголошувалося, що всі люди є рівними, незалежними і їм властиві певні невід'ємні права, від яких вони не можуть відмовитися, вступивши в суспільство. А саме: право на життя та свободу, включаючи можливість набувати власність і володіти нею, а також прагнення до досягнення щастя і безпеки та правом володіти ними. Декларація також закріплювала виборчі права громадян, процесуальні гарантії правосуддя, свободу преси, свободу віросповідання та деякі інші. Як видно з вищезазначеного, теоретичним підґрунтям Декларації стала ідея природних прав людини, які їй властиві від народження, а отже, не можуть даруватися державою. Більше того, з точки зору одного з батьків — засновників США А. Гамільтона «держава створюється саме для захисту природних прав людини, а тому не має права зазіхати на них»¹⁰⁵.

Зазначені ідеї були розвинені у Декларації незалежності США. Так, зокрема, в останній стверджувалося, що всі люди створені рівними та наділені Богом певними невідчужуваними правами, до яких належать життя, свобода та прагнення до щастя. Для забезпечення цих прав людьми створюються уряди, що набувають своїх законних повноважень зі згоди тих, ким керують. У випадку, якщо будь-яка форма уряду стає небезпечною для цих цілей, народ має право змінити та заснувати новий уряд, створений на таких принципах і формах організації влади, які йому, як вважається, найкраще забезпечать людям безпеку та щастя¹⁰⁶. Зокрема, в Декларації наголошується, що довгий список зловживань і насильства з боку уряду свідчить про підступний намір примусити народ змиритися з необмеженим деспотизмом і повалення такого уряду та створення нових гарантій безпеки на майбутнє стає правом та обов'язком народу¹⁰⁷.

Таким чином, уперше в юридичному документі були зафіксовані природні права людини, обов'язок держави забезпечувати їх реалізацію та право народу на зміну уряду, який його не влаштовує. З точки зору американського дослідника Сола К. Падоваера для Т. Джефферсона — автора Декларації — було аксіомою, що там, де громадяни не мають права контролювати свій уряд, завжди виникатиме суспільство, в якому вовки керують вівцями¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. — 2-е изд. — Т. 16. — М.: Политиздат, 1996. — С. 17.

¹⁰⁵ История буржуазного конституционализма XVII–XVIII вв. — М.: Наука, 1986. — С. 119.

¹⁰⁶ Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты. — М.: Прогресс, 1993. — С. 25.

¹⁰⁷ Там само. — С. 28.

¹⁰⁸ Падоваер Сол К. Вступление // Т. Джефферсон. О демократии. — СПб.: РесГумана: Лениздат, 1992. — С. 12–13.

Щоб унеможливити подібний розвиток подій, Т. Джефферсон пропонував скористатися такими політичними засобами, як свобода преси та самоврядування народу, які є похідними від природних прав людини. Причому він зазначав, що свобода людини залежить від свободи преси, а свобода преси не може бути обмежена без того, щоб не бути втраченою взагалі¹⁰⁹.

На відміну від Декларації незалежності прийнята у 1787 р. Конституція США не містила окремого розділу, присвяченого правам і свободам громадян. Пояснювалося, зокрема, це тим, що фіксація в тексті Конституції певного переліку прав і свобод, які належать громадянам США, штучно обмежить права, які можуть виникнути в майбутньому, а отже, зробить неможливим їх реалізацію. Зазначалося також, що конституційні принципи розподілу влад є достатніми гарантіями забезпечення прав і свобод¹¹⁰.

Проте не всі поділяли таку думку. Наприклад, Т. Джефферсон вважав за доцільне доповнення тексту Конституції окремим Біллем про права¹¹¹.

У 1791 р. Конгрес США прийняв Білль про права, що складався з 10 поправок до Конституції. Сьогодні вони разом становлять зміст Основного закону Америки. Зазначений Білль містив перелік особистих і політичних прав громадян Америки, які конкретизували та доповнювали права людини, передбачені теорією природного права.

Так, поправка I до Конституції забороняє Конгресу видавати закони, які обмежують політичні права громадян. Зокрема, право на свободу слова, преси, зібрань. Заборонялося також видання законів, які б нав'язували або забороняли сповідувати певну релігію, тобто йшлося про свободу совісті. Поправки II–VI передбачали низку особистих прав громадян і процесуальні гарантії здійснення правосуддя. Зокрема, до особистих прав належало право американців зберігати та носити зброю, яке, з нашої точки зору, є природним правом громадян і похідним від природного права на життя. Як зазначалося вище, право на життя є головним природним правом людини і право його захищати належить самій людині, в тому числі і зі зброєю в руках.

Поправка IV передбачала право особи на недоторканність особи, житла, кореспонденції та майна. Раніше вже зазначалося, який довгий шлях пройшли піддані Англії, щоб забезпечити особисту недоторканність від неправомірних дій державних органів. Тому зрозумілі дії американських громадян з прийняттям окремої поправки, щоб убезпечити себе від свавілля

¹⁰⁹ Там само. — С. 16.

¹¹⁰ Права и свободы граждан в Конституции США и Билле о правах // США: Конституция и права граждан / Отв. ред. И. А. Геевский. — М.: Мысль, 1987. — С. 18.

¹¹¹ Падоваер Сол К. Вказана праця. — С. 17.

власної держави. Зазначене право також являє собою природне право людини на автономність приватного життя, безпеку від держави, якій, виходячи з умов суспільного договору, громадянами делеговані повноваження з управління загальними справами. Внаслідок реалізації подібних повноважень у держави з'являється можливість неправомірних зазіхань на права громадян, особливо у випадках критики з їх боку щодо держави. Тому необхідні спеціальні юридичні механізми, щоб забезпечити безпеку громадян.

Держава взагалі є небезпечною зброєю в руках людства, оскільки вона має в своєму арсеналі постійні важелі впливу на своїх громадян. Останні ж у більшості випадків лише один раз протягом чотирьох, п'яти років мають право висловити свою думку щодо легітимності дій тих чи інших представників влади. А тому введення V поправкою принципів презумпції невинуватості особи у вчиненні злочину до винесення відповідного рішення суду слід розглядати як додаткову гарантію прав громадян від свавілля держави. Зазначена поправка містила вимоги про притягнення особи до відповідальності лише за поданням Великого журі, а також те, що ніхто в кримінальній справі не може бути примушений свідчити проти себе. Протилежне, як відомо, було характерне для середньовічної юстиції.

Також V поправка може розглядатися як конституційна гарантія особи в галузі правосуддя. Так, в її заключній частині йдеться про те, що «ніхто не може бути позбавлений життя, свободи чи власності без належної правової процедури», а остання додатково регулювалася наступними поправками.

Поправка VI до Конституції продовжує традицію додаткових процесуальних гарантій особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. Зокрема, в ній зазначається, що обвинувачений у скоєнні злочину має право на скорий та публічний суд присяжних того штату й округу, де був скоєний злочин; має право бути ознайомленим з обвинуваченням; має право на очну ставку зі свідками, які свідчать проти нього; право на примусовий виклик свідків зі свого боку; на допомогу адвоката.

Вказаний перелік прав обвинуваченого свідчить на користь англосаксонської правової сім'ї в галузі дотримання прав людини в кримінальному процесі. Аналогічні права обвинуваченого згідно з українським кримінально-процесуальним законодавством набагато вужчі. Головною відмінністю виступають право особи знати, в чому її звинувачують, з можливістю допиту свідків обвинувачення, право на примусовий виклик свідків та право на суд присяжних. Останнє є дуже суттєвим привілеєм особи, щоб її справу розглядали рівні їй за статусом громадяни. Цим самим унеможливується порушення прав громадян у кримінальному судочинстві, забезпечуються додаткові гарантії об'єктивності судового розгляду. Рі-

шенням Верховного суду США право обвинуваченого на розгляд його справи судом присяжних визнано фундаментальним правом нарівні з іншими природними правами особи¹¹².

Додатковою гарантією прав громадян від свавілля держави виступає VIII поправка, яка забороняє жорстокі та незвичайні покарання відносно засуджених.

Як відомо, у Сполучених Штатах Верховний суд має право тлумачити Конституцію та слідкувати за відповідністю Конституції законодавства країни. Вище зазначалося, що Верховним судом США вже було сформульовано поняття «фундаментальних» або «основних» прав громадян, виходячи з тлумачення змісту XIV поправки. До таких основних прав Верховним судом головним чином були віднесені особисті та політичні права, передбачені Конституцією та Біллем про права. Проте, враховуючи соціально-політичні, економічні зміни, які відбулися в державі, Верховний суд обґрунтував появу нових прав і свобод, які захищаються Конституцією держави. До таких прав і свобод, окрім уже відомих громадянських прав, він додав такі: права, пов'язані з недоторканністю особистого життя громадян, право на шлюб, право звернення до суду, право вільного пересування та вибору місця проживання, право на участь у виборах та деякі інші¹¹³.

Таким чином, Верховний суд творить право, яке направлено в першу чергу на захист прав людини і громадянина від неправомірних дій державних органів, інакше кажучи, проводить політику пріоритету прав людини над правом держави, тобто робить те, для чого приймалися Декларація незалежності та Конституція США.

Незважаючи на абсолютну цінність фундаментальних природних прав людини і громадянина, в англосаксонській правовій сім'ї існує правова система, де останні зазнають коригування з боку поточного законодавства. І це визнається правомірним, таким, що краще узгоджує індивідуальні права із загальним благом. Мова йде про канадську правову систему. Там лише відносно недавно — у 1982 р. — була прийнята Хартія прав та свобод. За оцінкою канадських науковців, вона сприяла прогресу в галузі дотримання прав людини¹¹⁴. Але не у спосіб, притаманний американській конституції, що розглядає індивідуальні права громадян як абсолютні, яких держава повинна неухильно дотримуватися.

З точки зору канадської Хартії індивідуальні права, тобто права людини і громадянина є скоріш доповненням до прав та обов'язків держави.

¹¹² Абдулаев М. И. Вказ. праця. — С. 129.

¹¹³ Там само. — С. 130.

¹¹⁴ Маклахлин Б. Канадская Хартия и демократический прогресс // Право быть человеком. Понимание прав человека: Сборн. переводов. — Мн., 2000. — С. 6.

Кожний індивід має права, але вони, безумовно, взаємно обмежуються, а ще більше — суспільним благом. Отже, мова йде про те, що в окремих випадках реалізація громадянами своїх прав може зашкодити загальним інтересам усього суспільства. Для виправлення такої ситуації Хартія передбачила окремі винятки, коли положення законодавства продовжують діяти навіть у випадках, коли вони суперечать певним абсолютним правам. Такий виняток отримав назву «положення, що діє, незважаючи ні на що»¹¹⁵.

Другий виняток, відштовхуючись від передбаченої розділом 1 Хартії норми щодо того, що Хартія гарантує задекларовані в ній права та свободи в розумних межах, передбачених законом, допускає відхід від індивідуальних свобод заради більшого блага, яке міститься в законодавчих актах, прийнятих парламентом.

Практика Верховного суду Канади містить приклади, коли певні законодавчі акти визнаються такими, що хоча і обмежують права людини, але роблять це в розумних межах, а отже, є правомірними з точки зору Хартії. Так, зокрема у 1990 р. Верховний суд Канади дійшов висновку, що закон, який передбачає кримінальну відповідальність за розпал ворожнечі та ненависті, обмежує гарантовану Хартією свободу слова, проте таке обмеження є розумним і виправданим з огляду на інтереси більшості. Аналогічне рішення, прийняте у випадку, коли парламент визнав злочинним виробництво та розповсюдження порнографічної продукції. Стверджувалося, що подібна заборона також обмежує гарантовану Хартією свободу слова. Між тим судом було визнано, що таке обмеження є виправданим у демократичному суспільстві, оскільки розповсюдження порнографії провокує насильство, призводить до деградації та дегуманізації¹¹⁶.

Подібна практика містить раціональне зерно. Здійснення особою індивідуального природного права повинно обмежуватися інтересами всього суспільства, відповідати його моральним засадам. Так, наприклад, існуючий у деяких країнах західної Європи дозвіл на одностатеві шлюби може розглядатися як зазіхання на фундаментальні засади буття людини у світі.

Що стосується останнього винятку з дії Хартії, то, на наш погляд, воно є найменш логічним та доцільним порівняно з першими двома. Йдеться про те, що у ході розгляду кримінальних справ дозволяється отримувати показання свідків із порушенням положень Хартії. Зазначене може призвести до суттєвих порушень прав підсудних, що зокрема визнають і самі канадці¹¹⁷.

¹¹⁵ Маклахлін Б. Вказ. праця. — С. 9.

¹¹⁶ Там само. — С. 11.

¹¹⁷ Там само.

Таким чином, оцінюючи канадську Хартію прав та свобод порівняно з іншими аналогічними документами — англійським загальним правом з його Хартією вольностей та Біллем про права та американською Конституцією з її основними десятима поправками, слід сказати, що перша символізує собою новий погляд на природні права людини і громадянина в змінених умовах існування людства, зокрема західної півкулі. Фундаментальні природні права та свободи людини і громадянина дійсно є базисом існування людства у фізичному та духовному вимірах. Проте абсолютизація певних прав і свобод громадян може призвести до порушення балансу між інтересами особи та суспільства.

Справедливим є те, що протягом багатьох віків люди відстоювали свою незалежність та гідність від свавілля будь-кого — інших людей або держави. Проте, завоювавши певні перемоги в цій боротьбі, окремі з них почали зловживати своїми правами. Таким чином, канадська Хартія прав та свобод є певною відповіддю на ці зловживання, які становлять загрозу для загальної безпеки суспільства (духовної, фізичної, моральної).

Отже, підбиваючи загальні підсумки, можна сказати, що англосаксонська правова сім'я характеризується сталою традицією захисту прав людини і громадянина, що пройшла тривалий шлях розвитку та вдосконалення. Правові інститути загального права, законодавча практика цих країн стоять на сторожі особистих прав людини та політичних, економічних, соціальних прав громадян. Разом з тим поступово відбувається процес адаптації цих прав до вимог сьогодення. Як позитивний крок слід оцінити новацію у правотворчій та правозастосовній практиці України — появу Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р., який вперше дозволив застосування судами України рішень Європейського суду з прав людини як джерела права. Таким чином, уперше для України судовий прецедент поряд з нормативно-правовими актами визнаний джерелом права. Зазначене дає можливість громадянам України сподіватися на високі стандарти захисту прав людини і громадянина подібно до аналогічного захисту в країнах англосаксонської правової сім'ї.

2.4. Розвиток і функціонування правової системи США

Правова система США формувалася під впливом юридичних традицій Англії, вона має генетичний зв'язок з англійським загальним

правом, її структура багато в чому збігається зі структурою загального права. Тому правові системи Англії та США можна віднести до однієї правової сім'ї.

Разом з тим американське право пройшло довгий історичний шлях становлення і розвитку, протягом якого воно набуло специфічних рис та особливостей, характерних саме для нього.

Історія формування правової системи США поділяється на етапи.

Перший етап пов'язаний зі створенням і розвитком британських колоній на американському континенті. Його початок слід віднести до 1607 р., коли англійськими переселенцями було засновано форт Джеймстаун. Перші колонії (Вірджинія, Плімут, Массачусетс) були суто комерційними підприємствами, їх правовий статус визначався колоніальними хартиями, які являли собою своєрідні договори між Британською короною та акціонерами тієї чи іншої компанії. За рішенням англійського суду (яке було прийнято у Лондоні в 1608 р. у так званій «справі Кальвіна»), в усіх колоніях, що засновані шляхом окупації, повинно було діяти англійське загальне право «тією мірою, якою його норми відповідають умовам колонії». Це останнє застереження і стало тим підґрунтям, на якому поступово склався американський варіант англійського загального права.

На становлення американського права значною мірою вплинув той факт, що серед перших поселенців майже не було юристів. Тому навіть за наявності щирого бажання колоністів продублювати систему англійського права було б неможливо. Як зазначає відомий американський автор Л. Фрідмен, колоніальне право тих часів було схоже на правову систему, створену людьми, які зазнали корабельної аварії. Ця система складалася з трьох частин: елементів старих законів, які вдалося згадати, нових законів, створених під впливом нагальних потреб соціально-економічного розвитку, і правових елементів, сформованих під впливом релігійних поглядів поселенців. Звичаї та традиції місцевого населення (індіанців) при формуванні колоніального права до уваги не бралися, вони ігнорувалися як нерозвинені та нецивілізовані.

Система американських судів була значно простішою порівняно з відповідною англійською системою. Колонії були неспроможні утримувати таку кількість королівських, місцевих і спеціалізованих судів, які існували в Англії в XVII ст. Судова процедура була також більш спрощеною і швидкою, що пояснювалося дефіцитом професійних суддів, а також тим фактом, що поселенці не мали достатньо грошей, щоб здійснювати тривали та виснажливі судові процеси.

Слід взяти до уваги також і те, що, крім 13 англійських колоній, на американському континенті, існували колонії, засновані іспанцями, голландцями, французами, в яких право формувалося під впливом відповідних правових систем. Наприклад, у голландській колонії Нью-Йорк певний час діяло голландське право, у Луїзіані — французьке, у Флориді — іспанське. Крім того, на формування колоніального права впливали й особливості географічного розташування майбутніх штатів. Так, південні колонії більше уваги приділяли землекористуванню, а колонії, розташовані на узбережжі, — питанням зовнішньої торгівлі та морському страхуванню. Все це сприяло появі значних розбіжностей у правовому регулюванні в кожній з колоній.

Другий етап починається з американської революції, наслідком якої стає прийняття Декларації незалежності та виникнення Сполучених Штатів Америки.

Процес прийняття конституцій штатами розпочався у січні 1776 р., коли Нью-Гемпшир прийняв першу конституцію. 10 травня 1776 р. Континентальний конгрес прийняв резолюцію, згідно з якою колоніям було запропоновано створити власні уряди.

Важливою віхою на шляху формування американської правової системи було прийняття 17 вересня 1787 р. Конституції США, яка, безумовно, є видатним політико-правовим актом. Конституція юридично оформила перемогу колишніх колоній над британською Короною та утворення нової суверенної держави. Унікальність документа полягає в тому, що Конституція США залишається чинною до сьогодні. За більш ніж двохсотрічну історію її існування до неї було внесено лише 27 поправок.

Конституція Сполучених Штатів закріпила федеративну форму державного устрою, проголосила принцип розподілу влад, чітко визначила систему державних органів і політичних інститутів суспільства. Спираючись на ідеї природного права і суспільного договору, автори американської Конституції намагалися встановити межі повноважень федеральних органів у їх взаємовідносинах як зі штатами, так і з громадянами; ці межі були уточнені в перших 10 поправках, прийнятих через два роки після набуття чинності Конституцією, які відомі під назвою Білль про права або Декларація прав американських громадян.

Національна правова система створювалася внаслідок впливу старих штатів на нові, поширюючись зі Сходу на Захід. Коли населення будь-якої новозаселеної території досягло 60 тис. вільних поселенців, федеральний Конгрес повинен був прийняти цю територію як новий штат на рівних правах з колишніми штатами. Новостворені суб'єкти федерації

при формуванні власних правових систем спиралися на місцеві умови та використовували досвід правового регулювання, накопичений іншими штатами¹¹⁸.

Третій етап розвитку правової системи США веде відлік від громадянської війни 1861–1865 рр. та триває до наших часів. Цей етап характеризується посиленням централізації правового регулювання завдяки діяльності Конгресу та Верховного суду США.

Одним із наслідків громадянської війни було прийняття нових поправок до Конституції, в яких, зокрема, йшлося про те, що законодавчі, виконавчі та інші органи штатів не можуть порушувати або скасовувати конституційні права громадян. На кожний штат покладалася обов'язок забезпечити рівний захист будь-якої особи, яка підпорядкована його владі. Було також скасовано рабство та закріплено право голосу чорношкірого населення.

Наприкінці XIX ст. у Сполучених Штатах починається рух за уніфікацію законодавства. У 1892 р. було створено Національну конференцію уповноважених з уніфікації права штатів, яка рекомендувала штатам схвалити близько 200 проектів законів. Цей напрям правотворчої діяльності було продовжено і в XX ст. Так, у 1952 р. штатам було запропоновано Єдиний торговельний кодекс, а у 1962 р. — Примірний Кримінальний кодекс.

Значного поштовху розвитку правової системи США надав Новий курс Президента Ф. Рузвельта. Саме в цей період (30-ті рр. XX ст.) почалася інтенсивна законодавча діяльність Конгресу та легіслатур штатів. Щорічно Конгрес ухвалював до 900, а легіслатури штатів — до 30 тис. законодавчих актів.

Швидке зростання кількості федеральних законів та актів делегованого законодавства викликало необхідність здійснення систематизації нормативно-правових актів. У 1926 р. було створено Звід законів, який періодично оновлюється та раз на шість років перевидається.

Таким чином, можна констатувати, що правова система США протягом тривалого історичного розвитку набула своєрідних і унікальних рис, які роблять її самостійним і неповторним явищем на правовій карті світу.

Значний вплив на американське право справили правові системи колишніх метрополій (Англії, Іспанії і Франції). До особливостей правової системи США належить і федеративний державний устрій, що призвів до існування дворівневої структури права та законодавства (федеральне право і право штатів). Їх співвідношення достатньо чітко регламентова-

¹¹⁸ *Еволюция современного буржуазного государства и права* / В. К. Забигайло, О. В. Зайчук, А. Н. Мироненко и др.; Отв. ред. В. К. Забигайло; АН УССР Ин-т государства и права им. В. М. Корсикого. — К.: Наук. думка, 1991. — С. 157–185.

не. Повноваження федерації визначається в Конституції США у виключному порядку. Все те, що не вказано у федеральній Конституції, належить до компетенції штатів. Як вважає В. Остром, «якщо розглядати американський федералізм як великий експеримент зі встановлення порядку в людському суспільстві, то його відмітна риса полягає у висуванні альтернативи теорії суверенітету. Демократія спирається на більшість різнобічних суспільств, які функціонують як самокерований колектив і покладаються на підтримку і допомогу діючих одночасно та частково тотожних механізмів управління»¹¹⁹.

На сьогоднішній день федеральне право має цілісну структуру (воно утворює Звід законів США). Основні правові інститути американського законодавства дуже схожі на аналогічні англійські. Як і в Англії, у США немає поділу права на публічне і приватне, а галузевий поділ на федеральному рівні має умовний характер. Однак на відміну від Англії діють численні модельні кодекси та примірні закони. При використанні законодавства застосовується розвинена інформаційна система. Під сильним впливом соціологічної школи в юриспруденції в практику впроваджуються правові експерименти. Американське законодавство за своєю сутністю вже сильно відрізняється від англійського. Перш за все, воно більш уніфіковане. З 1892 р. діє Національна конференція уповноважених з уніфікації законодавства штатів. Її штаб-квартира знаходиться у Чиказькому університеті. Основна мета конференції — розробка модельних законів. Із середини XIX ст. в окремих штатах були прийняті кодекси, які містили багато нормативних актів. Однак конференція має і численних супротивників. Юристи-практики пропагують ідею створення консолідованих актів, тому що вони глибші та можуть включати прецеденти.

Вивченням ефективності дії законодавства займається Інститут американського права. На федеральному рівні вже давно створено Звід законів США, який складається з 50 розділів. Крім нього, діє Звід федеральних управительських нормативних актів, які видаються Президентом США та федеральними центральними органами державного управління. Достатньо чітко врегульовані й механізми контролю за компетенцією федерального правління і влади штатів. Сучасні дослідники зазначають, що головна роль у цьому процесі згідно з Конституцією США відведена суду. Найявне правило передбачає, що «у випадку виникнення колізій норм федерального права і норм права окремих штатів, у тому числі й конституційних, судові органи повинні застосовувати загальнофедеральні норми,

¹¹⁹ *Остром В.* Смысл американского федерализма. — М.: Прогресс, 1993. — С. 69.

якщо вони підпадають під розділ перерахованих чи зрозумілих конституційних повноважень»¹²⁰.

Саме суд, виходячи з конкретної ситуації, визначає факт порушення суб'єктивного права та відновлює справедливість. Крім того, маючи можливість не тільки застосовувати закони, а й тлумачити їх, судді фактично «створять право», корегуючи його у відповідності з духом часу. Можна казати про «живе право», яке має значну гнучкість. Саме це дозволило відомому американському досліднику Л. Фрідмену умовно порівняти право з містком через річку. Соціологічна юриспруденція, представником якої є Л. Фрідмен, виходить з того, що «міст — це метафора для права та правової системи. Громадські сили у великому суспільстві створюють їх, крутять і вертять, тягнуть і штовхають. Проте створена система, яка сама стає частиною суспільного життя. Одного разу зайнявши своє місце, система починає справляти свій вплив на суспільство, на те, як ми живемо, як думаємо, як відчуваємо. Цей незалежний вплив правової системи не означає, що соціальна теорія неправильна. Ця правова система не автономна, не незалежна від суспільства. Вона не є системою самою для себе, ізольованою від життя суспільства»¹²¹.

Виходячи з панування соціологічного напрямку (в його різних модифікаціях) в американській юриспруденції, можна з впевненістю стверджувати, що саме суспільні відносини та динаміка їх розвитку визначають стан та еволюцію правової системи США. Ніякого пієтету стосовно «права в книгах» нам віднайти не вдалося. Але є й інші підходи до сутності права. Так, один з видатних дослідників Г. Берман дотримується інтегративного підходу до природи права. Відповідно до його погляду «сама актуалізація права є його найбільш суттєвою ознакою. Якщо визначити право як діяльність, як процес законотворення, судового розгляду, правозастосування та інших форм надання правового порядку суспільним відносинам через офіційні та неофіційні моделі поведінки, то його політичний, моральний та історичний аспекти можуть бути об'єднані»¹²².

Як уже зазначалося, у Сполучених Штатах історично склалася дуалістична система джерел права — прецедент та законодавство, причому порівняно з Англією законодавство у США відіграє значно більшу роль. Суддівська правотворчість продовжує зберігати свій вплив на функціонування правової системи, але у своїй діяльності суди так чи інакше користу-

¹²⁰ Боботов С. В., Жигачев И. Ю. Введение в правовую систему США. — М.: Норма, 1997. — С. 86.

¹²¹ Фрідмен Л. Введение в американское право. — М.: Прогресс, 1993. — С. 209.

¹²² Берман Г. Вера и закон: примирение права и религии. — М.: Ad Marginem, 1999. — С. 343.

ються чинним законодавством, особливо щодо конституційних положень. На відміну від країн романо-германської системи, де завжди намагалися чітко розмежовувати такі поняття, як «правотворчість» та «тлумачення норм права», у Сполучених Штатах юридичне тлумачення фактично є продовженням законотворчості. Суди штатів і Верховний суд США у процесі тлумачення відповідних конституційних положень мають можливість досить суттєво розвивати їх і навіть формулювати нові конституційні принципи, які не містяться у тексті Конституції штату або федеральної Конституції.

Законотворчість у Сполучених Штатах відбувається на двох рівнях — на рівні штатів та на рівні федерації. Досить важливим моментом є розмежування законотворчих повноважень між центром і штатами. Американська Конституція визначила, що федеральна влада має право приймати закони лише в чітко визначених сферах. Згідно з X поправкою до Конституції «повноваження, не надані Конституцією Сполученим Штатам та не заборонені для окремих штатів, зберігаються відповідно за штатами або за народом». Таким чином, усі інші питання, що прямо не віднесені до повноважень федеральної влади, знаходяться у компетенції штатів. Це, зокрема, сімейне, спадкове, договірне і деліктне право, земельне та страхове право тощо.

Слід пам'ятати й про те, що правова система США постійно розвивалася в напрямі все більшої централізації. Цьому значною мірою сприяла практика Верховного суду, який у своїх рішеннях неодноразово вказував, що суди в штатах повинні вирішувати справи не просто відповідно до Конституції або законів штату, а й згідно з «верховним правом країни», тобто з федеральним правом. Одним з інструментів розширення компетенції федерації стало так зване «торговельне застереження», згідно з яким федеральна влада має право видавати закони, що регулюють торгівлю між штатами. Оскільки економічні зв'язки між штатами постійно розвивалися та ускладнювалися, це дало можливість Конгресу США приймати закони з більшого кола питань, формально не виходячи за межі своїх повноважень.

Разом з тим практика Верховного суду Сполучених Штатів останніх років свідчить про те, що він розпочав зворотний рух у напрямі захисту прав штатів. Так, в одному зі своїх рішень 1999 р. Верховний суд підкреслив, що Конгрес, здійснюючи законотворчу діяльність, не повинен поводитися зі штатами як з адміністративними відомствами, він повинен поважати їх суверенітет.

Легіслатури штатів (за винятком штату Небраска), на зразок Конгресу США, мають двопалатну структуру. Законопроекти, як правило,

подаються одночасно в обидві палати для прискорення процедури прийняття закону.

Розглянемо процедуру прийняття законів Конгресом США.

Суб'єктами права законодавчої ініціативи визнані лише окремі парламентарії. Більше того, в палатах Конгресу США заборонено колективну законодавчу ініціативу, хоча ніхто не може перешкодити кільком конгресменам і сенаторам запропонувати ідентичні біллі. Президент США безпосередньо не може ініціювати законопроект, але він має декілька можливостей реалізувати свої законодавчі наміри:

1) може діяти через довірених депутатів, які внесуть відповідний законопроект за власною ініціативою;

2) може звернутися з посланням до Конгресу, в якому окреслюються позиції Президента з тих чи інших проблем;

3) може запропонувати конкретний законопроект голові Палати представників або голові Сенату, які спрямовують його до одного з постійних комітетів. І хоча Конгрес за регламентом не зобов'язаний розглядати подібні проекти, але за звичаєм голова відповідного комітету пропонує розглянути його від власного імені.

Законодавча пропозиція спрямовується на розгляд до відповідного комітету. Комітет вирішує, заслуговує дана пропозиція розгляду чи ні. Комітети Конгресу інколи називають «законодавчими кладовищами», оскільки дуже багато законодавчих пропозицій не можуть здолати цієї стадії.

Якщо комітет приймає рішення розглядати пропозицію, то він може провести слухання, для того щоб інформувати конгресменів про характер і зміст майбутнього закону. Після цього законопроект редагують і спрямовують у палату.

Для того, щоб законопроект було прийнято до порядку денного Палати представників, він повинен бути вписаний у календар дебатів Комітетом з процедурних питань. Потім законопроект обговорюється, до нього вносяться поправки та відбувається голосування. Закони приймаються простою більшістю голосів членів кожної палати.

При прийнятті акта однією палатою він повинен бути схвалений в тому ж варіанті іншою палатою. Якщо цього не відбувається, представники від кожної палати збираються у комітеті та намагаються дійти згоди. Якщо згоди досягнуто, то акт більше не підлягає змінам і має бути прийнятий цілком в обох палатах.

Після прийняття закону Конгресом він спрямовується для промудрації Президенту. Президент протягом 10 днів після передачі акта до Білого дому може використати право вето. Вето може бути накладено лише

на закон у цілому, а не на окремі його положення. Акт набере чинності тільки якщо вето буде подолане голосуванням в кожній з палат кваліфікованою більшістю (2/3) голосів. Таким чином, Президент США має досить суттєві важелі впливу на законотворчий процес. Як свідчить практика, число випадків, коли вето Президента було подолане, не перевищує 6 %.

Ще ефективнішою зброєю Президента є так зване кишенькове вето. Воно використовується тоді, коли акт приймається наприкінці сесії Конгресу. У цьому випадку мовчання Президента протягом 10 днів прирівнюється до вето, яке не може бути подолане, оскільки Конгрес вже не знаходиться на сесії.

В усіх інших випадках проект стає законом, якщо Президент не накладає вето протягом передбачених для цього 10 днів.

Правотворчість у Сполучених Штатах зазнає значного впливу з боку громадянського суспільства. Наприклад, Асоціація американських адвокатів підготувала Зразковий закон про підприємницькі корпорації, який не є нормативно-правовим актом у прямому значенні, але набув широкого визнання ділових кіл США. На його зразок були створені закони про корпорації в 35 штатах.

За кількістю вищих навчальних закладів та кількістю студентів, що навчаються в них, США, безперечно, займають перше місце у світі. У 1995 р. у США налічувався 3501 вищий навчальний заклад, у тому числі 1548 державних і 1953 недержавних.

Залозичивши в кінці XIX ст. європейську систему освіти, США трансформували, модернізували її й створили свою багаторівневу, переважно університетську систему вищої освіти.

Найнижчий рівень вищих навчальних закладів у США — дворічні коледжі, які відповідають за рівнем українським середнім навчальним закладам. Таких коледжів — 1382, у тому числі 958 державних і 424 недержавних. Дворічні коледжі бувають двох типів: технічні, так звані «молодіжні», і більш популярні — місцеві коледжі. Місцеві коледжі, на відміну від технічних, не тільки навчають професіям, а й пропонують програми академічної підготовки, що відповідають першим двом курсам університету. Випускники місцевих коледжів, які отримали ступінь *Associate Degree*, мають нагоду перевестися в університет із заліком пройдених у коледжі курсів на основі системи накопичення академічних кредитів.

Середній рівень вищих навчальних закладів — чотирирічні коледжі, так звані загальноосвітні, які в цілому за статусом можна прирівняти до наших інститутів. Їх налічується 1963, у тому числі 496 державних і 1467 недержавних.

Провідний рівень серед вищих навчальних закладів посідають університети, яких налічується 156, у тому числі 94 державних і 62 недержавних. В університетському секторі вищої школи навчається 40–45 % усіх студентів.

Система вищої освіти США, на відміну від української, повністю децентралізована. В Америці відсутні організації, які були б аналогічні Міністерству освіти і які б розробляли для вузів єдині освітні програми і стандарти, правила та умови прийому до вузів. Усі ці питання регулюються самими вузами, зокрема, ними встановлюються певні критерії відбору абітурієнтів, ухвалюються рішення про виділення фінансової допомоги та ін. Як наслідок — високий ступінь автономії вузів.

У США навчання в середній школі триває 12 років. У школах відсутня уніфікована загальнонаціональна навчальна програма, внаслідок чого рівень знань випускників різних шкіл суттєво різниться. Найкращі знання отримують випускники престижних приватних шкіл-пансіонів.

До вузів можуть вступати випускники повних середніх шкіл, які мають диплом про закінчення старшої середньої школи. Зарахування відбувається на підставі результатів проходження системи різних тестів, враховуються шкільні оцінки, у тому числі середній бал з дисциплін, що вивчаються. Значну вагу мають рекомендації викладачів, які особисто знають абітурієнта. Система тестування достатньо різноманітна. Так, вступаючи на бакалаврську програму, як правило, необхідно пройти тест на знання англійської мови TOEFL з результатом не нижче 500–550 балів і тест на перевірку базових знань з основних дисциплін SAT з результатом не нижче 700–800 балів. Вступаючи на магістерську програму, необхідно витримати тест GRE.

Навчання в американських вузах ведеться у три основних етапи: бакалаврату, магістрату і докторантурі.

Навчання на першому етапі, яке завершується здобуттям ступеня бакалавра, розраховано на 4 роки і відбувається, як правило, без будь-якої професійної орієнтації. Відповідно присвоюється ступінь бакалавра мистецтв або бакалавра наук, хоча можливим є й отримання ступеня бакалавра з професійною спрямованістю.

Навчання на ступінь бакалавра відбувається за трьома групами курсів: базові курси, що дають загальну освіту в різних предметних сферах, основні курси і курси за вибором. Протягом перших двох років студенти вивчають в основному базові курси: іноземні мови, гуманітарні дисципліни, природничі науки та ін. Протягом двох останніх років студенти засвоюють основні курси, а також низку курсів за вибором, які доповню-

ють або поглиблюють їхні знання з основних курсів. За чотири роки навчання студент повинен засвоїти близько 30 дисциплін і набрати задану кількість «кредитів», а іноді — мати середній бал з вивчених предметів не нижче певного значення.

Важливою особливістю є те, що, вступаючи до університету, студент зараховується не на факультет або кафедру, а на програму бакалавра. Вибір своєї спеціальності він зможе зробити тільки після першого року навчання, коли набере близько 30 % необхідних для отримання диплома «кредитів», утім квапити студента з вибором не будуть.

Навчання на другому етапі вищої освіти, яке завершується отриманням ступеня магістра, розраховано в середньому на 2 роки для осіб, що мають ступінь бакалавра, і ведеться за програмами, орієнтованими на спеціалізовану практичну діяльність у різних галузях. Магістерська програма є ще більш індивідуальною, ніж програма бакалавра. Близько половини навчального часу залишається на курси за вибором, але вже в межах даної спеціальності. За час навчання студент повинен вивчити певну кількість дисциплін, скласти іспити, написати дисертацію і в результаті набрати певну кількість «кредитів».

Навчання на третьому (вищому) етапі завершується отриманням вищого наукового ступеня в США — доктора філософії. Воно розраховано в середньому на 3 роки для магістрів і 5 років для бакалаврів. Докторантура припускає спеціалізоване вивчення відповідних курсів із складанням кваліфікаційних іспитів, самостійне наукове дослідження в обраній галузі знань, обов'язкове написання і захист дисертації. Американські університети випускають на рік близько 38 тисяч фахівців із ступнем доктора філософії.

Характерною особливістю американської системи вищої освіти є поступовий перехід від дидактичної системи навчально-виховного процесу, коли викладач традиційно виступає в ролі головного і майже єдиного джерела знань, до індивідуального навчання студента, коли основна увага приділяється здобуттю навичок самостійної роботи, самонавчання, причому обов'язково з урахуванням індивідуальних природних здібностей особи. Для цього широко використовуються індивідуальні навчальні плани, програми для обдарованих студентів, вивчення предметів за вибором, можливість навчання одночасно на двох факультетах або у двох вузах, можливість швидкої зміни профілю навчання, факультету, вузу, значна пріоритетна державна підтримка обдарованих студентів тощо. Внаслідок цього в процесі навчання реалізується формула, що стала вже аксіомою: «Здібна людина робить свою роботу краще за інших, талановита потрапляє

в ціль, коли інші зробити цього не можуть, а геніальна потрапляє в ціль, коли інші цієї цілі навіть не бачать».

Спосіб навчання в американських школах права, відомий під назвою «навчання на конкретних справах», значно відрізняється від методів навчання у Франції або в Англії. Американський студент зобов'язаний прочитати певну кількість судових рішень. На заняттях під керівництвом викладача він викладає прочитане, розповідає про суть справи та формулює запитання з тих питань, які йому незрозумілі. Викладач також ставить студенту запитання, розкриває слухачам співвідношення проблеми, що вивчається, і супутніх проблем, змінює обставини справи, щоб студенти побачили і зрозуміли, як в цьому випадку повинне змінитися і рішення. Вся група бере участь у дискусії, ставлячи питання і висловлюючи свою думку. Метод читання лекцій використовується лише у виняткових випадках. *Case-method* дає хороші результати в американському середовищі, де студент жодною мірою не боїться відстоювати свою позицію перед викладачем і де правова школа має характер технічної професійної школи. Проте цей спосіб навчання піддавався критиці за те, що він надмірно сконцентрований на судових розглядах і особливо — на рішеннях Верховного суду. Останнім часом перевагу набуває клінічний метод, де запитання формулюються так, щоб відповідь студента містила пораду клієнту і припущення про те, як суддя вирішить дану проблему.

Раціонально організованим є контроль знань студентів, який має багатоступеневий характер і, як правило, включає:

- 1) короткі опитування 4-6 разів за семестр на семінарських заняттях;
- 2) письмові іспити 2-3 рази за семестр, що проводяться на лекційних заняттях серед потоків;
- 3) підсумкові семестрові іспити.

Оцінювання пройденого курсу відбувається з урахуванням усіх форм проміжного і підсумкового контролю. Така форма контролю знань стимулює студента до ритмічних занять протягом усього семестру. Американська шкала оцінок побудована за принципом п'ятибальної. Вищою оцінкою є *A*, наступними позитивними оцінками є *B*, *C*, *D*, а непрохідною (незадовільною) оцінкою є *F*. Відсоток незадовільних оцінок достатньо високий. Що ж стосується обов'язкових відвідувань лекційних і практичних занять, то це питання розв'язується кожним вузом автономно. Як правило, більшість вузів вимагає від студентів обов'язкових відвідувань занять, водночас деякі вузи практикують і вільне відвідування.

Дипломи з відзнакою видаються не всіма університетами. Для його отримання необхідно, окрім відмінного навчання, засвоїти також деякі кур-

си, які спеціально оголошуються як курси для дипломів з відзнакою. Так, наприклад, в університеті Берклі для отримання диплому з відзнакою з фізики необхідно вивчити курс теоретичної фізики рівня аспіранта.

Структура посад професорсько-викладацького складу в США має чотири рівні. Першим рівнем є посада інструктора, на яку призначаються випускники університетів з магістерським ступенем строком на один рік і з правом подальшого перепризначення. Наступним рівнем є посада асистента професора, на яку призначаються особи з докторським ступенем строком на три роки і з правом повторного призначення. Другий трирічний термін для даної посади є останнім. Якщо подальша робота асистента професора визнається безперспективною, йому пропонують підшукати собі інше місце роботи, якщо ж асистент зарекомендував себе досвідченим педагогом і активним дослідником, він призначається на наступну посаду — асоційованого професора. Після приблизно десяти років успішної роботи асоційований професор може посісти більш високу посаду — посаду повного професора.

Вища професійна освіта в США оцінюється як одна з найефективніших у світі. Разом з тим за низкою показників освіта США відстає від освіти Франції, Німеччини, Великобританії та Японії. Вища освіта США на відміну від європейських країн має сильну орієнтацію на ринок. Дотепер не розв'язана проблема державного контролю над якістю освіти, акредитацією вузів займаються неурядові організації, наприклад, Акредитаційна комісія коледжів і університетів США.

Американські університети в суспільній свідомості розділяються не на приватні і державні, а на престижні і неprestижні. Із 3501 вузу в 1995 р. елітними вважалися лише 104, тобто близько 3 %. Елітність вузу позначається абсолютно на всіх аспектах його функціонування. Конкурс до таких вузів не буває меншим ніж 10-12 осіб на місце. Вартість навчання в них може у декілька разів перевищувати вартість проходження аналогічної програми в звичайному вузі. На їх частку припадає більшість наукових досліджень і присуджуваних докторських ступенів. Рівень державного фінансування освітніх програм і наукових досліджень також диференційований залежно від ступеня престижності вузу. Диплом, отриманий, наприклад, в Йельському, Гарвардському або Принстонському університетах, надає їх володарю не тільки гарантію подальшого працевлаштування і пошани в суспільстві, а й значно вищий рівень прибутку.

Призначення на всі суддівські посади у федеральних судах здійснюється Президентом США за згодою Сенату, який вправі відкинути запропоновану Президентом кандидатуру. До кандидатів на посаду федеральних

суддів ставляться високі вимоги як у професійному, так і в етичному плані (великий досвід роботи як адвоката чи юрисконсульта університетського професора, бездоганна репутація тощо). Федеральні судді призначаються на свої посади довічно і можуть бути змінені лише в результаті складної процедури імпічменту. Магістрати, що працюють при окружних федеральних судах, призначаються на свої посади судами на восьмирічний термін або на 4 роки, якщо вони виконують свої обов'язки за сумісництвом.

Діяльність судової системи США значною мірою залежить від того, якою політичною силою (демократами чи республіканцями) призначено суддів до Верховного суду США. Можна сказати, що від складу Верховного суду залежить читання Конституції США у відповідних історичних умовах, залежить те, як буде розтлумачене те чи інше положення Конституції, і, як показала судова практика Верховного суду США другої половини ХХ століття, від такого тлумачення залежить не лише громадянський мир, а й нерідко — життя громадян та їхня свобода. Зауважимо, що президенти США прагнуть призначати суддів, які дотримуються близьких до їхніх поглядів, однак не завжди можливо визначити, яких поглядів дотримуватиметься суддя, який отримує посаду судді у Верховному суді довічно.

Судова система США є різнорівневою. Судочинство здійснюється як єдиною федеральною судовою системою, так і судовими системами 50 штатів, федерального округу Колумбія і чотирьох федеральних територій.

Компетенція судів штатів є абсолютною, тоді як до компетенції федеральних судів належать лише ті справи, щодо яких Конституція США або федеральні закони визнають федеральні суди компетентними. З-поміж них, перш за все, розгляд кримінальних справ щодо злочинів, передбачених федеральним законодавством, цивільних справ про позови до федеральної влади і про спори, що виникають у зв'язку із застосуванням федеральних законів або між громадянами, які проживають у двох різних країнах, якщо при цьому сума позову перевищує 10 тис. доларів.

Загалом, розмежування компетенції являє собою складну проблему, внаслідок цього юридична практика виробила складні механізми і правила розмежування компетенції. В окремих випадках громадянин має право вибирати між судом штату і федеральним судом, а у справах, в яких ідеться про тлумачення чи застосування норм федерального права або наявне «федеральне питання», особа може оскаржити у федеральному суді рішення суду штату. Саме тому понад 90 % справ розглядаються судами штатів.

Залежно від історичних умов та розмірів штатів у них діють двоступеневі (суди першої інстанції та вищий судовий орган) і триступеневі (суди першої інстанції, апеляційні суди і вищий судовий орган) системи судів.

Суди загальної юрисдикції, як правило, розглядають у першій інстанції кримінальні справи про всі злочини, передбачені законодавством штату, крім незначних кримінальних правопорушень, та цивільні справи незалежно від суми позову (за винятком компетенції спеціалізованих судів). Вони у деяких випадках можуть слугувати апеляційною інстанцією для судів обмеженої юрисдикції (муніципальні, міські або поліцейські суди, суди графств, суди загальних сесій), які розглядають справи про незначні злочини, за які передбачені штраф або короткострокове позбавлення волі, та цивільні справи з невеликою сумою позову.

Суди проміжної юрисдикції (в тих штатах, в яких судова система є триступеневою) розглядають скарги на рішення судів першої інстанції та інших судових установ. В окремих штатах такі суди розглядаються як відділення верховного суду штату¹²³.

Чільні суди штату розглядають переважно апеляційні скарги на рішення нижчих судів. У справах особливої складності або при безпосередньому звертанні до них вони можуть бути першою інстанцією. Верховні суди штатів тлумачать конституції штатів, а розглядаючи скарги на рішення адміністративних органів — тлумачать законодавство.

Для багатьох штатів характерною є наявність судів спеціальної юрисдикції: податкові суди, суди із земельних спорів, суди у справах про спадкування, суди з претензій до влади штатів, суди у справах неповнолітніх, суди із справ про порушення правил дорожнього руху тощо.

Федеральна система судів складається з окружних судів, апеляційних судів та Верховного суду США.

Окружні суди розглядають у першій інстанції кримінальні та цивільні справи, що підпадають під компетенцію федеральних судів. При окружних судах функціонують федеральні магістрати та суди у справах про банкрутство. Рішення останніх можуть бути оскаржені в окружному суді.

Апеляційні суди розглядають скарги на рішення окружних судів, на постанови адміністративних органів. В окремих випадках вони можуть бути першою інстанцією. Апеляційний суд федеральної юрисдикції розглядає скарги з митних і патентних справ.

Судова система очолюється Верховним судом США, який розглядає скарги на рішення нижчих федеральних судів і судів штатів, якщо у справах ідеться про «федеральне питання», скарги про скасування постанови суду, який визнав закон штату чи федеральний закон таким, що

¹²³ Порівняльне правознавство: Навч. посібник / За заг. ред. О. Н. Ярмиша. — Х.: Вид-во Харківського національного університету внутрішніх справ, 2006. — С. 53–57.

суперечить Конституції США; на роз'яснення щодо провадження у цивільній чи кримінальній справі.

У першій інстанції він розглядає справи між штатами, із позовів, стороною яких є посол іноземної держави та інші¹²⁴.

У системі судів існують спеціалізовані суди: Претензійний суд, до компетенції якого належать позови приватних осіб і організацій до уряду на суму понад 10 тис. доларів про відшкодування збитків, внаслідок порушення договорів; Суд із зовнішньої торгівлі; Податковий суд.

Конституційний контроль в США має дисперсний характер — здійснюється судами загальної юрисдикції.

2.5. Правова система Канади (сутнісні риси та етапи розвитку)

Сучасна Канада входить до групи англо-американського (позаєвропейського) права, яка формувалася під впливом системи англійського загального права.

Своєрідність сучасної правової системи Канади значною мірою пояснюється особливостями її історичного розвитку і національного складу населення. Територія майбутньої Канади освоювалася в XVI–XVIII ст. переселенцями спочатку з Франції, а потім і з Англії, які принесли правові норми і звичаї своїх країн. У 1763 р. після тривалого англо-французького суперництва, що нерідко призводило до озброєних зіткнень, Канада стала британською колонією, на яку були повністю поширені англійські закони. Проте одна з її провінцій — Квебек, де переважали вихідці з Франції, залишилася прихильною французькому праву. Значними є особливості в правовій і частково судовій системі Квебека.

Як і в усіх британських колоніях, у Канаді утвердилася система англійського загального права, відповідно до якої вирішення судів вищого рівня, не тільки місцевих, а й британських, отримують обов'язкову силу судового прецеденту. Більше того, у Канаді застосовуються і певною мірою зберігають самостійне значення норми так званого права справедливості, що вироблялося у рішеннях Суду канцлера в Лондоні у XV–XIX ст. і що діяло паралельно з нормами загального права (після скасування Суду канцлера в період судової реформи 1873–1875 рр. норми ці були в Англії включені до системи загального права).

Ухвали канадських судів упродовж тривалого часу підлягали оскарженню в Судовий комітет Таємної ради в Лондоні. Ця практика в кримінальних

справах була скасована у 1933 р., в цивільних — у 1949 р. Проте раніше ухвалені рішення Судового комітету, що тлумачать англійські закони і норми загального права, які діють в Канаді, як і раніше мають обов'язкову силу. Нині вирішальна роль у забезпеченні єдності системи загального права в країні належить Верховному суду Канади. У свою чергу вирішення судів провінцій обов'язкові для нижчих за рівнем судових інстанцій.

Законодавча влада в Канаді довгий час належала парламенту: колоніальна влада лише видавала ухвалені в метрополії закони, якщо вони не суперечили місцевим умовам. З 1867 р., коли Канада отримала статус домініону, почала набувати самостійного значення система власних законодавчих актів, що видаються канадськими властями. Повноваження останніх істотно розширилися за Вестмінстерським статутом 1931 р. Проте лише з виданням Конституційного закону 1982 р., що остаточно закріпив державний суверенітет країни, було встановлено, що жодний подальший акт британського парламенту не матиме сили в Канаді.

Федеральний устрій країни зумовлює розмежування законодавчої компетенції між парламентом країни і законодавчими зборами провінцій (ці питання нерідко ставали предметом гострих конфліктів, особливо у 1960 рр.). У винятковій федеральній компетенції перебуває 27 питань, зокрема регулювання економіки, торгівлі, мореплавства і рибальства, законодавство щодо питань грошового звернення і банків, патентів та авторського права, шлюбу і розлучення, кримінального права й кримінального процесу. У компетенції влади провінцій знаходяться питання, що мають місцевий характер (муніципальні установи, податки на провінційні потреби тощо), а також освіта й виховання, відправлення правосуддя в провінціях, цивільний процес.

З 1918 р. у країні функціонує Федеральна комісія з правової реформи, серед обов'язків якої — спостерігати за станом законодавства і вносити пропозиції щодо його вдосконалення. Одночасно була утворена Постійна конференція з уніфікації, яка періодично обговорює «модельні» проекти законів, що рекомендуються всім провінціям для подолання істотних розбіжностей у їх законодавстві, насамперед у питаннях цивільного і торговельного права¹²⁵.

Закони, що знов видаються в Канаді, публікуються у щорічних збірках «Статути Канади» (з 1867 р.), «Статути Альберти» (з 1906 р.) тощо. Збірники законів у переглянутих виданнях (федеральних і окремих провінцій) публікуються, як правило, кожні 10 років.

¹²⁴ Політико-правові системи світу: Навч. посібник. — К.: Знання, 2006. — С. 59–84.

¹²⁵ Скакуи О. Ф. Вказ. праця. — С. 572, 573.

Дослідження у сфері права здійснюються на юридичних факультетах 20-ти університетів, що знаходяться в найбільших містах Канади (Монреаль, Оттава, Торонто та ін.). На розвиток юридичної науки та судової практики помітно впливають праці англійських і американських юристів¹²⁶.

Джерелами права є:

- закон, який видається канадським парламентом;
- норма права справедливості, створена Судом справедливості лорда-канцлера в Лондоні в XV–XVI ст.;
- прецедентна норма англійського загального права. Прагнення канадських судів затвердити свої рішення як національні прецеденти тривалий час зазнавало опору з боку Великої Британії. Рішення канадських судів підлягали оскарженню Судовим комітетом Таємної ради в Лондоні. На сьогодні система канадського загального права є самостійною і забезпечується єдністю Верховного суду Канади та вищих судів провінцій, яким підпорядковані всі нижчі судові інстанції. Не втратили значення та увійшли до складу канадського загального права рішення англійських судів, прийняті раніше у результаті тлумачення чинних у Канаді англійських законів і норм загального права.

Лише з 1982 р. Канада одержала можливість самостійно видавати закони. Був затверджений двопалатний парламент із широкими повноваженнями, у тому числі законотворчою функцією. Раніше закони створювалися британським парламентом. Конституційний закон 1982 р. встановив, що з цього часу жодний акт британського парламенту не матиме сили в Канаді.

Оскільки Канада є федеративною державою, законодавчі повноваження в ній поділені між парламентом (регулювання економіки, торгівлі, мореплавання, грошового обігу і банків, патентів і авторського права, кримінального права і процесу та ін.) і законодавчими зборами провінцій (податки, освіта, виховання та ін.).

Канада, як і Англія, не має єдиної кодифікованої конституції. Конституцію Канади замінюють конституційні акти: Квебекський закон 1774 р., Конституційний закон 1791 р., Закон про об'єднання Канади 1840 р., Закон про Британську Північну Америку 1867 р., Конституційний закон 1982 р.

Кодифікація цивільного і торговельного права здійснюється лише в провінції Квебек, яка розвивалася під впливом французького законодавства. Квебекський Цивільний кодекс 1866 р. в основному відтворив структуру Цивільного кодексу Франції 1804 р.

Чинний Цивільний кодекс Квебеку, що підтверджує культурну і правову самобутність провінції, набрав чинності 1992 р. Він розроблявся з початку 1960 рр., приймався розділами (наприклад, другий розділ про сімейне право введений у дію в 1981 р.). Разом із голландським Цивільним кодексом він є одним із найдосконаліших за структурою.

Цивільний процесуальний кодекс Квебеку 1965 р. поєднав основні риси цивільного процесу французької моделі та процедури розгляду цивільних справ, правил оцінки доказів англійського загального права. В інших провінціях Канади створюються не кодекси, а законодавчі акти, що регулюють значні правові інститути. Загальнофедеральним є Кримінальний кодекс 1955 р., що встановив заборону на застосування кримінальних покарань за діяння, які не зазначені в ньому, але передбачені нормами загального права.

Проблема захисту прав людини була і залишається актуальною сьогодні навіть у розвинених країнах, зокрема в Канаді. Сучасні держави відчувають нестачу інституцій, які могли б демократично забезпечити вплив соціальних груп з різними інтересами на суспільний розвиток. Цей процес закономірний тому, що в Канаді, де дискримінація за останні десятиліття почала розглядатися як загроза суспільству в цілому, а не тільки як утискання прав індивідуума, безперервно відбувається вдосконалення механізму захисту індивідуальних і колективних прав громадян, а також соціальних груп.

Захист прав людини у Канаді належить до питань сумісного відання провінцій і федерації, сфера діяльності останньої обмежена. Для відновлення порушеного права в провінціях Канади діють ради з прав людини — автономні структури, що є агентствами при міністерстві багатонаціональної культури і прав людини.

Перший етап розвитку законодавства з прав людини в Канаді, як і в багатьох інших країнах західної демократії, відноситься до кінця 40-х — початку 50-х років XX ст. У 50-ті рр. в переважній більшості провінцій Канади вже було відповідне законодавство. Спочатку воно було направлене на захист громадян лише від расової та релігійної дискримінації. Недосконалість цих законів полягає в тому, що механізм захисту будувался за правилами кримінального процесу. На постраждалого покладалося не тільки збирання доказів факту дискримінації, а й доведення дискримінаційного мотиву в діях порушника.

На зміну цим законам прийшли федеральні та провінційні закони, метою яких стало впровадження принципу справедливості в трудових відносинах і при оренді житла. В основу механізму захисту прав людини від

¹²⁶ *Правові системи стран мира. Энцикл. справ. / Отв. ред. А. Я. Сухарев. — М.: Норма, 2001. — С. 305, 306.*

дискримінації була покладена вже цивільно-правова модель відшкодування шкоди, а на відповідні державні служби покладений обов'язок надавати постраждалим допомогу при виявленні ознак дискримінації та її усуненні. Цими законами були також розширені підстави дискримінації: вони почали охоплювати стать і вік, зокрема було проголошено право чоловіків і жінок на рівну оплату при виконанні однакової роботи.

Подальша еволюція законодавства з прав людини в Канаді і практики його застосування відбувалась у таких основних напрямках. По-перше, консолідувалися статуси, що надають захист від дискримінації з різних підстав і у різних сферах соціального і суспільного життя. По-друге, безперервно розширювалося коло підстав обмеження прав, які законодавець і суди почали вважати дискримінаційними. З роками до кола дискримінаційних підстав почали включатися інвалідність, сімейний стан людини, а в подальшому — і її сексуальна орієнтація. По-третє, в провінціях і на федеральному рівні були створені спеціальні адміністративні органи, так звані комісії (ради, комітети) з прав людини, для позасудового і досудового вирішення суперечок у фактах дискримінації громадян. Такі органи існують не тільки в Канаді. В антидискримінаційному законодавстві держав, що належать до сім'ї загального права, часто передбачається створення спеціальних комісій, що здійснюють нагляд за дотриманням принципу рівноправ'я громадян у різних сферах, а також надають кваліфіковану юридичну допомогу постраждалим особам. До них належить Комісія з цивільних прав у США, американська комісія із забезпечення рівних можливостей при працевлаштуванні, Комісія з расової рівності у Великобританії тощо¹²⁷. Проте на відміну від Канади, де такого роду комісії розглядають широкий спектр суперечок за фактом дискримінації громадян (що кореспондує консолідованості канадського законодавства про права людини), названі вище комісії інших країн загального права спеціалізуються на розгляді лише окремих видів дискримінаційних суперечок. Канадський досвід свідчить, що в житті нерідко має місце акумуляція дискримінації: дискримінація людини має місце не тільки, наприклад, за кольором шкіри або національністю, але одночасно і за віком, статтю, інвалідністю тощо. Так, при прийомі на роботу відмовляють самотній матері, яка має малолітніх дітей і до того ж є інвалідом.

¹²⁷ Богдановская И. Ю. Правовая защита личности от дискриминации на основании национальной принадлежности // Государство, право и межнациональные отношения в странах западной демократии. — М., 1993. — С. 124–134; Васильева Т. А. Средства защиты прав человека в странах Запада // Конституция РФ и совершенствование механизмов защиты прав человека. — М., 1994. — С. 163–169.

На відміну від судових органів Рада з прав людини вирішує справу не тільки за скаргою, а й розглядає факти, що її стосуються. Чинownik цього органу вирішує, чи поширюється компетенція Ради на дану скаргу; при позитивній відповіді чиновник зобов'язаний провести розслідування і зібрати докази. У ст. 13 Закону про права людини закріплено перелік підстав відхилення скарги. Скарга може бути відхилена, якщо:

- 1) питання перебуває поза юрисдикцією Ради;
- 2) питання може бути ефективніше вирішене у разі застосування іншого закону і відповідно іншим органом;
- 3) скарга є незначною або подана зі злим наміром;
- 4) скарга заснована на фактах більше ніж шестимісячної давнини (хоча у Ради є право продовжити цей термін).

В окремих випадках у позивача є можливість вибору альтернативного механізму захисту. Наприклад, якщо наймач не дає жінці відпустку у зв'язку з вагітністю та пологами, то тим самим він порушує одразу два закони — про права людини і про стандарти у сфері праці (*Employment Standards Act*). Отже, вона має право звернутися до Ради з прав людини або в комісію з вирішення трудових суперечок, що створюється відповідно до колективного договору. В останньому випадку жінці не треба обґрунтовувати факт дискримінації, що досить зручно для неї. Інша справа, якщо дискримінаційне положення міститься в самому колективному договорі. Тут є підстава для звернення до Ради з прав людини.

Наступною стадією буде вживання заходів щодо примирення сторін, де чиновник Ради виступає як посередник. При невдалій спробі посередництва між сторонами Рада створює трибунал для вирішення даної справи.

Ухвалене Радою рішення складається з двох частин: перша стосується захисту прав індивідуума, друга — колективних прав. У разі задоволення скарги, встановлення фактів дискримінації Рада з прав людини рекомендує відповідачеві усунути причини і наслідки дискримінації. При встановленні фактів систематичної дискримінації відповідача зобов'язують регулярно складати звіт та інформувати Раду про заходи, що вживаються.

Безперечними плюсами системи захисту прав людини в Канаді є:

- 1) створення державних програм, що приймаються в масштабах провінцій, а іноді і країни, по урівненню прав і можливостей тих або інших соціальних груп і верств населення;
- 2) звернення до Ради з прав людини не виключає можливості особи звернутися з аналогічною скаргою і вимогами до суду і до уповноваженого з прав людини (омбудсмена);

3) складання скарги в Раді, а також збирання доказів посадовою особою даного органу і сам розгляд справи не вимагають від заявника будь-яких витрат;

4) широка мережа пропаганди прав і свобод людини та законодавства у цій сфері розгорнена по всій країні;

5) ведення державними, громадськими організаціями постійного моніторингу за станом дотримання прав і свобод людини та законодавства в цій галузі у кожному населеному пункті, в кожній установі, на кожному підприємстві¹²⁸.

До недоліків механізму захисту прав людини можна віднести відсутність розробленої нормативної бази поняття «дискримінація». Справа в тому, що лише Закон про права людини провінції Квебек наводить визначення цього поняття, законодавство інших провінцій орієнтується на федеральну Хартію прав і свобод людини і громадянина Канади (1982 р.).

Ст. 10 цього Закону закріплює, що кожний має право на повне і рівне визнання і здійснення прав і свобод людини без відмінностей, винятків і переваг, заснованих на расі, кольорі шкіри, статі, сексуальній орієнтації, цивільному статусі, релігії, політичних переконаннях, мові, етнічному або національному походженні, соціальних умовах або залежно від інвалідності. Дискримінація має місце, коли такі відмінності, винятки або переваги мають своїм результатом анулювання або ослаблення таких прав.

У світовій практиці цивілізованих держав пряма дискримінація громадян, що належать до тієї або іншої соціальної групи, — явище не таке поширене. Інша справа непряма дискримінація, що має численні відтінки і форми. Отже, не тільки теоретичний, а й практичний, а точніше — методологічний інтерес становить дослідження практики канадських органів, що розглядають спори за фактом порушення прав людини, механізм виявлення непрямої дискримінації громадян.

Найбільш ефективним способом захисту колективних прав у Канаді вважається покладання на підприємства, організації та установи обов'язку надавати регулярні звіти про дотримання Закону про права людини. У цьому питанні Канада запозичує досвід США, де подібні звіти повинні надавати всі підприємства з числом працівників більше 100 осіб. У Канаді такого роду звіти можуть бути встановлені обов'язковими для підприємства, організації або установ рішенням за фактом порушення ними колективних прав громадян при розгляді скарги Радою з прав людини.

Вельми поширена й інша, превентивна в своїй основі практика: при укладанні контрактів про державне замовлення тій або іншій корпорації до них включається пункт, що зобов'язує корпорацію регулярно звітувати про дотримання нею прав людини.

У канадському суспільстві поширюється ідея про те, що такого роду зобов'язання — про дотримання прав людини — повинні гарантуватися підприємцями при отриманні ними ліцензії та дозволів на право здійснення певного виду діяльності.

Доповнюють цю практику державні програми, що приймаються у масштабах провінцій та іноді в країні в цілому, щодо узгодження прав і можливостей тих або інших соціальних груп, відносно яких є великий ризик дискримінації. В результаті таких програм, наприклад, у будь-якому національному парку можна взяти інвалідний візок напрокат, а в аеропортах функціонує особлива система транспортування інвалідів та їхнього багажу прямо до крісла в літаку тощо.

Отже, правова система Канади, незважаючи на певні недоліки щодо регламентації рівності та заборони дискримінації людини в правах, поєднує такі найважливіші загальноприйняті світовою спільнотою принципи та цінності як пріоритет прав людини, законність, справедливість та ін.

¹²⁸ *Полешина С. В.* Права человека и их защита (опыт Канады) // Государство и право. — 1996. — № 10. — С. 103–108.

Сучасні вітчизняні та зарубіжні вчені-дослідники, безумовно, приділяють певну увагу розвитку та функціонуванню права Європейського Союзу, що обумовлено тими змінами та зрушеннями, які відбуваються в політичному житті, правовому полі та соціальному середовищі внаслідок інтеграційних процесів у контексті демократичних перетворень. Проте, як відомо, право — основний стрижневий, але не єдиний елемент (правове явище) в загальному їх об'єднанні — правовій системі. Крім того, правова система — це не механічна сума об'єднаних елементів, а їх зв'язки, взаємовплив, взаємозалежність, взаємообумовленість тощо.

Таким чином, даний розділ присвячений аналізу природи, феномена, сутності функцій, принципів, джерел та значенню правової системи ЄС, яка як ніколи потребує дослідження з метою конструктивних перетворень у національних правових системах, з одного боку, а з іншого — вироблення спільних засад майбутнього правового розвитку європейських держав.

Право Європейських Співтовариств об'єднує правопорядки, що склалися в рамках ДОВС, Є(Е)С, Євратому. Воно формує системоутворювальний правопорядок, який забезпечує інтеграцію європейських співтовариств з метою одночасного забезпечення єдиної європейської правової традиції та національної ідентичності держав-учасниць¹.

Перед тим як перейти до висвітлених фундаментальних категорій права Європейського Союзу, якими є його поняття, принципи, джерела та система, необхідно загострити увагу на базових термінах, використаних при роз'ясненні вказаних категорій.

Першим таким терміном є «право Європейського співтовариства». Він містить сукупність норм, прийнятих в рамках однієї організації — Європейського співтовариства. Право Європейського співтовариства постає як своєрідне «ядро» всієї правової системи, якою є право Європейського Союзу. Це наймасивніший блок правових норм — понад 80 % усіх норм права Європейського Союзу належать до права Європейського співтовариства.

¹ Опішечко Н. М. Правова система Європейського Союзу: сутнісні риси та ознаки / Часопис Київського університету права. — 2008. — № 1. — С. 6–11.

Більш широким поняттям по відношенню до «права Європейського співтовариства» є «право Європейських товариств». Цей термін означає не тільки норми, які прийняті для забезпечення діяльності ЄС, а й норми, які прийняті в рамках двох інших товариств — Євратома та ЄОУС. Поняття «право Європейських товариств» є складовою частиною поняття «право Європейського Союзу».

У вітчизняній науці європейського права для акцентування права Європейських товариств часто використовують інший термін — «комунітарне право». Терміни «комунітарне право» та «право Європейських товариств» є синонімами.

Досить широким поняттям по відношенню до всіх інших, розглянутих в цьому розділі, є поняття «право Європейського Союзу». Цей термін використовується для визначення не тільки «права Європейських товариств», тобто всіх норм, понять у рамках першої визначальної складової, а й норм, прийнятих в рамках Союзу, — загальної зовнішньої політики і політики безпеки, а також у кримінально-правовій сфері — співробітництво поліції та судових органів.

Поняття «право Європейського Союзу» стало використовуватися після створення в 1992 р. Європейського Союзу на основі трьох Європейських товариств. Поняття «право Європейських товариств» і «право Європейських співтовариств» з'явилися раніше і пов'язані з більш ніж 45-річним функціонуванням європейських інтеграційних організацій.

Термін «європейське право» з'явилось ще раніше і сьогодні використовується у двох значеннях. У сучасному розумінні це синонім терміна «право Європейського Союзу». У своєму старому розумінні «європейське право» означає конгломерат чинних на території європейського континенту норм, включаючи загальні принципи права, норми національних правових систем європейських країн, а також норми європейського міжнародного права².

Розглядаючи основні терміни права Європейського Союзу, не можна не торкнутися терміна *acquis*. Цей термін перекладається як «досягнення» та використовується для позначення саме правових досягнень Товариств і Союзу. Найчастіше *acquis* використовується у трьох словосполученнях:

acquis communautaire — дослівно «досягнення товариств»; означає весь комплекс норм права Європейських товариств, включаючи прецедентне

² Абдулаев М. И., Комаров С. А. Проблемы теории государства и права. — СПб.: Питер, 2003. — С. 543–538.

право. Є синонімом термінів «право Європейських товариств» та «комунітарне право»³;

acquis de l'Union — дослівно «досягнення Союзу»; був введений у 2001 р. та означає весь комплекс норм, які склалися в процесі діяльності Європейського Союзу. Є синонімом терміна «право Європейського Союзу» та сучасного значення терміна «європейське право»;

schengen acquis — дослівно «шенгенські досягнення»; є синонімом терміна «шенгенське право» та об'єднує сукупність норм, прийнятих у розвиток «шенгенського процесу» та регулювання умов в'їзду та пересування фізичних осіб територією держав-учасниць у цілому, включаючи умови та порядок отримання єдиної візи, а також питання спільної боротьби із злочинністю, у тому числі створення та функціонування для цієї мети єдиної інформаційної системи. *Schengen acquis* є складовою «права Європейського Союзу» відповідно до положень Протоколу про включення шенгенських досягнень в рамки Європейського Союзу, доданого до Амстердамського договору 1997 р.

Шенгенські досягнення (чи угода) охоплюють: Шенгенську угоду про поступове скасування перевірок (1985 р.); Шенгенську конвенцію про застосування Угоди (1985 р.); договори про приєднання нових держав до Шенгенських угод; акти, прийняті виконкомом, упорядковані у відповідності з Конвенцією (1990 р.); акти, прийняті у цій сфері Радою Європейського Союзу, які замінили Шенгенський виконком з 1991 р.; учасники Європейського Союзу за виключенням Ірландії та Сполученого Королівства. Нові держави-члени, які вступили до Європейського Союзу з 1 травня 2004 р., також повною мірою прийняли *Schengen acquis* відповідно до ст. 3 Акта згідно з умовами приєднання (2003 р.). Крім держав — членів Європейського Союзу, в Шенгенських угодах беруть участь як асоційовані члени Ісландія, Норвегія та Швейцарія.

Право Європейського Союзу — це особлива правова система, норми якої регулюються суспільними відносинами, які виникають в ході інтеграційних процесів у рамках Європейських товариств та Європейського Союзу.

Право Європейського Союзу можна розглядати з чотирьох позицій:

- 1) як самостійну правову систему, яка складається з інститутів і галузей;
- 2) як багатогалузеву науку, що вивчає цю систему;
- 3) як навчальну дисципліну;
- 4) як комплексну галузь знань.

³ Петров Р. Поняття «*acquis communautaire*» у праві Європейського Союзу / Право України. — 2003. — № 9. — С. 142–145.

Предметом права Європейського Союзу є суспільні відносини, які формуються внаслідок комплексної інтеграції країн Європейського континенту, що одночасно є результатом та інструментом інтеграційних процесів.

Важливою ознакою права Європейського Союзу є те, що воно не тільки закріплює вже складені суспільні відносини, а й нерідко забезпечує їх розвиток у задалегідь заданому напрямі чи навіть спонукає до створення нових суспільних відносин, яких не існувало раніше.

Тобто право Союзу виникло в результаті інтеграції, перш за все, економічної, розвивається із зростанням різних областей інтеграції та прямо й опосередковано використовується як інструмент, що ефективно обслуговує інтеграційні процеси.

Методи права Європейського Союзу — це методи правового регулювання суспільних відносин правом ЄС та пізнання й аналізу чинного права ЄС, його галузей, науки та навчальної дисципліни.

У рамках права Європейського Союзу як унікальної правової системи формується своєрідний метод регулювання суспільних відносин, який дуже чітко відображає його природу. Так, неодноразово зазначалося, що право Європейського Союзу має риси, схожі з міжнародним і конституційним правом. Для міжнародного права характерним є, перш за все, метод координації інтересів рівноправних і суверенних партнерів⁴. Для конституційного права істотним є метод субординації, передбачений ієрархією конституційних норм. Відповідно, у праві Європейського Союзу спочатку, нерідко з використанням міжнародно-правових механізмів, досягається координація, узгодженість позицій, а потім — уже з використанням державних і наддержавних засобів — здійснюється підпорядкування та реалізація узгоджених раніше угод.

Крім того, в праві Європейського Союзу використовуються ті самі методи регулювання суспільних відносин, що характерні для сучасних держав: методи позитивного обов'язку та заборони; імперативний та диспозитивний методи; колізійні методи тощо.

Сутність права Європейського Союзу — в правовій інтеграції, яка здійснюється між державами-членами, демонструє опосередковане застосування методів гармонізації та уніфікації національних правових норм.

Право Європейського Союзу — це національне право. Внаслідок реалізації інститутами Союзу наднаціональної компетенції правопорядок Європейського Союзу інтегрований в національний правопорядок держав-членів⁵.

⁴ Мухаев Р. Х. Теория государства и права. — М.: Юристъ, 2006. — С. 320–332.

⁵ Муравйов В. І. Наднаціональні інститути в системі органів Європейського Союзу / Часопис Київського університету права. — 2004. — № 3. — С. 105–113.

Водночас право Європейського Союзу має багато спільного і з міжнародним правом. Не може викликати сумнівів те, що первинне право Європейського Союзу становлять норми міжнародного права, які містяться в установчих договорах Європейських товариств та Європейського Союзу. Велику роль при встановленні взаємовідносин між державами-членами з деяких питань, пов'язаних із веденням загальної зовнішньої політики та політики безпеки, а також в ряді інших питань відіграють і принципи міжнародного права.

На відміну від норм національного та міжнародного права, норми права Європейського Союзу не стільки закріплюють відносини, що вже склалися, скільки змінюють, перетворюють їх з метою оптимального розвитку інтеграційних процесів на території Союзу⁶. У цьому випадку право Європейського Союзу постає не тільки як продукт європейської інтеграції, а й як її ефективний інструмент. Право Європейського Союзу є самостійною правовою системою, яка існує разом із міжнародним правом та внутрішньодержавними правовими системами.

Основними суб'єктами права Європейського Союзу є:

- 1) фізичні особи: громадяни Союзу, якими автоматично визнаються громадяни всіх його держав-членів; іноземні громадяни; апатриди (особи без громадянства);
- 2) юридичні особи: юридичні особи, які створені відповідно до законодавства держав-членів; європейські юридичні особи (організації, установи, створені відповідно до законодавства Союзу); іноземні юридичні особи, які здійснюють свою діяльність в межах Союзу;
- 3) держави: держави — члени Союзу; іноземні держави чи треті країни (держави, які не входять до складу Союзу), у тому числі й так звані сусідні держави;
- 4) компетентні органи держав-членів;
- 5) Європейський Союз в цілому та його структурні підрозділи.

⁶ Денісов В. Н., Проценко І. Н. Наближення національного законодавства до права Європейського Союзу — досвід нових членів: Рецензія Кравчук І. В., Паранан М. В. «Гармонізація національних правових систем з правом ЄС» // Юридичний журнал. — 2005. — № 10 (40). — С. 68–69.

Право Європейського Союзу унікально поєднує в собі життєво необхідні для його існування риси. Так, воно є компромісним, оскільки приймається державами-членами за взаємною згодою, а принцип верховенства права спрямований на забезпечення загальних інтересів.

Специфіка права Європейського Союзу чітко проявляється в системі його принципів і джерел.

Принципи права Європейського Союзу — це основні засади даної правової системи, які визначають зміст правотворення, правозастосування та правоохоронної діяльності Союзу в цілому та держав-членів зокрема.

Серед принципів права Європейського Союзу виділяють загальні та спеціальні.

Загальні принципи права Європейського Союзу — принципи, які належать до всієї правової системи в цілому та стосуються будь-яких питань життя Союзу. Загальні принципи права Європейського Союзу можна розділити на три групи: загальні принципи, загальні принципи європейського права, принципи міжнародного права.

Загальні принципи права — це найпростіші фундаментальні категорії, які сформовані та сформульовані ще в римському праві⁷. До них можна віднести, наприклад, принцип правової визначеності, який не допускає зворотної сили приписів, що погіршують становище певних осіб, принцип виключення подвійного покарання за одне й те саме діяння, принцип обов'язковості дотримання договорів. Ці принципи виражають загальні засади справедливості та універсально використовуються сьогодні у кожній розвиненій національній правовій системі, а також у міжнародному праві, незалежно від того, зафіксовані вони чи ні в офіційних або писемних джерелах.

До загальних принципів європейського права належать основні засади, в яких відтворені правові досягнення сучасної європейської цивілізації та які відображені в законодавстві Європейського Союзу та рішеннях Суду Європейських товариств. Важливе значення серед них має принцип поваги прав людини та основних свобод, який закріплений у параграфі 2 ст. 6 Договору про Європейський Союз (1992 р.). Разом з цим принципом у першому параграфі тієї ж статті Маастрихтського договору закріплені інші «загальні принципи конституційного устрою» Європейського Союзу:

- принцип свободи;
- принцип демократії;
- принцип правової держави чи панування права.

⁷ Теория государства и права / Под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: ИД Форум: ИНФРА-М, 2008. — С. 271–293.

До загальних принципів конституційного устрою Європейського Союзу доктрина відносить і принцип рівності, що закріплений у Договорі про ЄС (1957 р.) та Хартії Європейського Союзу про основні права (2000 р.). Цей принцип базується на таких його складових: юридичній рівності, недискримінації за державною належністю, статевій (гендерній) рівності, повазі до культурної, релігійної та мовної різноманітності — і застосовується, де це є припустимим, не тільки до фізичних, а й до юридичних осіб.

До загальних принципів європейського права можна віднести і принципи, які обумовлюють межі компетенції в Європейському Союзі та гарантують невтручання органів влади вищого рівня у справи органів влади нижчого рівня, а також у справи приватних осіб. Ці функції виконують принцип субсидіарності та пропорційності, що зафіксовані у ст. 5 Договору про ЄС.

Насамкінець, загальні принципи європейського права містять групу процесуальних принципів, які забезпечують рівність сторін у процесі, а також ліберальний характер судоустрою. Ці принципи були сформульовані в деяких рішеннях Суду та отримали відображення в Хартії Європейського Союзу про основні права. Серед них — право на ефективне судове оскарження, на юридичну допомогу, на конфіденційність інформації, яка отримана адвокатом чи представником, та ін.

Принципи міжнародного права. Мова йде про норми *jus cogens* у трактуванні, яке наведене в ст. 53 Віденської конвенції про права міжнародних договорів (1969 р.): імперативні норми, що включають загальновизнані норми міжнародного права. Ці принципи, перш за все, відображені в Статуті ООН, інших міжнародних договорах, а також у різних документах міжнародного характеру, наприклад, у Гельсінському акті (1975 р.) чи Паризькій хартії для нової Європи (1990 р.). До них належать принципи незастосування сили чи погрози силою, добросовісного виконання міжнародних обов'язків, мирного вирішення міжнародних спорів, співробітництва, суверенної рівності тощо.

Про визнання цих принципів у праві Європейського Союзу йдеться у преамбулі до Договору про ЄС і ст. 11 Договору про Європейський Союз.

Спеціальні принципи права Європейського Союзу — це основні засади діяльності Європейського Союзу в конкретних питаннях суспільного та правового життя. Спеціальні принципи об'єднують два типи принципів: галузеві й функціональні.

Галузеві принципи права Європейського Союзу діють у рамках конкретної галузі права Європейського Союзу.

Функціональні принципи права Європейського Союзу — це засади права Європейського Союзу як інтегративної правової системи, що визначає її співвідношення з іншими правовими системами держав-членів. Саме ці принципи підкреслюють специфіку права Європейського Союзу як самостійної правової системи. Функціональні принципи були сформульовані в рішеннях Суду Європейських товариств на основі тлумачення положень установчих договорів. До цього типу належить принцип прямої дії та принцип верховенства права Європейського Союзу.

Принцип верховенства права Європейського Союзу з точки зору Суду є логічним продовженням принципу прямої дії.

Принцип верховенства права Європейського Союзу означає, що у випадку колізії його норм і норм національного права держав-членів пріоритету мають норми права Європейського Союзу⁸.

Додатком до функціональних принципів права Європейського Союзу Суд вивів ще два постулати, які доктринально не визнаються принципами, але відіграють суттєву роль у процесах застосування законодавства товариств і Союзу національними судовими органами. Ними є: опосередкована дія права Європейських товариств і відповідальність держав перед приватними особами за недотримання прав товариств. Два ці постулати є логічним продовженням принципу прямої дії.

Під джерелами права в традиційному значенні розуміють зовнішні вирази права, форми закріплення уповноваженими на це органами відповідних правил поведінки⁹. Відповідно джерела права Європейського Союзу — це зовнішні форми вираження його правових норм. Форми права Європейського Союзу створюють цілісну систему джерел з належною для такої системи ієрархією актів. Система джерел права Європейського Союзу має свою специфіку та має три великих розділи: джерела первинного, вторинного та прецедентного права.

Право ЄС має дуалістичну природу, яка зумовлена особливостями механізму утворення ЄС і взаєминами між структурами ЄС і державами-членами.

Подібно до внутрішньодержавного права, насамперед конституційного й адміністративного, право ЄС є результатом формування європейської традиції права, його спадщини; політичні та публічні інституції діють

⁸ Малько А. В., Ныркова В. В., Шундииков К. В. Теория государства и права: Элементарный курс. — М.: Кнорус, 2007. — С. 70–79.

⁹ Проблемы общей теории права и государства / Под общей ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2008. — С. 265–275.

як самодостатні утворення з урахуванням спільності інтересів держав-учасниць¹⁰.

Отже, право ЄС є когерентною системою, яка заснована на солідаризмі держав-учасниць — плануванні їх розвитку та узгодженні політичного курсу в економічній сфері, сфері колективної безпеки, забезпеченні верховенства права, основних прав і свобод, засад вільного демократичного ладу.

Основними цінностями Європейського Союзу є: 1) концептуальні застави, основні досягнення Європейського Співтовариства, які необхідно зберігати та примножувати; 2) основні права і свободи (германська доктрина) — верховенство прав і свобод індивіда, неприпустимість зниження ступеня їх гарантій з мотивів недоліків чи прогалин у законодавстві; 3) солідарність — справедливий і рівномірний перерозподіл між країнами-членами в рамках ЄС; 4) принцип «чотирьох свобод»: свобода руху капіталів; свобода руху товарів; свобода руху послуг; свобода руху робочої сили; 5) визнання національної автентичності країн-учасниць; 6) принцип безпеки та правової безпеки; 7) демократія — гарантії балансу інтересів більшості і меншості, участі народу в управлінні публічними справами.

Серед джерел права ЄС учені-правознавці виділяють як первинні установчі договори, а вторинними називають допоміжні конвенції, акти Співтовариства, загальні принципи права, які формулюються в рішеннях Європейського суду правосуддя.

Договори становлять первинне право ЄС: Договір про об'єднання вугілля і сталі (1950 р.), Договір про Європейське Співтовариство (1957 р.), Договір про Євратом (1957 р.), Договір про злиття (1967 р.), Єдиний Європейський акт (1985 р.), Договір про європейський Союз (1992 р.), а також протоколи до договорів і додатки до них.

Допоміжні конвенції, якщо вони стосуються компетенції Співтовариства або укладені в його контексті, розглядаються як частина права ЄС. Серед них можна виділити Конвенцію про права, що застосовуються до конкретних зобов'язань 1980 р. (Римська конвенція), Конвенцію про юрисдикцію і виконання судових рішень з цивільних, сімейних і кримінальних справ 1968 р. (Брюссельська конвенція).

Акти Співтовариства підлягають обов'язковому застосуванню у державах — учасницях ЄС, тобто мають пряму дію, постають як безпосередньо чинне право: 1) регламенти — мають загальний характер, обов'язкові у повному обсязі, мають пряму дію; 2) директиви та рішення —

мають обов'язковий характер, стосуються тільки адресата, передбачають «свободу вибору форм і методів дії» національних влад; 3) рекомендації та висновки — не мають обов'язкового характеру.

Ієрархія відносин у рамках права Співтовариства часто визначається в самих актах первинного права. Після того, як у Маастрихтському договорі (1992 р.) були проголошені принципи й цілі співтовариств на новому етапі інтеграції, держави-члени визнали за необхідне включити в текст договору статтю, що зобов'язала інститути співтовариств — Європарламент, Раду, Комісію й Суд здійснювати свої повноваження на умовах і з метою, передбаченими в установчих договорах, а також відповідно до цього договору (ст. Е). Таким чином, акти інститутів співтовариств повинні прийматися на основі й на виконання положень, сформульованих в актах первинного права, відповідати критеріям «конституційної» законності співтовариств.

Дієвість цього принципу ієрархії, що має важливе практичне значення, базується на відносинах між первинним і вторинним правом, припускає не тільки підпорядкування одних актів іншим, а й створення цілісної системи правового регулювання. Положення установчих договорів та інших документів, що охоплюються поняттям «первинне право», у більшості випадків сформульовані в загальному вигляді або у вигляді програмних принципів. У зв'язку з цим інститутам співтовариств доручено прийняти відповідні правові акти, спрямовані на те, щоб конкретизувати загальні положення й створити механізми їх реалізації.

Якщо розкривати зміст самого поняття «первинне право», то слід зазначити, що воно охоплює насамперед три установчі договори, на основі яких були створені співтовариства: Паризький договір про ЄОВС (1951 р.) і два Римські договори (1957 р.) — про ЭЕС і Євратом. Установчі договори визначили інститути співтовариств, їх компетенцію, форми й методи діяльності. Вони стали таким чином основою як матеріального, так і процесуального права співтовариств. Не випадково невдовзі після прийняття цих установчих договорів їх почали дедалі частіше зіставляти (порівнювати) з конституціями, а іноді й прямо називати конституційним правом співтовариств. З розвитком співтовариств усе більш помітною ставала провідна роль установчих договорів, які постійно уточнювалися й доповнювалися з урахуванням нових факторів інтеграції.

Разом з установчими договорами в первинне право ввійшли всі наступні договори, що вносили в них зміни й доповнення. Єдиний європейський акт набув чинності 1 серпня 1987 р., внаслідок чого відбулися істотні зміни і були внесені доповнення в установчі договори, але в принципі збереглася

¹⁰ Дробязко С. Г., Козлов В. С. Общая теория права. — Мн.: Амалфея, 2005. — С. 269–278.

колишня правова основа. «Європейські співтовариства, — зазначено у ст. 1, — засновані на договорах, на яких базується Європейське об'єднання вугілля й сталі, Європейське економічне співтовариство, Європейське співтовариство по атомній енергії, і на наступних договорах і актах, що змінюють або доповнюють їх.»

Актом первинного права є Маастрихтський договір (1992 р.), що заснував Європейський Союз «на базі Європейського співтовариства, доповненого сферами політики й формами співробітництва відповідно до цього договору» (ст. А).

Амстердамський договір став ще одним документом, що розвиває й зміцнює принципи інтеграції, закладені ще в 1950-х рр.

Установчі договори й договори, що вносять у них зміни й доповнення, належать до первинного права з усіма додатками, протоколами, деклараціями та іншими супровідними документами.

У цілому, установчі договори та інші акти первинного права являють собою звід не тільки принципів, а й досить конкретних і детальних норм¹¹. Так, логікою побудови установчих договорів є принципи загального ринку, політика в основних сферах інтеграції, організаційна структура співтовариств.

В організаційній частині — це документи, що регулюють різні сторони організації й діяльності інститутів співтовариств, розподіл повноважень між ними.

Актами первинного права є також Договір про злиття 1965 р. (Договір про створення єдиної Ради і єдиної Комісії Європейських співтовариств), а також Рішення про проведення прямих виборів 1976 р. (Акт про ведення загальних і прямих виборів депутатів). До складу первинного права входять і договори про вступ нових держав у співтовариства й у Європейський Союз.

Поняття «первинне право» охоплює також деякі джерела, що належать до так званого неписаного права, їх чинність визначається якісними характеристиками. Це насамперед правові звичаї та традиції, які склалися за десятиліття існування співтовариств. Нерідко звичаї та традиції виникають із політичних документів (заяв, декларацій, програм), які згодом не набувають юридичної форми.

Як уже зазначалося, базовими принципами є принципи, визнані й проголошені в конституціях держав-членів. Це загальні правові цінності людства (загальноновизнані принципи) — норми міжнародного права, особливо

ті, які захищають основні права й волевиявлення людини. Сюди варто віднести загальні принципи процесу — як судового, так і адміністративного.

Суд нерідко звертається до принципів права як до підстави своїх висновків у конкретній справі. Такий підхід закладений у Договорі про ЄЕС:

Суду надане право забезпечувати збереження однаковості співтовариств при тлумаченні й застосуванні норм Договору (ст. 164);

Суд компетентний ухвалювати рішення щодо спорів, на підставі не тільки норм власне Договору, а й правових норм, пов'язаних з його виконанням (ст. 173);

У деяких статтях Договору про ЄЕС визначені прямі посилання щодо загальних принципів права, наприклад, передбачається, що Співтовариство відшкодовує збиток, заподіяний його органами або його службовцями, «відповідно до загальних принципів права» (ст. 215), якщо мова не йде про контракти.

Засади первинного права мають безпосередню дію. Ці норми є безпосереднім джерелом прав і обов'язків для всіх, кого вони стосуються, незалежно від того, йдеться про державу-члена або про окрему людину. Принцип прямої дії стосується також кожного суду, що у межах своєї компетенції покликаний захищати права, надані кожному відповідно до права співтовариств. Що стосується правового статусу самих рішень Суду Європейських співтовариств, то слід зазначити: континентальне право, що діє в переважній більшості країн Європи (на відміну від загального права), дуже рідко визнає прецедент джерелом права. Тому судові рішення Суду Європейських співтовариств посідають особливе місце в системі правових актів співтовариств. Вони не перераховуються в ст. 189 Договору про ЄЕС, в якій розглядаються різновиди правових актів, що діють у рамках співтовариств, але на практиці відіграють важливу роль. Тлумачення права співтовариств визнаються судами держав-членів як загальнообов'язкові.

Поряд з первинним правом у праві співтовариств існує вторинне право, що називається також похідним правом — «сукупність правових актів, прийнятих інститутами й іншими органами співтовариств у відповідності та в рамках своїх правотворчих повноважень»¹².

Сам термін «вторинний» підкреслює, що це право впливає з первинного права, спирається на нього й не може йому суперечити. Обсяг вторинного права набагато більший за обсяг первинного, тому що воно є прямим результатом діяльності інститутів та органів співтовариств.

¹¹ Введеши в право Европейского Союза. — М.: Эксмо, 2006. — С. 71–75.

¹² Право Европейского Союза в вопросах и ответах. — М.: Проспект, 2005. — С. 46–61.

Розвиток інституціональної системи співтовариств, а також масштабів її діяльності визначає постійне зростання обсягу вторинного права¹³. Правотворча активність інститутів співтовариств обмежена певною компетенцією органів, загальними умовами установчих документів і принципами первинного права. Тому будь-яка суперечка щодо юридичної чинності акта вторинного права припускає розгляд насамперед питання про те, наскільки він відповідає первинному праву.

Вторинне право охоплює правові акти як прямої, безпосередньої дії, так і опосередкованої дії. Критерії підрозділу правових актів на ці два різновиди обумовлені в Договорі про ЄОВС і Договорі про ЄЕС. До актів прямої, безпосередньої дії належать регламенти, прийняті Радою й Комісією, відповідно до Договору про ЄЕС. Вони є обов'язковими у всіх своїх частинах і підлягають прямому застосуванню у всіх державах-членах (ст. 189). Така ж правова природа загальних рішень, прийнятих у рамках ЄОВС. У низці випадків у ЄЕС правовими актами прямої дії є директиви, а в ЄОВС — рекомендації, адресовані державам-членам.

Правові акти непрямой, опосередкованої дії — це практично вторинне право. Для його застосування в державах-членах потрібна наявність певних актів національного права. Поступово в рамках вторинного права склалися своя класифікація правових актів. Так, ще Договір про ЄОВС виділяв три види правових актів, що приймалися Вищим керівним органом: рішення, рекомендації, висновки (ст. 14).

Договори про ЄЕС і Євратом виділили вже не три, а п'ять видів правових актів: регламенти, директиви, рішення, рекомендації й висновки (відповідно ст. 189 і 161).

У Маастрихтському договорі була наведена нова редакція ст. 189: «Для виконання своїх завдань Європейська рада діє разом з Радою, Рада і Комісія приймають регламенти, директиви й рішення, дають рекомендації й прикінцеві положення».

Регламент призначений для загального застосування. Він є обов'язковим у всіх своїх частинах і підлягає прямому застосуванню у всіх державах-членах.

Директива обов'язкова для кожної держави-члена, якій вона адресована, але зберігає за національною владою вибір форм і методів дій.

Рішення є обов'язковим у всіх своїх частинах для тих, кому воно адресовано.

Рекомендації й висновки не є обов'язковими.

Якщо розподілити правові акти співтовариств за рівнем ієрархії, то верхній щабель, безперечно, посяде регламент. Його порівнюють із законом у внутрішньодержавному праві. Говорячи про значущість регламенту, можна сказати: «будь-який установчий договір — це регламент».

Шляхом прийняття регламенту вирішуються головні питання в діяльності співтовариств, регламенти є основою правового регулювання їх політики в найскладніших сферах інтеграції, де до того ж співтовариства мають найбільш значні повноваження (аграрна політика, транспорт, валютна політика, митний союз, антимонопольна політика тощо). Саме сукупність регламентів становить умовний образ (дух) конституції співтовариств¹⁴.

Регламенти, як правило, мають порівняно з іншими правовими актами співтовариств найбільш загальний характер, вони адресовані не конкретним органам, установам або особам, а державам-членам, суб'єктам «організація» і «громадянин», сферам інтеграції.

Основні властивості регламенту можна викласти в таких принципах: 1) загальне застосування в державах-членах; 2) обов'язковість застосування в повному обсязі; 3) пряма дія.

Під дію регламенту підпадають державні органи, бізнес, громадяни держав-членів. Загальний характер регламенту не перешкоджає його використанню в конкретних випадках, оскільки регламенти не мають потреби у ратифікації державами-членами; він полягає у включенні в національне законодавство. Регламенти не можуть бути змінені навіть частково ніяким органом держави-члена, вони, діючи безпосередньо, забезпечують єдність і стабільність правопорядку в рамках співтовариств.

Директива являє собою правовий акт, що відрізняється певною специфікою. Це акт, наділений обов'язковою чинністю, однак із примітним застереженням про результат, що повинен бути досягнутий державою-членом. Так, директива адресована певній державі (або певним державам), що мають право вибирати форми й методи її реалізації. Директива активно використовується як форма правового акта в багатьох сферах інтеграції. Її переваги знаходять прояв в «стилі регулювання з активним залученням до процесу регулювання держав-членів».

Що стосується вибору форми реалізації директиви, то він, як правило, залежить від органів співтовариств, але в деяких випадках прямо пропонується первинним правом. Так, Маастрихтський договір, наприклад, у п. 2 ст. 56 передбачає відповідні умови реалізації права.

¹³ Савчин М. В. Порівняльне правознавство. Загальна частина. — К.: Центр навчальної літератури, 2005. — С. 256–275.

¹⁴ Харитонова О. І., Харитонов Є. О. Порівняльне право Європи. — Х.: Одіссей, 2006. — С. 28–37.

Держави-члени беруть участь у процесі виконання директиви, головним чином, шляхом прийняття актів національного законодавства. При цьому вони вільні у визначенні виду власного правового акта й не зобов'язані відтворювати в ньому положення, закріплені в директиві. Головне, щоб були реалізовані мета й завдання директиви.

Найширше застосування директиви мають у сфері гармонізації права співтовариств. Це передбачено Маастрихтським договором. Так, у ст. 100 записано: «Рада за пропозицією Комісії й після консультацій з Європейським парламентом, Економічним і соціальним комітетом приймає односторонньо директиви про зближення таких законів і правових актів виконавчої влади держав-членів, які впливають на створення й функціонування загального ринку».

Рішення схоже з регламентом у тому, що є також обов'язковим. Воно не пов'язане з досягненням певної мети, що властиво директиві, але відрізняється конкретністю й наявністю адресатів норм. Це, як правило, індивідуальний акт, адресований тій чи іншій особі або групі осіб.

Порядок набрання чинності регламентами, директивами і постановами, що прийняті за певною процедурою, яка передбачає участь Європарламенту, пов'язаний насамперед з підписанням цих актів двома вищими посадовими особами співтовариств — головами Європарламенту й Ради, а потім — з опублікуванням в офіційному виданні співтовариств — «Офіційному журналі». Ці правові акти набувають чинності у строк, зазначений у них, а якщо такої вказівки немає — на двадцятий день після опублікування.

Особливу групу актів співтовариств становлять рекомендації й висновки. Їх поєднує загальна ознака: відсутність обов'язкової чинності. У ст. 155 Договору про ЄЕС зазначається, що «Комісія виносить рекомендації або висновки з питань, пов'язаних з даним Договором». Це відбувається у двох випадках: коли Договір прямо передбачає подібні дії й коли так уважає сама Комісія. Про висновки йдеться у ст. 118, що визначає завдання Комісії у сфері соціальної політики: «Із цією метою Комісія діятиме в тісному контакті з державами-членами шляхом проведення досліджень, вироблення висновків і організації консультацій стосовно проблем, що виникають у національних рамках, і проблем, якими займаються міжнародні організації». Таким чином, для вироблення висновків встановлюється лише одна попередня умова — консультації, найбільш важливі з яких проводяться з Економічним і соціальним комітетом.

Порядок подолання колізій між рекомендацією й висновком ані в установчих договорах, ані в наступних актах первинного права не регламентований.

Крім регламентів, директив, рішень, рекомендацій та висновків, інститути співтовариств приймають акти, які звичайно об'єднують поняттям «всі інші акти», або «акти особливого характеру». Вони не перелічені у ст. 189 Договору про ЄЕС, хоча в ньому можна знайти підстави для їх прийняття. Зазвичай «інші акти» мають внутрішнє призначення. Однак ст. 145 Договору наголошує, що Рада має право приймати рішення, і не встановлює ніяких обмежень стосовно їх форми.

Крім писаного права, складовою вторинного права, як і первинного, є неписане право. Це так зване звичаєве право, що має свої витoki як у державах-членах, так і в спільній практиці функціонування інститутів та інших органів.

Якщо вести мову про розбіжності між первинним і вторинним правом, то вони пов'язані насамперед із тим, що вторинне право створюється й розвивається для реалізації цілей, визначених в актах первинного права, і в рамках процедур, ними встановлених. Первинне право, таким чином, є не тільки «критерієм обмеження розвитку» вторинного права, а й джерелом його ідей і цілей. Що стосується ієрархічних зв'язків, то первинне право створюється незалежно від вторинного, тоді як останнє зв'язано нормами первинного права й повинне йому відповідати.

Однак за обсягом масив вторинного права вже значно перевищує порівняно невеликий масив первинного права. Що ж стосується перспектив, то сфера регулювання вторинного права з кожним роком розширюється внаслідок інтеграційних процесів, які ведуть до розширення сфер діяльності співтовариств, наділення їх новими функціями відповідно до підвищення ролі їх права.

Амстердамський договір уніс певні уточнення до класифікації правових актів співтовариств, з огляду на потребу в офіційному визнанні нових видів правових актів, наприклад, міжінституційних угод. Для належного виконання багатьох функцій необхідно було провести розмежування між актами законодавчого й адміністративного характеру.

У цілому, Амстердамський договір не вніс змін у принципову схему класифікації й зберіг сформовану ієрархію правових актів. Так, ієрархія, за Амстердамським договором, має шість рівнів:

- установчі (базові) акти;
- загальні принципи;
- міжнародні договори;
- похідні правові акти співтовариств;
- міжінституційні угоди;
- угоди між державами-членами.

У рамках співробітництва у сфері права Амстердамський договір визначив нову категорію правових актів, що одержали умовне найменування «структурні акти». Вони приймаються Радою й за своєю юридичною чинністю близькі до директив (ст. К. 6 Амстердамського договору).

Амстердамський договір містить також Декларацію про якість підготовки проектів законодавчих актів співтовариств, у якій підкреслюється гостра необхідність удосконалювання всього процесу такої підготовки. Декларація зобов'язує «Європарламент, Раду та Комісію спільно розробити загальні рекомендації, спрямовані на підвищення якості правових актів, а також заходи, що сприяють реалізації таких рекомендацій». Великого значення в цьому контексті надають також дефініціям. Зауважимо, що значення нормативних дефініцій у забезпеченні правової визначеності підкреслюється не тільки на рівні правових систем окремих держав, а й на рівні Міжінституційної угоди між Європейським парламентом, Радою ЄС і Комісією ЄС щодо загальних настанов, спрямованих на забезпечення і якість проектування законодавства Співтовариства від 22 грудня 1998 р. Просте та чітке проектування законодавчих актів Співтовариства є необхідним, оскільки такі акти мають бути прозорими та зрозумілими для громадськості й учасників економічних відносин. Це також є передумовою для належної імплементації та однакового застосування актів законодавства Співтовариства в державах — членах ЄС.

З огляду на зазначене серед загальних принципів нормопроєктування, що містяться у загальній Міжінституційній угоді, вказується, що проекти актів законодавства ЄС мають викладатись ясно, просто та чітко, у термінах і синтаксичних структурах з урахуванням багатомовної природи законодавства ЄС; поняття чи термінологія, специфічна для будь-якої національної правової системи, мають застосовуватись обережно. Термінологія, що використовується в певному акті, має бути стійкою, єдиною як у межах такого акта, так і в усьому масиві вже чинних актів, особливо тих, які стосуються однієї сфери регулювання. Ідентичні поняття мають бути виражені однаковими термінами, наскільки це можливо, без відхилення від їх значення у звичайній, юридичній чи технічній мові. Відповідно до п. 14 Міжінституційної угоди, якщо терміни, що використовуються в акті, не є однозначними, вони мають бути визначені разом в одній статті на початку нормативного акта¹⁵.

¹⁵ Опіщенко Н. М. Механізм зближення національних правових систем в контексті гармонізації правової системи України // Треті юридичні читання: Матеріали Міжнародної наукової конференції 25–26 квітня. — Т. 1. — К.: Вид-во НПУ ім. М. П. Драгоманова, 2007. — С. 25–26.

Як уже зазначалося, у розвитку права співтовариств знаходять прояв як вплив міжнародного права, так і вплив національного права. Однак передача державами-членами всіх своїх нових повноважень співтовариствам, а також практика діяльності Суду Європейських співтовариств, що виходить із міркувань «власного правопорядку співтовариств», підсилюють автономність права співтовариств.

Колізії між міжнародним правом і правом співтовариств виявляються у самому тлумаченні права. Так, якщо в міжнародному праві вихідним принципом є суверенітет держави, а будь-який виняток визначається в розгорнутому обґрунтуванні, то в праві співтовариств запроваджений практично зворотний підхід. Практика Суду Європейських співтовариств свідчить про те, що пріоритет права співтовариств як інтеграційного права являє собою загальноновизнаний принцип, відступ від якого в кожному конкретному випадку потребує серйозного мотивування.

У принципі, право співтовариств, що є автономним правопорядком, підлягає тлумаченню й застосуванню відповідно до своєї власної основи. Але, як підтверджує практика Суду Європейських співтовариств, у тому випадку, коли у ній є прогалини, можливе залучення загальних принципів і норм міжнародного права. Зокрема, Суд визнав, що у сфері захисту прав і основних свобод людини можуть застосовуватися положення міжнародних договорів, учасниками яких є держави-члени: «Міжнародні договори про захист прав людини, в яких беруть участь або до яких приєдналися держави-члени, також можуть містити положення, які варто брати до уваги в рамках права співтовариств».

Всі три співтовариства мають міжнародну правоздатність. Це означає, що вони є суб'єктами міжнародного права та носіями міжнародно-правових прав і обов'язків. Правоздатність співтовариств закріплена всіма трьома установчими договорами співтовариств, однак найбільш широке формулювання міжнародної правосуб'єктності співтовариств зазначено в Договорі про ЄОВС, де не тільки встановлено, що «Об'єднання є юридичною особою», а й закріплений загальний принцип, відповідно до якого «у міжнародних відносинах Об'єднання має правоздатність, необхідну для здійснення своїх функцій і досягнення мети».

Римські договори (1957 р.) практично повторили положення Договору про ЄОВС. Так, у ст. 210 Договору про ЄЕС і відповідно в ст. 184 Договору про Євратом зазначено: «Співтовариство користується правами юридичної особи». Межі правоздатності співтовариств визначені в такий спосіб: «У кожній з держав-членів Співтовариство має найширшу правоздатність, визнану національними законодавствами за юридичними

особами; воно, зокрема, може здобувати й відчувувати майно й виступати стороною в судочинстві» (ст. 211 і 185 відповідно).

У цілому, можна сказати, що в установчих договорах був визначений такий обсяг правоздатності, що є не меншим за обсяг правоздатності юридичних осіб за національним законодавством, особливо у сфері майнових відносин. Такий підхід одержує надалі свій розвиток. Так, у Маастрихтському договорі цивільно-правова сторона правоздатності співтовариств була визнана пріоритетною: «Договірна відповідальність співтовариств визначається законом, відповідно до конкретного контракту»; «У випадку позадоговірної відповідальності Співтовариство щодо загальних принципів права, що діють у всіх державах-членах, відшкодовує збиток, завданий його інститутами або службовцями при виконанні ними своїх обов'язків» (ст. 215, нова).

Правоздатність співтовариств у сфері міжнародного права, що виявляється у відносинах із третіми державами й міжнародними організаціями, визначається параметрами, які закладені в установчих договорах та інших правових актах, що їх змінюють і доповнюють. З іншого боку, міжнародна правоздатність підтверджується або заперечується партнерами — третіми державами й іншими міжнародними організаціями, які визнають її насамперед шляхом висновку за міжнародними договорами, що виражається в обміні дипломатичними представниками, проведенні переговорів та ін. Зокрема, діяльність співтовариств на міжнародній арені регламентується договорами, що стосуються ГАТТ, Європейської зони відкритої торгівлі, режиму морського простору тощо.

Особливу групу становлять договори співтовариств із деякими державами про асоціації.

Маастрихтський договір не вніс ніяких змін у статус співтовариств. Вони залишилися суб'єктами міжнародного права. На відміну від них Європейський Союз не має міжнародної правоздатності. Визначаючи його завдання, держави-члени зафіксували в Маастрихтському договорі тільки необхідність «сприяти затвердженню його індивідуальності на міжнародній арені, особливо шляхом здійснення загальної зовнішньої політики й загальної політики безпеки, включаючи можливе оформлення загальної оборонної політики, що могла б привести згодом до створення загальних чинників оборони» (ст. В).

Отже, щодо співвідношення права ЄС і міжнародного права можна зазначити:

1. Право ЄС виходить із загальновизнаних принципів і норм міжнародного права. Вони не тільки впливають на право співтовариств, а й ви-

знаються чинними у випадку колізій. У своїх рішеннях Суд співтовариств керується тим, що ці принципи й норми мають обов'язковий характер у рамках співтовариств.

2. Положення міжнародних договорів мають обов'язкову чинність. Вони поділяються на дві групи: першу становлять договори й угоди, укладені державами-членами, а другу — договори й угоди, укладені співтовариствами в цілому. Однак відмінностей у юридичній чинності походження договорів не породжує.

Досягнений рівень інтеграції, загальне призначення співтовариств, їх природа й головна мета — усе в цілому характеризує співвідношення права співтовариств і національного права. Для того, щоб правопорядок, установлений у співтовариствах, був раціональним і ефективним, він повинен задовольняти дві умови:

- 1) співвідношення права співтовариств і національного права має відбивати баланс інтересів, які представляють, з одного боку, співтовариства, а з іншого — держави, що належать до них;
- 2) ефективне правове регулювання, ієрархія правових актів і сучасна технологія їх реалізації повинні бути основними критеріями оцінки правопорядку.

Право співтовариств і національне право являють собою два самостійних правопорядки, які однак не тільки не ізольовані, а, навпаки, взаємозалежні й доповнюють один одного. Їх взаємозалежність обумовлена такими факторами:

- 1) право співтовариств створювалося з урахуванням і під прямим впливом національного права держав-членів;
- 2) для реалізації права співтовариств використовуються національні механізми, тоді як прийняття «провідних» правових актів обов'язково враховує судові рішення національних судів та інші складові.

У свою чергу, право ЄС нерідко визначає формат застосування національного права, є стимулятором його розвитку. Крім того, виникли специфічні форми взаємопроникнення права співтовариств і національного права щодо рішень Суду Європейських співтовариств. Так, у відповідності зі ст. 177 Договору про ЄЕС національні суди держав-членів звертаються в Суд Європейських співтовариств за висновком, що роз'яснює, як правило, рішення національного суду у конкретній справі¹⁶.

Під час делегування державами-членами своїх повноважень співтовариствам стали виникати колізії між правом співтовариств і національним

¹⁶ Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — К.: Реферат, 2007. — 640 с.

правом. Для їх усунення необхідно було не тільки визначити принципи легітимності колізій, а й установити відповідну процедуру, однак в установчих договорах питання про співвідношення права співтовариств і національного права практично не розглядалося.

Проте відповіді на багато складних питань, що стосуються співвідношення права співтовариств і національного права, були отримані завдяки практиці Суду Європейських співтовариств, що не раз змушений був самостійно виносити свої оцінки й судження з колізійних питань. Рішення Суду Європейських співтовариств заповнили правовий вакуум, що породжував чимало ускладнень при розгляді конкретних справ. У підсумку саме судова практика сьогодні становить досить важливу частину правового регулювання співвідношення права співтовариств і національного права. Так, у своєму рішенні від 10 жовтня 1973 р. Суд Європейських співтовариств підкреслив два важливих положення:

правовий акт співтовариства (у цьому випадку рішення) має чинність і діє безпосередньо на території кожної держави-члена; за своєю правовою природою й функціями в системі права співтовариств рішення породжує прямі правові наслідки і є підставою для окремих прав, захист яких є обов'язком національних судів;

безпосередня дія права співтовариств припускає, що рішення набуває чинності й породжує права або обов'язки сторін без видання в кожному конкретному випадку акта національного права¹⁷.

У своєму рішенні Суд Європейських співтовариств установив, що «принцип безпосередньої дії права співтовариств» означає, що «правомірно прийнятий правовий акт співтовариства набирає чинності в усіх державах-членах з моменту прийняття й діє, поки не втрачає чинність. Положення правового акта є джерелом прав і обов'язків для всіх, кого вони стосуються, незалежно від того, йдеться про державу-члена або про окремих осіб, які беруть участь у правових відносинах, що виникли на підставі правового акта співтовариств». Подібна дія правового акта співтовариств поширюється й на кожний суд, що у рамках своєї компетенції і як орган держави-члена, покликаний захищати права, надані кому-небудь правовим актом співтовариств.

Суд зазначив далі, що «суддя національного суду зобов'язаний у рамках своєї компетенції застосовувати без обмежень право співтовариств і захищати права тих, кому вони надані». При цьому «суддя зобов'язаний залишати без уваги норми національного права, прийняті раніше або

¹⁷ Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — С. 614–616.

пізніше відповідного правового акта співтовариств, якщо ці норми суперечать праву співтовариств».

Варто розглянути ще один документ Суду Європейських співтовариств — рішення від 26 лютого 1976 р.¹⁸. Щодо питання про застосування права співтовариств Суд у цьому рішенні зазначив, що «свідоме виконання директиви кожною державою є особливо важливим, тому що кошти такого виконання визначаються самою державою-членом. При цьому держава-член не повинна виправдовуватися, пояснюючи, що інші держави запізняються з реалізацією директиви». Відповідальність держави-члена не може бути також послаблена посиланнями на дії того чи іншого державного органу або на існування в національному праві тієї чи іншої норми, що розходиться з положеннями директиви.

Суд Європейських співтовариств не тільки закликав держави-члени додержуватися норм права співтовариств, а й установлював їх відповідальність за невиконання відповідних правових актів співтовариств. Принцип відповідальності держави за збиток, заподіяний тій або іншій особі порушеннями права співтовариств, становить невід'ємну частину правопорядку, затвердженого установчими договорами.

Таким чином, у теорії й на практиці затвердилися два головних принципи, що визначають співвідношення права співтовариств і національного права:

- пріоритет права співтовариств стосовно національного права;
- принцип прямої дії права співтовариств.

Значення цих принципів на практиці полягає в неможливості фізичних та юридичних осіб посылатися на право співтовариств і прагнути його реалізації через суди держав-членів.

Пріоритет права співтовариств стосовно національного права поступово знайшов відображення в конституційному праві держав у загальній тенденції розвитку національних правових систем. Однак шляхи й форми інкорпорації міжнародного права в національне помітно відрізняються в різних системах права.

У країнах континентального права переважає моністичний підхід — право співтовариств розглядається як складова національного права в разі дотримання двох обов'язкових умов:

1) інкорпорація права співтовариств у національне право повинна відбуватися відповідно до порядку, встановленого конституцією даної держави;

¹⁸ Там само. — С. 614–616.

2) визначається тільки те право співтовариств, що прийнято в рамках їх повноважень, тобто вихід співтовариств за межі своїх повноважень позбавляє правові акти суспільств як пріоритету, так і законної чинності.

Країнам загального права, як показує приклад Великобританії, властивий дуалістичний підхід, який означає, що право співтовариств з одного боку і національне право — з іншого є правовими системами, які функціонують окремо, за аналогією з міжнародним правом: міжнародний договір у країнах загального права судами як джерело чинного права не визнається. Щоб досягти цього, необхідний акт національного законодавства. Так, навіть для інкорпорації Договору про ЄЕС у британське право потрібний був спеціальний національний правовий акт, яким став Акт про Європейські співтовариства (1972 р.).

Повна й точна інкорпорація в національне законодавство адресованих йому директив ЄЕС була оголошена в Маастрихтському договорі «основною умовою єдності в процесі європейського будівництва». До Договору була додана Декларація про застосування правових актів Співтовариства, в якій зазначалося, що способи, за допомогою яких його законодавчі положення можуть бути застосовані щонайкраще, визначаються кожною державою-членом з урахуванням власних інститутів, правової системи й інших обставин. Однак у кожному випадку при дотриманні ст. 189 Договору про ЄЕС, що закріплює за його інститутами право приймати регламенти, директиви й рішення, істотною умовою правильного функціонування Співтовариства вважалося врахування, щоб «заходи, які вживають різні держави-члени, забезпечували застосування «законодавства» Співтовариства з такою ж ефективністю, з якою застосовуються їх національні закони».

Розглянені вище питання, безумовно, не охоплюють усіх важливих характеристик правової системи Європейського Союзу. Проте наведений аналіз є необхідним як для подальшого функціонування національних правових систем, так і для узгодження їх розвитку. Дослідження стосуються переважно природи, феномена, функцій, принципів, джерел правової системи ЄС. Значення та сутність правової системи Європейського Союзу потребують подальших монографічних розробок як необхідної складової сучасного демократичного правового розвитку¹⁹.

¹⁹ Хропанюк В. Н. Теория государства и права. — М.: Интестиль, Омега-М, 2008. — С. 186.

Розділ IV

СІМ'Я РЕЛІГІЙНОГО ПРАВА

4.1. Мусульманська правова система

(виникнення та розвиток мусульманського права,
джерела мусульманського права, структура мусульманського права,
місце прав людини у мусульманському праві)

Виникнення та розвиток мусульманського права

Мусульманське право (найчастіше його називають терміном «шаріат») — складова частина соціально-релігійного світогляду ісламу (араб. — «покірність») — виникло в VI–X ст. в епоху становлення феодального суспільства в Арабському халіфаті на Аравійському півострові. Створення цього вчення пов'язане з іменем Магомета (571–632 рр.) — вихідця із незаможної сім'ї, який виступив проти племінного багатобожжя (яке на той час не сприяло єдності арабських племен) та оголосив себе пророком єдиного бога — Аллаха.

До виникнення ісламу населення Аравійського півострова переважно складалося з арабів, які кочували безводною пустелею, жили в умовах первіснообщинного ладу та перебували на стадії розпаду. Особливо помітним цей процес був у Мецці — торговельному центрі, що знаходився на шляху до Візантії. Мекка стояла на початку утворення держави, ламалися племінні перепони, руйнувався общинний лад, у суспільстві відчувалася величезна соціальна напруженість. Усередині племен були створені асоціації багатіїв, бідняки також створювали свої асоціації взаємодопомоги на міжплемінному ґрунті. В одній з них брав участь і Магомет, який нерідко виступав у ролі судді у справах співплемінників. Він заявив, що до нього з'явився посланець єдиного бога, Аллаха, і навчив його жити по-новому.

Роль пророка Магомета в ісламській релігії, цивілізації та праві для мусульман є винятковою, тобто він вважається останнім пророком і посланцем Аллаха на землі, усе, що пов'язане з його особистістю, становить Суну і має безспірний, незрівнянний авторитет.

Магомет народився в Мецці, в торговельному місті в Західній Аравії, в 570 р. Дитинство Магомета не було щасливим: він зовсім не знав свого батька Абдаллаха, а в шість років залишився без матері Аміні; через кілька років помер його дід Абд аль-Муталіб. Тоді його взяв до себе дядько Абу Таліб.

Сім'я Магомета належала до аристократії Мекки, до племені курей, яке розподілялося на десять родів. За своїм родоводом Магомет був пов'язаний із засновником міста. Незважаючи на своє знатне походження, він з юності вів трудове життя, на що є натяк у Корані: «Хіба не знайшов Він тебе сиротою — і дав притулок? І не знайшов тебе загубленим — і направив на шлях? І знайшов тебе бідним і заможним?» (93, 6–8).

Протягом певного часу разом зі своєю першою дружиною Хадиджою він займався торгівлею, потім став приділяти значну увагу молитвам та медитаціям. Зокрема, існує чимало мусульманських переказів про бесіди Магомета з християнськими монахами (Сергієм, Бахирою, Нестором). Це наштовхнуло його на роздуми про таємницю потойбічного світу. Коли йому було близько сорока років, він, за переказами, вперше почув поклик Аллаха, звернений до нього: «Читай! В ім'я Господа твого, який створив людину із згустку. Читай!». Іншими словами, вважається, що близько 610 р. Магомет став отримувати божественні одкровення, після чого він розпочав пропаганду корінних релігійних і соціальних змін. Він передав одкровення Бога в аятах (віршах), з яких пізніше був складений звід релігійних, етичних і правових норм — Коран.

Загалом, реакція жителів Мекки, в основному курейшитів, співплемінників пророка, була негативною та ворожою. Однак Магомет не залишав своєї місії, та за тринадцять років у Мецці у нього створилося невелике коло послідовників. Першою повірила в пророцтва Магомета його єдина на той час дружина, яка була на багато років старшою за нього. Потім повірив, як свідчать перекази, його двоюрідний брат Алі, син Абу Таліба. Згодом ці близькі йому люди померли, і покинутий своєю сім'єю та своїм племенем Магомет спробував знайти підтримку в Таїфі, однак був вигнаний звідти. Лише завдяки заступництву одного курейшита він отримав можливість повернутися до Мекки¹.

Подальша історія виникнення держави і шаріату пов'язана з військовими походами «правовірних» і особливо із завоюванням Мекки. Прихильники старої релігії та пов'язаних з нею порядків і звичаїв спробували чинити збройний опір діяльності Магомета, однак йому вдалося залучити до своєї релігії декілька кочових племен і за їх підтримки створити з їх послідовників об'єднану жорсткою дисципліною 10-тисячну армію. З її допомогою Магомет розгромив своїх противників, був проголошений посланцем Аллаха, а звідси — абсолютним правителем Аравійського півострова. Цей акт означав завершення тривалого процесу становлення

¹ *Массе А.* Ислам. Очерк истории. Перевод с франц. — М.: Наука, 1982. — С. 28–30; *Хашматулла Бехруз.* Исламские традиции права. — О.: Юрид. лит.-ра, 2006. — С. 47–48.

державності в арабів Центральної та Східної Аравії, що розпочався ще задовго до створення общини «правовірних». Відтак виник Халіфат — перша держава, заснована на ісламі. Магомет був намісником Аллаха, засновником і єдиним тлумачем нової релігії, законодавцем і верховним суддею².

Отже, початковим етапом у розвитку мусульманського права можна вважати період становлення ісламської держави.

За переказами, Магомет не ставив за мету створення права у прямому значенні цього слова. Він навчав людей тому, як слід поводитися у життєвих ситуаціях. Скоріше діючи як суддя у своїй общині, Магомет просто застосовував старозавітні настанови і норми звичаєвого права арабських племен, змінюючи їх в окремих випадках. Частина таких рішень знайшла своє відображення в Корані та Суні.

Невід'ємною частиною ісламу є шаріат, що походить від арабського слова «шари'а», яке означає «шлях праведного життя». Це сукупність норм мусульманського права, релігійних та обрядових настанов і правил, що покликані регламентувати не лише поведінку мусульманина в усіх сферах суспільного та особистого життя, а й їх думки та почуття. При цьому практично всі нормативні приписи виходять з ідеї обов'язків людини перед Аллахом, а не з ідеї прав, свобод і гідності людини.

Так, шаріат містить чотири групи приписів: 1) норми, які фіксують релігійну догматику ісламу, тобто те, у що зобов'язаний вірити мусульманин; 2) норми, які закріплюють основи мусульманської моралі та етики; 3) норми, які регламентують відносини віруючих з Аллахом (порядок виконання основних релігійних обов'язків); 4) правила поведінки між мусульманами та немусульманами³.

Шаріат розвивався як суворо конфесіональне право. Особливо на початку шаріат загалом і власне його доктринально-нормативна частина («фікх») увібрали в себе не тільки правові настанови, а й релігійну догматику і мораль. У результаті норми шаріату (правила, розпорядження), з одного боку, регулювали суспільні («людські») відносини, а з іншою — визначали відносини мусульман з Аллахом («ібадат»). Введення в шаріат божественного провидіння і релігійно-етичного початку знайшло своє

² *Чиркин В. Е.* Мусульманская концепция права // Мусульманское право (структура и основные институты) / Отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. — М.: Ин-т гос. и права, 1984. — С. 4–5; *Загальна теорія держави і права: Навч. посібник* / За ред. В. В. Копейчикова. — К.: Юрінком Інтер, 2000. — С. 279–280.

³ *Теорія держави і права. Навч. посібник* / За ред. В. В. Копейчикова. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 326.

відображення в своєрідності розуміння права, а також в оцінці правомірності і неправомірності поведінки. Так, тісний зв'язок права з теологією ісламу знайшов своє вираження у встановленні в шариаті п'яти видів дій мусульманина, які доповнювалися рівною мірою правовим і морально-релігійним значенням: обов'язкові, рекомендовані, дозволені, покарання без застосування, заборонені і такі, що підлягають покаранню.

Норми, що містять також обов'язки, визначали все життя правдивого мусульманина (щоденне здійснення молитви, дотримання поста і правил поховання та ін.). Не випадково особливістю норм, що становлять шариат, є те, що вони застосовуються тільки до мусульман і у відносинах між мусульманами. Ранньому ісламу і шариату були властиві норми, що брали свій початок від общинного ладу, які містили елементи колективізму, милосердя, турбота про калік. Але в шариаті знайшли своє відображення також уявлення про безсилля людини перед богом, про споглядальність і покірність, що звідси випливають. У Корані особливо наголошувалося на необхідності для мусульманина виявляти терпіння та упокорювання: «Терпіть, адже Аллах з терплячими». Таким же чином в шариаті закріплювався обов'язок мусульманина підкорятися халіфу і державній владі: «Коріться Аллаху і коріться посланцю і тим, що мають владу серед вас».

Однією з характерних рис середньовічного мусульманського права була його відносна цілісність. Разом з думками про єдиного бога — Аллаха — утвердилася ідея єдиного правового порядку, що має універсальний порядок. Більше того, виникнувши спочатку на Аравійському півострові, мусульманське право з розширенням кордонів халіфату поширювало свою дію на нові території.

Мусульманське право на перший план висувало не територіальний, а конфесіональний принцип. Мусульманин, знаходячись у будь-якій іншій країні, повинен був дотримуватися шариату, берегти вірність ісламу. Поступово з поширенням ісламу і перетворенням його на одну з основних релігій світу шариат став своєрідною світовою системою права.

Як конфесіональне право шариат відрізнявся від канонічного права в країнах Європи в тому відношенні, що регулював не чітко визначені сфери суспільного і церковного життя, а являв собою всеосяжну нормативну систему, що затвердилася в багатьох країнах Азії та Африки. Згодом норми шариату вийшли далеко за межі Близького та Середнього Сходу, поширилися на Середню Азію, Північну, частково Східну і Західну Африку, на низку країн Південно-Східної Азії. Однак таке бурхливе поширення ісламу та шариату сприяло дедалі більшому вияву в ньому місцевих особливостей і відмінностей при тлумаченні окремих правових інститу-

тів і вирішенні конкретних правових суперечок. Так, згодом із появою і утвердженням двох головних напрямів в ісламі відповідним чином стався розкол у шариаті, де поряд з ортодоксальним напрямом (сунізм) виник й інший — шиїзм, який до теперішнього часу посідає панівне становище в Ірані, а також частково в Лівані та Ємені, незважаючи на те, що шиїти становлять 10 % від усіх мусульман. Протистояння цих напрямів знайшло своє відображення і в правових нормах, що стосуються різноманітних сфер життя держави і суспільства. Так, у шиїзмі передбачається правовий порядок передавання державної влади у спадок, зосередження світського та релігійного авторитету в руках духовних осіб — імамів, які вважаються непогіршеними. Більше того, шиїти визнавали лише ті перекази про пророка Магомета, які сягали часів останнього праведного халіфа Алі⁴.

Етап якісного розвитку мусульманського права хронологічно й об'єктивно відбувся у період правління династії Омейядів (661–750 рр.). У цей час відбулися найважливіші події в історії ісламу та ісламського права. Зокрема, за перші сто років свого існування ісламська релігія поширилася на величезну територію від Атлантичного океану до Китаю. У цей період в Арабському халіфаті відбулися соціально-економічні зміни, що призвело до зміцнення феодалських відносин у народах, що його населяли. Виникла необхідність удосконалення мусульманського права і розробки нових норм, які б адекватно відображали ситуацію, яка склалася на той час. З'явилися чисельні шиїтські та сунітські правові школи («мазхаби»), які справили величезний вплив на подальшу еволюцію мусульманського права⁵.

Отже, прихід до влади Омейядів супроводжувався розколом мусульман на угруповання сунітів та шиїтів. Кожна з цих груп мала свої погляди на питання верховної влади, мала власні критерії. Кожна з них мала довіру лише до тих правознавців, які належали саме до їх групи, і заперечували думки інших, тому досягнення одностайного рішення (іджма), наприклад, стало практично неможливим. Релігійно-політичний розкол мусульман став причиною такого теоретичного хаосу в ісламській ідеології, який виявився могутнім фактором виникнення різноманітних богословсько-правових шкіл-мазхабів. Такий стан підтверджує характеристика релігійно-правових напрямів мусульманського права.

Суніти — (від араб. Ахль ас-Суна) — люди суні. Це послідовники найчисельнішого напрямку в ісламі. На відміну від шиїтів суніти не визнають

⁴ *История государства и права зарубежных стран* / Под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. — Ч. 1. — М.: ИНФРА-М, 1997. — С. 417–420.

⁵ *Хашматулла Бехруз*. Вказ. праця. — С. 57.

ідею про особливу природу Алі ібн Абу Таліба і права його потомків на імамат. Існують також різноманітні відмінності в принципах юридичних рішень, у характері свят, у ставленні до іновірців тощо. Суніти особливий акцент роблять на слідуванні Суні (вчинкам і висловлюванням пророка Магомета), на вірності традиціям, на участі общини у виборі свого голови — халіфа. Сунізм як певний напрям сформувався в XI ст. в ході боротьби з шиїзмом і на протиставлення йому.

Шиїти (від араб. «аш-ши'а» — «адепти», «прибічники», «партія»). Це група мусульман, яка сформувалася після смерті пророка, прибічники якої визнавали законними спадкоємцями і духовними наступниками пророка Магомета лише Абу Таліба та його нащадків (імамів)⁶. Після вбивства Алі шиїти розпочали боротьбу за повернення духовної влади в сім'ю пророка, тобто нащадкам Алі, обґрунтовуючи їх право на владу кровною спорідненістю Алі з пророком та його особистими заслугами, а пізніше стали стверджувати, що сам пророк визначив Алі своїм духовним наступником. Розвиток політичних подій сприяв тому, що релігійно-політичне угруповання шиїтів перетворилося на шиїтський рух з містичним уявленням про верховну владу, про імамів як носіїв «божественної субстанції». Виходячи з божественної природи верховної влади, шиїти заперечували саму можливість обрання імама. Вони відстоювали принцип спадкування верховної влади в роду Алі, посилаючись на численні перекази та алегоричні тлумачення деяких місць Корану, де нібито вказується на Алі як наступника Магомета. Зростаюча невдоволеність у Халіфаті правлінням Омейядів сприяла тому, що шиїтський заклик до «богоугодного з роду Магомета» знайшов широку підтримку. Шиїти оголосили Омейядів узурпаторами влади і що передача її законним спадкоємцям є шляхом до встановлення загального благоденства, до виконання божественних настанов. Таким чином, уособлення шиїтів в окремий напрям ісламу та їх нетерпимість до опонентів справили значний вплив на мусульманське право.

Розходження у питаннях права сунітів та шиїтів обумовлені такими основними причинами: 1) хоча правова доктрина шиїтів, як і сунітів, засновується, окрім Корану, на Суні, і перші вважають її авторитет також безсумнівним, однак визнають лише свої збірки хадісів, оскільки вважають, що Суна сунітів викривлює дійсну суну, яка підтверджує дійсне право Алі на посаду халіфа; 2) шиїти тлумачать Коран відповідно до своїх принципів, не погоджуючись ані з будь-якими іншими тлумаченнями, ані з висновками інших, які спираються на хадіс, а вважають достовірні-

⁶ Бибикова О. Мазхабы // Энциклопедия кругосвет, 14.12.2007. — <http://www.krugosvet.ru>.

ми лише рішення своїх богословів; 3) шиїти не погоджуються з жодним із джерел мусульманського права, окрім Корану, не визнають нічиїх допоміжних джерел права, спираючись лише на свій варіант Суні, власні методи відшукування приписів і, звичайно ж, на сам Коран; 4) вони не вважають «одностайне рішення» (іджму) джерелом мусульманського права. Таке їх ставлення до іджми викликано тим, що визнання її джерелом побічно вимагає визнання висловлювань не шиїтів із числа послідовників, а шиїти не визнають їх авторитету і релігії; 5) шиїти відмовляються від Кияса (висновки за аналогією), оскільки це джерело права являє собою самостійне рішення, право на яке, на їх думку, має лише Аллах, його посланець та шиїтські авторитети.

Очевидно, що в силу зазначених причин фікх (право та юриспруденція) шиїтів обмежився вузьким колом розглядуваних питань і був закритим для багатьох проблем, які вдало вирішувалися іншими напрямками ісламу, джерельна база яких є ширшою⁷.

Сунітська мусульмансько-правова політична теорія робить особливий наголос на тому, що влада глави держави неабсолютна: він не користується якими-небудь привілеями чи імунітетом, а так само, як і звичайний мусульманин, підкоряється нормам мусульманського права і може бути покараний за будь-який проступок. Тому, хоча він і здійснює верховну релігійну владу в державі, його повноваження позбавлені божественного характеру. Халіф як глава держави не користується законодавчою владою і може запроваджувати нові правові норми лише остільки, оскільки є муджтахидом.

На відміну від сунітської концепції шиїтське вчення наділяло імама абсолютною, майже божественною владою і ставило його вище общини. Його особистість оголошувалася священною. Імам вважався непогрішним. З питань, які не врегульовані Кораном і Суною, лише його рішення мали силу закону, оскільки імамом міг бути лише найвеличніший знавець мусульманського права, який осягнув волю Аллаха. Після зникнення останнього шиїтського імама наприкінці IX ст. законодавчі функції згідно з політичною теорією шиїтів перейшли до найвидатніших правознавців-муджтахидів, які виступали від імені «прихованого» імама⁸.

⁷ Таїлов Р. З. Особенности развития мусульманского права в период правления династии Омейядов // Электронный журнал «Исследовано в России». — <http://zhurnal.apc.relarn.ru/articles/2004>.

⁸ Сюкияйнен Л. Р. Концепции халифата и современно-правовое развитие зарубежного Востока // Ислам: проблемы идеологии, права, политики и экономики: Сб. статей. — М.: Наука, 1985. — С. 144–145.

Основні суперечки між сунітами та шиїтами полягали у неоднаковому вирішенні питання щодо наступництва світської верховної та релігійної влад. Суніти є прихильниками принципу виборності голови мусульманської держави і общини, тоді як відповідно до шиїтської концепції верховна влада передається у спадок. Оскільки в ісламі світська та релігійна влада нероздільні, шиїти вважають, що при владі в ідеалі повинні бути духовні особи (імами).

Шиїтські правознавці, на відміну від сунітських, для зміцнення своїх переконань юридичного характеру посиляються не лише на пророка, а й на шиїтських імамів. Оскільки вони визнають непогрішність імама, думка авторитетних правознавців муджтахідів для них є прийнятною лише у випадку, якщо вона відображає його волю.

Окрім питання влади, сунітські та шиїтські школи розійшлися у визнанні багатьох переказів Суни: шиїти відмовлялися визнавати які-небудь збірки переказів, крім тих, авторами яких були члени сім'ї пророка, тоді як суніти включали у свої канонічні збірки також хадіси сподвижників Магомета⁹.

Наприкінці правління Омейядів почали оформлюватися богословсько-правові мазхаби, які дотримувалися певних правил формулювання норм мусульманського права з урахуванням загальних цілей та інтересів шариату, закріплених Кораном і Суною, а також з урахуванням досвіду у вирішенні правових питань послідовниками пророка.

Отже, мусульманське право із середини XI ст. вже не було єдиним для арабських країн — воно розпалося на два основні напрями, які виникли одразу після смерті Магомета: сунітське і шиїтське право. Кожен із цих напрямів має кілька шкіл, найбільш відомими серед них є: чотири сунітські школи — малікітів, заніфітів, шифіїтів та ханбалітів; три шиїтські школи — джафаритська, ісмаїлітська та зейдитська. Кожна школа має свою юридичну методичку та концепцію, і кожна претендує на те, щоб вважатися самостійною системою мусульманського права. Що ж стосується сучасних правових систем мусульманських країн, то ми стикаємося не стільки з власне мусульманським правом, скільки з нормами, що походять від традиційного мусульманського права, норми якого часто застосовуються у первісному вигляді.

Розвиток мусульманського права припинився, як вважає Рене Давід, у X ст., коли відпала можливість тлумачення. Це відбулося з випадкових причин, щоб попередити кризу, яка загрожувала тоді мусульманському

⁹ Хайдарова М. С. Основные направления и школы мусульманского права // Мусульманское право (структура и основные институты). — М.: Ин-т гос. и права АН СССР, 1984. — С. 39–40.

світові, та запобігти порушенню його єдності. Руйнування халіфату Аббасидами та взяття Багдаду монголами в 1258 р. посилили цю тенденцію самозбереження. У деяких прибічників мусульманського права виникає питання, чи варто зберігати перешкоди до розвитку мусульманського права, встановлені в той час, у всій їх суворості? Вони не погоджуються, що ортодоксальність вимагає збереження всіх цих перешкод. Посилаючись на практику перших сторіч, вони показують, що засновники мазхабів завжди враховували особливі обставини та приділяли у своїй системі місце таким поняттям, як мета закону, суспільне благо, необхідність. Їм здається, що немає жодної небезпеки у поверненні сьогодні до цих принципів за умови, що будуть встановлені точні правила і суворі методи тлумачення, а отримані таким шляхом рішення будуть відповідати вимогам суспільства і не протирічити ортодоксальності. Головною небезпекою, що загрожує мусульманському праву, вони вважають не ризик розколу ісламу, як колись, а ризик, що це право, яке застигло у своїй непорушності, стане територією обов'язків суто ідеального характеру і суто теологічного значення, що цікавить лише деяких набожних учених, тоді як реальне життя буде управлятися законами, які все більше віддаляються від концепцій власне мусульманських¹⁰.

Ця тенденція зберігається сьогодні у багатьох мусульманських країнах. Очевидно, що для пристосування мусульманського суспільства до сучасного життя надаватиметься перевага способам вирішення правових проблем, які знаходяться поза мусульманським правом (звичаї, угоди, регламенти тощо), однак які не суперечать йому.

Після Другої світової війни деякі арабські держави (а іноді не лише арабські) стали офіційно називатися ісламськими. На сьогодні мусульманське право діє у багатьох країнах — від Марокко на північному заході Африки до Фіджі в Океанії. У багатьох країнах конституції (АРЄ — 1971 р., Сирії — 1973 р., Пакистану — 1973 р., Ірану — 1979 р. та ін.) оголошують шариат джерелом законодавства. А в деяких державах у другій половині 70-х років навіть було оголошено про повернення до «мусульманського фундаменталізму», тобто ревного дотримання всіх приписів шариату у тому вигляді, як вони були сформульовані за часів раннього середньовіччя. Поновлювалося відрубання рук за крадіжку, смертна кара за перелюб, побиття, жінки позбавлялися політичних прав¹¹.

¹⁰ Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право) / Пер. с франц. — М.: Прогресс, 1967. — С. 401–402.

¹¹ Чиркин В. Е. Вказ. праця. — С. 7; Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). — М.: Юристъ, 2000. — С. 298.

Одночасно з активізацією ісламу пройшов процес ісламізації мусульманського права. Прийнята в 1979 р. та оновлена в 1989 р. Конституція Ісламської Республіки Іран проголосила, що все законодавство, у тому числі й кримінальне, повинно відповідати шариату, а суди у боротьбі зі злочинністю зобов'язані застосовувати встановлені ним заходи покарання. Так, ст. 2 Конституції Ірану проголошує: Ісламська Республіка — це система правління, що заснована на вірі: 1) в єдиного Бога, в те, що він встановлює закони шариату і що людина повинна підкорятися його волі; 2) в божественні одкровення та їх основоположну роль у тлумаченні законів; 3) у Страшний суд та його конструктивну роль у людському удосконаленні на шляху до Бога.

У 1981 р. набрав чинності так званий закон про кисас, 199 статей якого повторюють положення традиційного мусульманського кримінального права (широке застосування смертної кари, покарання плітями, побиття камінням тощо)¹².

У 1980 р. до єгипетської Конституції, зокрема, було внесено зміни, відповідно до яких мусульманське право (а не лише його принципи) виступає основним джерелом права. Конституція Ірану, в свою чергу, проголошує, що іранське суспільство засноване на принципах і законах ісламу, і вся державна і суспільна діяльність, а також стосунки між громадянами регулюються відповідно до норм мусульманського права джафаритського тлумачення. А до Конституції Сирії 1973 р. було внесено положення про те, що президентом країни може стати лише мусульманин. Це змушувало керівництво країн, які на той час стали на шлях соціалістичної орієнтації чи проводили антиімперіалістичну політику, звертатися до авторитету ісламу для роз'яснень та ідеологічного «освячення» своєї політики¹³.

За різними підрахунками, у світі проживає приблизно від 800 млн до мільярда людей, що сповідують іслам, тобто 1/6 населення земної кулі. Однак існують нації та етнічні групи, які сповідують іслам як релігію, але не сприймають мусульманське право.

Якщо враховувати новітні процеси секуляризації (скорочення) мусульманського права, які відбуваються у зв'язку з пристосуванням його до вимог сучасного світового ринку, до взаємовигідного міжнародного співробітництва, то виявляється, що «дух» і усталені релігійні компоненти мусульманської правової системи не однаково міцно увійшли у всі сучасні правові системи мусульманських країн. За ступенем збереження

¹² Саїдов А. Х. Вказ. праця. — С. 307.

¹³ Сюккяйнен Л. Р. Вказ. праця. — С. 152–156.

мусульманського (ісламського) права і використання в національному праві норм фіксу сучасні правові системи мусульманських країн у вітчизняній юридичній літературі умовно поділяють на такі:

1) правові системи, що зберегли ісламське право як стрижень, центральну ланку, елемент публічного порядку (Саудівська Аравія, Іран, Пакистан та ін.). У конституціях і законах цих країн заявлено про вірність принципам ісламу;

2) правові системи, в яких ісламське право не є центральним елементом, але відіграє важливу роль у соціальному житті (Єменська Арабська Республіка, Кувейт, Лівія, Судан, Об'єднані Арабські Емірати, Бахрейн та ін.). Піддавшись впливу правових систем континентального й англо-американського типу, вони не втратили вірності Корану й іншим джерелам мусульманського права. Більше того, спостерігається своєрідний ренесанс ісламської правової культури, повернення до традиційних ісламських цінностей;

3) правові системи, де вплив мусульманського права обмежений рівнем загальних принципів, так звані «просунуті» правові системи (Алжир, Єгипет, Йорданія, Ірак, Сирія). Перевага надається нормативно-правовим актам держави, що регулюють широкі сфери суспільних відносин. Вони складені із запозиченнями норм із романо-германського й англо-американського права. Оголошення ісламу державною релігією покликано підкреслити, що держава поважає ісламську релігію, яку сповідує більшість населення, й у загальній формі заявляє про свою прихильність визначеним ісламським традиціям, що є складовою культурної спадщини народу;

4) правові системи, що зберегли найменший вплив ісламського права (Туреччина, Туніс, Марокко). Так, Туреччина, яка ще в 1926 р. сприйняла європейські зразки особистого статусу, сімейного права та права спадкування, тим самим відмовилася від традиційних мусульманських норм¹⁴.

Однак шариат, незважаючи на його більший чи менший вплив на правове та суспільне життя окремих мусульманських країн, усе ж, безперечно, став зведенням правил для правовірного мусульманина від його народження й до смерті, тобто своєрідним зводом законів мусульманського права, який містить релігійні, морально-етичні та правові норми, як правило, не поділяючи їх на релігію, мораль і право.

¹⁴ Скакуи О. Ф. Правова система — держави, суспільства, регіону, світу? (щодо базових категорій порівняльного правознавства): Відкрита лекція. — К., Х., Сімферополь: Ін-т держави і права ім. В. М. Корсцького НАН України. — К.: Логос, 2007. — Серія наук.-метод. вид. «Академія порівняльного правознавства». — Вип. 12. — С. 21–23.

ДЖЕРЕЛА МУСУЛЬМАНСЬКОГО ПРАВА

Мусульманське право являє собою систему норм, які виражають у релігійній формі волю та інтереси релігійної знаті, що тією чи іншою мірою санкціонувалися і підтримувалися теократичною ісламською державою¹⁵.

✓ Класична мусульмансько-правова доктрина про питання щодо джерел права ґрунтується на вченні Аль-Шафії про «чотири коріння шаріату». Розроблена наприкінці VIII ст. як відповідь на загрозу розколу в мусульманському праві, вона стала з тих пір панівною в усіх мазхабах. Отже, відповідно до доктрини «чотирьох корінь» виділяється чотири джерела мусульманського права: Коран, Суна, іджма і кияс.

✓ Закон у розумінні пізньоримського і романо-германського права в мусульманському розумінні не існує. Відповідно до теорії мусульманського права держава в особі правителя-монарха або ж у більш пізні часи — парламенту не може творити право, бути законодавцем. Теоретично лише бог має законодавчу владу. Тобто основи мусульманського права створюються лише самим Аллахом і його посланцями і його пророком Магометом. Що ж стосується правителя, то він, слідуючи праву, видає тільки адміністративні акти та слідує за правильним здійсненням правосуддя.

✓ Правитель у мусульманських країнах був наділений величезною владою. Видані ним акти завжди мали неабияке значення. Однак усі його акти ніколи не повинні були протирічити основним приписам ісламу¹⁶.

✓ Непохитною основою мусульманського права є Коран. Це головна священна книга мусульман, в якій зібрані різноманітні проповіді, обрядові та юридичні настанови, молитви, заклинання, усякого роду повчальні розповіді та притчі, які були проголошені Магометом у Мецці і Медині.

✓ Коран — перше і головне джерело мусульманського права. Коран — це Біблія ісламу.

Що означає слово «коран»? Мусульманські вчені сперечалися з приводу вимови та значення цього слова. Коран походить від арабського коріння «кара'а» — «читати» або частіше — «вимовляти речитативом, декламувати». Коран — одкровення, які Аллах послав Магомету і які потім пророк висловлював. Ця священна книга ісламу іноді називається китаб (книга, біблія) або зікр (застереження).

Коран поділяється на 114 глав, або по-арабському сур. Це слово, походження якого незрозуміле, означало, очевидно, одкровення, потім — зібрання декількох одкровень чи уривків із одкровень.

¹⁵ Саїдов А. Х. Вказ. праця. — С. 296.

¹⁶ Хашматулла Бехруз. Введеніє в сравнительное правоведение: Учеб. пособие. — О.: Юрид. лит.-ра, 2002. — С. 199.

Пізніше для зручності читання вголос Коран було розділено на тридцять частин (джузів) або на шістьдесят частин (хизбів — розділів).

Кількість віршів Корану (6211) становить приблизно дві третини віршів Нового заповіту¹⁷.

✓ Стосовно джерела своїх одкровень Магомет говорив, що це — «небесна книга», «мати книги», що доступна лише тим, хто перебуває у стані чистоти. Магомет спілкувався з Аллахом через «духа», якого пророк зображує у вигляді ангела і називає Джібрилом (Гавріїлом). В очах Магомета його релігія мала те ж саме джерело, що й іудаїзм та християнство: усі три релігії походять безпосередньо від однієї й тієї ж небесної книги. Коран був даний на арабській, зрозумілій мові; він підтверджує закони Мойсея, Євангеліє Ісуса, псалми Давида, хоча Магомет, без сумніву, не був безпосередньо знайомим з цими священними книгами. Як Коран, так і перекази зображають його неграмотним, нездатним читати тексти священних писань.

Коли Магомет помер, жоден збірник текстів Корану не був ще остаточним складений. Звичайно, вірші, які містили деякі перші одкровення, не збереглися. Однак дуже суттєві фрагменти були вже записані на плоских костях, пальмовому листі або камінні. Заслуга складання першого збірника цих розрізаних текстів належить наступнику Магомета Абу Бекру, а точніше Омару, який порадив Абу Бекру здійснити цю роботу. Через декілька років, за халіфа Османа, під час встановлення канонічного тексту Корану, вона набула великого значення. Після смерті Абу Бекра цей перший запис Корану став власністю халіфа Омара, який, за переказом, заповідав його своїй дочці Хафсі, одній з удів пророка. Після цього його редакція неодноразово змінювалася. Інші опрацювання матеріалів Корану приписувалися чотирьом сподвижникам Магомета: Убейю ібн Каабу, Абдаллаху ібн Маруду, Абу Мусі Абдаллаху аль-Ашарі та Мікдаду ібн Амру. У них траплялися незначні розходження, однак вони породили суперечки і становили загрозу єдності ісламу.

Згідно з переказами воєначальник Худейфа порадив халіфу Осману (близько 650 р.) наказати встановити остаточну редакцію Корану. Тоді Осман звернувся до Зайда ібн Сабіна, автора першого опрацювання, і дав йому в допомогу інших курейшитів. Однак і ця редакція була піддана змінам. Основними причинами таких змін були: помилки, допущені переписувачами; заучені у старій редакції священні тексти, які збереглися незважаючи ні на що в пам'яті професійних читців Корану, недосконалість і неточність арабської писемності тощо.

¹⁷ Массэ А. Ислам. Очерк истории / Перевод с франц. — М.: Наука, 1982. — С. 61.

Нарешті, в X ст. н. е. після декількох спроб було остаточно встановлено офіційний текст, підкріплений авторитетом семи відомих богословів, визнаних майже всіма в XI ст.¹⁸

Так, історія мусульманського права починається з Корану — збірника висловлювань пророка Магомета, укладеного через декілька років після його смерті. Коран складається головним чином із положень, що стосуються моральності та які мають занадто загальний характер, щоб бути точними і цілеспрямованими. Наприклад, Коран повчає мусульманина висловлювати співчуття слабим і незаможним, чесно займатися підприємництвом, не пропонувати суддям хабара, ухилятися від лихварства та азартних ігор. Однак у ньому не зазначається, якими є правові санкції за порушення цих заповітів, правила поведінки стосуються більшою мірою молитовних ритуалів, поста і паломництва. Навіть у тих випадках, коли Коран зачіпає проблеми права у вузькому розумінні, що належать, наприклад, до сімейного права, він не містить єдиної системи правил, а лише пропонує вирішення кількох проблем, якими займався пророк Магомет, будучи суддею. Згідно з Кораном у цій ролі пророк Магомет завжди спирався на положення звичаєвого права, змінюючи його лише тоді, коли воно здавалося йому неповним чи суперечило його меті змінити старий арабський трайбалізм спільністю людей, пов'язаних вірою в Аллаха. Так, у звичаєвому праві арабів Магомет віднайшов правило, відповідно до якого право спадкування мали лише родичі померлого чоловічого роду. Магомет змінив це правило, визнавши, що дочки, вдови і сестри померлого мають право спадкування нарівні зі спадкоємцями чоловічого роду.¹⁹

Коран приписує бути вдячними і справедливими, проявляти щедрість щодо бідних, сиріт і захоплених у полон, звільнятися від скупості й уникати неправедного збагачення.

У Корані міститься чимало й інших, аналогічних за характером норм і приписів. Більшість із них є досить великими й неімперативними, залишає величезні можливості для прояву в установлених ними релігійних рамках правової ініціативи. Це стосується як змісту таких приписів, так і нерозривно пов'язаних з ними різного роду санкцій та заохочень. Універсальною санкцією за порушення різних приписів є гріх, загроза бути проклятим, опинитися «у збитках», позбавитися заступництва Аллаха²⁰.

Поряд з положеннями суто релігійного і філософського характеру Коран містить положення й суто юридичні. Однак їх недостатньо для того,

¹⁸ Массэ А. Вказ. праця. — С. 61–67.

¹⁹ Саидов А. Х. Вказ. праця. — С. 300.

²⁰ Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. — М.: ООО «Городськ-издат», 2002. — С. 1025.

щоб скласти кодекс; деякі основні інститути ісламу в Корані навіть не згадуються.

У літературі поширеною є класифікація нормативно-правового змісту Корану, що заснована на суб'єктно-адресному критерії. Ісламське законодавство, що міститься в Корані, являє собою сукупність різноманітних правил, приписаних людям божественним повелінням. З точки зору сторін, які беруть участь у тих чи інших відносинах, останні можна згрупувати в дві основні категорії:

1) стосунки між Аллахом і людиною. До таких належать релігійні ритуали, які не мають ніякого значення у тих випадках, коли вони не підкріплені відвертими намірами. Одні з них є виключно релігійними формами поклоніння, наприклад, молитва, піст; інші являють собою соціально-економічні форми поклоніння, такі, наприклад, як закят (обов'язкове пожертвування); треті — є соціально-фізичними формами поклоніння, наприклад, хадж (паломництво в Мекку). Ці чотири акти поклоніння вважаються основами ісламу, які за своєю важливістю слідують після віри в Аллаха;

2) стосунки між людьми. Норми, що їх регулюють, у свою чергу можна підрозділити на чотири групи залежно від предмета відносин:

а) норми, що забезпечують поширення ісламу і регулюють правила озброєної та незброєної боротьби;

б) норми про сімейне життя, призначені для розвитку сім'ї та захисту її внутрішньої структури. До них належать такі, які регулюють шлюб, розлучення і спадкування;

в) норми про торгівлю, що регламентують ведення комерційних операцій, договорів найму майна тощо;

г) кримінальні закони, що встановлюють конкретні види покарань або відшкодування шкоди у випадку вчинення різноманітних злочинів²¹.

Згодом після смерті Магомета стало очевидним, що Коран не може надати відповіді на велику кількість питань, що стоять перед суспільством, яке склалося на підкорених мусульманами територіях. З одного боку, це призвело до появи і зростання значення інших джерел мусульманського права, особливо хадісів (переказів про діяння і висловлювання пророка Магомета), з іншого — до виникнення метафоричних коментарів Корану, а у подальшому і до появи нових «писань» (наприклад, у бабітів).

Відображенням широкої ідейної боротьби, пов'язаної із значенням світських і духовних засад у мусульманській державі, є боротьба (яка

²¹ Хашматулла Бехруз. Ісламські традиції права: Монографія. — О.: Юрид. літ-ра, 2006. — С. 180–181.

Нарешті, в X ст. н. е. після декількох спроб було остаточно встановлено офіційний текст, підкріплений авторитетом семи відомих богословів, визнаних майже всіма в XI ст.¹⁸

Так, історія мусульманського права починається з Корану — збірника висловлювань пророка Магомета, укладеного через декілька років після його смерті. Коран складається головним чином із положень, що стосуються моральності та які мають занадто загальний характер, щоб бути точними і цілеспрямованими. Наприклад, Коран повчає мусульманина висловлювати співчуття слабим і незаможним, чесно займатися підприємництвом, не пропонувати суддям хабара, ухилятися від лихварства та азартних ігор. Однак у ньому не зазначається, якими є правові санкції за порушення цих заповітів, правила поведінки стосуються більшою мірою молитовних ритуалів, поста і паломництва. Навіть у тих випадках, коли Коран зачіпає проблеми права у вузькому розумінні, що належать, наприклад, до сімейного права, він не містить єдиної системи правил, а лише пропонує вирішення кількох проблем, якими займався пророк Магомет, будучи суддею. Згідно з Кораном у цій ролі пророк Магомет завжди спирався на положення звичаєвого права, змінюючи його лише тоді, коли воно здавалося йому неповним чи суперечило його меті змінити старий арабський трайбалізм спільністю людей, пов'язаних вірою в Аллаха. Так, у звичаєвому праві арабів Магомет віднайшов правило, відповідно до якого право спадкування мали лише родичі померлого чоловічого роду. Магомет змінив це правило, визнавши, що дочки, вдови і сестри померлого мають право спадкування нарівні зі спадкоємцями чоловічого роду.¹⁹

Коран приписує бути вдячними і справедливими, проявляти щедрість щодо бідних, сиріт і захоплених у полон, звільнятися від скупості й уникати несправедливого збагачення.

У Корані міститься чимало й інших, аналогічних за характером норм і приписів. Більшість із них є досить великими й неімперативними, залишає величезні можливості для прояву в установлених ними релігійних рамках правової ініціативи. Це стосується як змісту таких приписів, так і нерозривно пов'язаних з ними різного роду санкцій та заохочень. Універсальною санкцією за порушення різних приписів є гріх, загроза бути проклятим, опинитися «у збитках», позбавитися заступництва Аллаха.²⁰

Поряд з положеннями суто релігійного і філософського характеру Коран містить положення й суто юридичні. Однак їх недостатньо для того,

¹⁸ *Массэ А.* Вказ. праця. — С. 61–67.

¹⁹ *Саїдов А. Х.* Вказ. праця. — С. 300.

²⁰ *Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. — М.: ООО «Городець-издат», 2002. — С. 1025.

щоб скласти кодекс; деякі основні інститути ісламу в Корані навіть не згадуються.

У літературі поширеною є класифікація нормативно-правового змісту Корану, що заснована на суб'єктно-адресному критерії. Ісламське законодавство, що міститься в Корані, являє собою сукупність різноманітних правил, приписаних людям божественним повелінням. З точки зору сторін, які беруть участь у тих чи інших відносинах, останні можна згрупувати в дві основні категорії:

1) стосунки між Аллахом і людиною. До таких належать релігійні ритуали, які не мають ніякого значення у тих випадках, коли вони не підкріплені відвертими намірами. Одні з них є виключно релігійними формами поклоніння, наприклад, молитва, піст; інші являють собою соціально-економічні форми поклоніння, такі, наприклад, як закят (обов'язкове пожертвування); треті — є соціально-фізичними формами поклоніння, наприклад, хадж (паломництво в Мекку). Ці чотири акти поклоніння вважаються основами ісламу, які за своєю важливістю слідує після віри в Аллаха;

2) стосунки між людьми. Норми, що їх регулюють, у свою чергу можна підрозділити на чотири групи залежно від предмета відносин:

а) норми, що забезпечують поширення ісламу і регулюють правила озброєної та незброєної боротьби;

б) норми про сімейне життя, призначені для розвитку сім'ї та захисту її внутрішньої структури. До них належать такі, які регулюють шлюб, розлучення і спадкування;

в) норми про торгівлю, що регламентують ведення комерційних операцій, договорів найму майна тощо;

г) кримінальні закони, що встановлюють конкретні види покарань або відшкодування шкоди у випадку вчинення різноманітних злочинів²¹.

Згодом після смерті Магомета стало очевидним, що Коран не може надати відповіді на велику кількість питань, що стоять перед суспільством, яке склалося на підкорених мусульманами територіях. З одного боку, це призвело до появи і зростання значення інших джерел мусульманського права, особливо хадісів (переказів про діяння і висловлювання пророка Магомета), з іншого — до виникнення метафоричних коментарів Корану, а у подальшому і до появи нових «писань» (наприклад, у бабітів).

Відображенням широкої ідейної боротьби, пов'язаної із значенням світських і духовних засад у мусульманській державі, є боротьба (яка

²¹ *Хашматулла Бехруз.* Ісламські традиції права: Монографія. — О.: Юрид. літ-ра, 2006. — С. 180–181.

триває понині) навколо місця Корану в житті мусульманського суспільства. Це виражається як у поступовій відмові від використання Корану як навіть символічного джерела державності в низці країн з прогресивними режимами, так і в намаганні повернення до шариату й оголошення Корану «конституцією», що визначає всю систему державного управління²².

Ніхто з мусульманських юристів не сприймає Коран ані як книгу права, ані як кодекс мусульманського права. Саме тому мусульманський суддя при здійсненні правосуддя звертається безпосередньо не до Корану, а до книг, які написані авторитетними юристами, вченими-богословами і містять тлумачення Корану.

✓ Своєрідним підсумком тлумачення Корану є Суна. Суна (сона, сюна) — арабське слово, яке означає «звичай», звичай, що склався в мусульманській спільноті стосовно якого-небудь релігійного чи юридичного моменту²³.

Також Суна у перекладі з арабської означає шлях, дорога. В ісламському законодавстві під Суною розуміють висловлювання і дії Магомета, тобто його життєвий шлях з того часу, як він став пророком (хадіси).

Друге значення Суни — це дії, вчинення яких є бажаним, але не обов'язковим; обов'язки, які за переказом виконував пророк Магомет (меїб).

√ Сунна складається з двох частин: 1) правила, які слід виконувати постійно і які допускаються лише в крайніх випадках; 2) правила, які виконуються не постійно²⁴.

На відміну від Корану, який містить висловлювання самого Магомета, Суна є збірником адатів, традицій, що стосуються дій та висловлювань самого пророка, відтворених і опрацьованих відомими на той час (VII–IX ст.) богословів та юристів.

Суна передавалася з вуст у уста послідовниками Магомета і була зафіксована у вигляді хадісів (розповідей) у сунітів і хабарів у шиїтів. Суна містить пояснення пророка до канонів ісламу і правила, встановлені для мусульманського суспільства, пояснює і доповнює Коран. Мусульмани вважають, що Аллах хотів, щоб Суна детально розтлумачила Коран і внесла деякі доповнення, такі, зокрема, як положення про годування дитини, положення про спадкування, положення, що забороняє одружуватися одночасно на дівчині та тітці тощо.

Суна укладалася протягом кількох століть і мала на меті викласти приклади життя Магомета для керівництва віруючими своїх дій. Суна,

²² *Мусульманское право*. Коран. — <http://www.confession.ru>

²³ *Энциклопедия Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона* (1890–1916 гг.). — <http://ru.wikipedia.org>.

²⁴ *Сунна*. — <http://ru.wikipedia.org>.

як і Коран, містить мало норм юридичного характеру, в ній домінують морально-релігійні положення. Так само, як і Коран, переважна частина нормативних розпоряджень Суни не містить широких принципів-узагальнень, а складається із конкретних казусів-випадків із життя Магомета.

Суна поважається всіма течіями ісламу. Навчання Суни є важливою складовою мусульманської релігійної освіти; знання Суни є одним з критеріїв визнання авторитетності представників мусульманського духовенства.

Деякі західні вчені, що вивчають іслам, висловлювали сумнів відносно цінності Суни пророка Магомета, вважаючи, що Суна — це витвір мусульман, які жили в першу епоху ісламу²⁵.

Самі мусульманські дослідники не виключають, що існує чимало невірних хадісів, які приписувалися пророку. Саме тому вони увесь час звертали увагу на необхідність відповідних уточнень при передачі хадісів.

Кожний хадіс складався з існаду (перелік імен усіх, хто передавав зміст хадісу) і матни (власне текст). Хадіс, що був переданий відомими авторитетними людьми в ісламі, визнавався достовірним (сахіх). Якщо ланцюг передавачів мав які-небудь хиби (тобто переривався), то він вважався вірним (Хасан). Якщо ж у ланцюгу опинялися люди, які не заслуговують на повагу і довіру, то хадіс називався слабким (заїф) і визнавався недостовірним. Із шести збірників, зібраних до IX ст. і визнаних у мусульманському світі достовірними, 2 (глави) відіграють роль канонічних: їх склали Магомет ібн Ізмаїл аль-Бухарі (810–870 рр.) та Муслім ібн аль-Хаджадж ан-Нешапури (817–875 рр.)²⁶.

Отже, виходячи з важливості Суни для ісламу, мусульманські вчені доклали величезних зусиль, щоб довести достовірність хадісів і відокремити підтверджені хадіси від непідтверджених. Мусульманські дослідники створили нові методи вивчення хадісів пророка для досягнення цієї мети: вчення «аль-рижалъ», вчення «існад» (існад — ланцюг передавачів хадісу), вчення «аль-джарх» та інші. Для мусульман це є особливо важливим, оскільки сам пророк попереджав про можливість неправдивої передачі хадісів. Він сказав: «Хто має намір передати брехню про мене, тому приготований ад»²⁷.

²⁵ *Востоковедение на фоне борьбы культур*. — Изд-во Дар'аль-Ма'риф, 1997. — С. 106 и след.

²⁶ *Кэбир Г. Хэдислар жыептыгы*. — Казан, 1915; *Избранные изречения святого пророка Ислама*. — Исламбад, 1991 // www.islaam.ru.

²⁷ *Икбал М. Возрождение религиозного мышления в исламе*. — С. 160 и далее // <http://www.islaam.ru>.

Ісламсько-правова доктрина виробила конкретні умови для визначення оригінальності та достовірності хадісів:

– хадіс не повинен суперечити положенням Корану або основоположним принципам ісламу;

– хадіс не повинен суперечити вимогам розуму чи законам природи і життєвому досвіду;

– хадіс не повинен суперечити переказам, які раніше вже були оцінені авторитетами як надійні та достовірні;

– хадіс, який вихваляє і звеличує будь-яке плем'я, місцевість або особу, як правило, повинен бути відкинутий;

– хадіс, в якому міститься дата та зайва деталізація подій, повинен бути відкинутий;

– хадіс, який містить будь-які зауваження, що не збігаються з ісламською вірою в пророцтво Магомета та його вченням, або такі висловлювання, які не відповідають їй, також повинен бути відкинутий;

– усі перекази повинні бути простежені до вихідного розповідача через ланцюг передавачів. Ці передавачі повинні мати чудову репутацію, бути правдивими, наділеними гарною пам'яттю і високими розумовими здібностями та душевними якостями;

– кожний переказ, що описує подію, яка часто відбувалася у присутності багатьох людей, повинен бути повідомлений декількома вихідними розповідачами²⁸.

Така суворість вимог, пред'явлених до хадісів, обумовлена їх вирішальним значенням як джерела мусульманського права.

Мусульманські юристи одностайно виділяють у складі мусульманського права дві групи норм, першу з яких становлять юридичні приписи Корану і Суні, а другу — норми, сформульовані мусульмансько-правовою доктриною на основі інших раціональних джерел²⁹.

✓ Коран і Суна — джерела, на основі положень яких були встановлені норми шариату і фікху.

Мусульманське право історично виявилось залученим до сфери шариату (релігії) у результаті ісламізації фактично чинних правових норм і відносин. У подальшому мусульманське право було пов'язане із шариатом унаслідок діяльності мусульманських юристів, які розробляли питання права з урахуванням релігійно-моральних орієнтирів ісламу³⁰.

²⁸ Хашматулла Бехруз. Ісламські традиції права: Монографія. — С. 190–191.

²⁹ Сюкьяйнен Л. Р. Структура мусульманського права // Мусульманське право (структура і основні інститути) / Под ред. М. В. Гольцова. — М.: Ін-т гос. і права АН СССР, 1984. — С. 21.

³⁰ Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — Х.: Консум, 2006. — С. 593.

З огляду на це при розгляді конкретних справ судді надавали перевагу «книгам права», тлумаченням широко відомих правознавців, ніж Корану і Сунні³¹.

Відстоюючи концепцію розвитку нормативного змісту мусульманського права, сучасні дослідники підкреслюють, що у той час, як його «дух», втілений у Корані і Суні, залишається вічним, окремі конкретні норми можуть і повинні змінюватися слідом за розвитком життєвих умов. Придатність мусульманського права для будь-яких суспільно-історичних умов пояснюється також тим, що його основоположні джерела — Коран і Суна — допускають у випадку свого мовчання використання раціональних прийомів відшукування рішень у конкретних конфліктних ситуаціях. За допомогою цих прийомів, враховуючи недостатність юридичних приписів Корану і Суні, правознавці сформулювали більшу частину норм мусульманського права. Якщо спочатку не існувало суворих правил «втягування» нових правил поведінки із цих джерел, то згодом вони були розроблені, причому кожний із мусульмансько-правових тлумачів створив свій набір методів юридичної техніки для формулювання правил поведінки з питань, не врегульованих Кораном і Суною. Подібний шлях розвитку нормативного змісту мусульманського права отримав назву «іджтихад» (буквально — наполегливість, старанність). Його характерна особливість полягала у тому, що різноманітні школи мусульманського права, використовуючи власні прийоми, приходили у схожих ситуаціях до неоднакових рішень³².

Стрімкий розвиток іджтихаду в VIII–X ст. призвів до того, що роль основного джерела мусульманського права закріпилася за його доктриною — працями засновників провідних правових шкіл-тлумачів та їх найбільш авторитетних учнів. Роль доктрини ще більше зросла після того, як, починаючи з XI ст., розробка нормативного змісту мусульманського права вченими була в основному припинена і судді стали слідувати загальноновизнаним висновкам тієї чи іншої школи (лише шийтські тлумачі продовжували відстоювати принцип свободи іджтихаду)³³. З того часу єдине мусульманське право припинило своє існування. Як справедливо пише Р. Шарль, з розширенням арабських завоювань «єдине

³¹ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. — М.: Зерцало-М, 2001. — С. 388.

³² Сюкьяйнен Л. Р. Структура мусульманського права // Мусульманське право (структура і основні інститути). — С. 25–26.

³³ Мухаммед аль-Худари Бек. Основи мусульманського права. — Каир, 1938. — С. 17; Фан Ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. — СПб., 1882. — С. 9.

мусульманське право поступилося місцем цілому ряду мусульманських прав»³⁴.

Таким чином, це був метод, якого потребували компетентні особи (фуках), священнослужителі. Ісламські юристи займалися систематизацією інтелектуальних методів, пошуків рішень нових ситуацій, які б не суперечили загальним принципам, що містяться в Корані та Суні. В результаті, вони створили теорію про співвідношення одкровення Корану, Суні і людського розуму, яка й називається іджтихадом. ✓

Серед них варто виділити іджму, яка є своєрідним засобом усунення прогалин у мусульманському праві в тих випадках, коли ані Коран, ані Суна не можуть надати переконливої відповіді на посталі питання³⁵.

Іджма, на думку М. В. Жданова, розглядається як технічний, юридичний принцип, який увійшов у практику на периферії і не може претендувати на вираження волі Аллаха чи наблизитися з точки зору юридичної значущості до іджтихаду, хоча за своїм процесуальним характером іджма являє собою колективну форму іджтихаду стосовно угоди між юристами чи звичаю. Якщо це є результатом угоди спільноти³⁶.

Іджма (араб. — згода) у мусульманській теології означає одноставне вирішення якого-небудь питання чи права всіма правовірними школами. Але в більш чіткому розумінні іджмою вважають рішення послідовників пророка (до яких належать перші чотири халіфи), що не суперечать одне одному³⁷.

Отже, іджма — третє джерело мусульманського права, за допомогою якого шукалися відповіді на питання, не вирішені Кораном і Сунною. Іджма являє собою узгоджений висновок стародавніх правників (муджтихідів) як знавців ісламу про обов'язки правовірного, наданий на підставі тлумачення Корану і Суні. З посиленням ролі юристів мусульмансько-правова доктрина зосередила зусилля на розробці методологічної та загально-теоретичної основ права.

В іджмі з'явилася догма про непогрішність і єдність мусульманського суспільства. Виражена вона від імені Аллаха двома положеннями:

- 1) «Моя община ніколи не ухвалить помилкового рішення»;
- 2) «Те, що мусульмани вважають справедливим, справедливе й в очах Аллаха».

³⁴ Шарль Р. Мусульманское право. — М., 1959. — С. 11.

³⁵ Хашматулла Бехруз. Введение в сравнительное правоведение. — С. 198.

³⁶ Жданов Н. В. Исламская концепция миропорядка. — М.: Международные отношения, 1991. — С. 28.

³⁷ Ср. Snouck Hurgronje, «Nieuwe Bijdragen tot de kennis van den Islam» (1883).

Стверджувалося, що право встановлюється не більшістю або всіма віруючими, а тільки єдністю думок компетентних, офіційно уповноважених на це осіб. Думка знавців ісламу, яка виражалася в нормі або принципі і ґрунтувалася на поєднанні традиції, звичаю і практики, набувала юридичної сили. У цьому полягало її велике практичне значення³⁸.

Натепер іджма є єдиною догматичною основою мусульманського права. Сучасний мусульманський суддя не повинен шукати мотиви для рішення в Корані чи Суні, оскільки їх остаточне тлумачення надане в іджмі. Лише книги права, освячені іджмою, повинні сьогодні використовуватися для вивчення мусульманського права. «Каді, який би намагався тлумачити своєю власною владою положення Корану чи забажав би сам оцінити можливу достовірність адатів, здійснив би такий же зневажливий ортодоксальний акт, як і віруючий католик, який забажав би сам встановити значення церковних текстів, виданих для підтвердження її догм... Це третє джерело мусульманського права — іджма, має винятково велике практичне значення. Лише будучи записаними в іджму, норми права, незалежно від їх походження, підлягали застосуванню»³⁹.

У середні віки провідним джерелом мусульманського права була доктрина. Перетворенню індивідуальних приписів правознавців у норми права сприяло санкціонування доктрини державою, що виражалося у призначенні суддів і покладанні на них обов'язку розглядати і вирішувати справи на підставі вчень певної школи. Роль законодавця виконує правова наука, а не держава, при цьому підручники набувають сили закону⁴⁰.

Набуття впливу численними школами мусульманського права зумовило різке зростання значення як джерела мусульманського права праць засновників і найавторитетніших теоретиків цих шкіл. Їхні праці стали основою науки про мусульманське право — правової доктрини (фікх). Незважаючи на їх теоретичний характер, дослідження самі по собі стали безпосередньо чинним правом, адже їх змістом було обґрунтування рішень, які приймалися суддями. Нині фікх утворюють майже 6 тисяч праць, які були написані в середні віки. Склад фікху ніким не затверджувався. Він формувалася протягом століть, виходячи з авторитету авторів окремих праць і відповідно до потреб практики. Після того, як судді при розгляді конкретних справ почали обґрунтовувати свої рішення доктриною тієї чи

³⁸ Скакули О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — С. 593–594.

³⁹ Цит.: Lambert E. Fonction du droit civil compare, 1903. — P. 328 за Давид Р. Вказ. праця. — С. 391.

⁴⁰ Хашматулла Бехруз. Введение в сравнительное правоведение. — С. 199.

іншої школи, стало можливим говорити про те, що мусульманське право в своєму сьгоднішньому вигляді є в основному доктринальним⁴¹.

Фікх (араб. — «знання») — це комплекс уявлень про юридичні норми, а також правила поведінки мусульман. Носії цього знання — факіхи («знавці»), богослови-законознавці, знавці богословських наук.

У ранньофеодальному суспільстві халіфату VII–IX ст. не було чіткого розмежування між релігійною общиною та державою, і всі спеціалісти з фікху одночасно були і теологами, і юристами. Саме становлення фікху як юриспруденції відбулося після того, як почали використовувати на практиці прецедент, маючи на увазі вчинок чи висловлювання пророка у конкретних обставинах. Перші праці з фікху являли собою збірку хадісів, які брали за зразок для вирішення тієї чи іншої юридичної проблеми. Внаслідок цього відбулася систематизація документального матеріалу, пов'язаного з життям пророка, на основі чого фікх став самостійною дисципліною.

У VIII ст. серед мусульманських правознавців виникло бажання створити універсальну систему права. Зокрема, виокремилася група факіхів, яку називали асхаб ар-рай — прибічники самостійного судження. В основному це були сірійські (дамаські) та іракські теологи-правознавці. Вони вважали за можливе відступити від буквального розуміння окремих місць Корану і хадісів, допускаючи особисту думку (ар-рай) і вводячи таким чином елемент раціоналізму. Однак використання такого методу обмежувалося киясом. Тобто для того, щоб зробити логічний висновок, необхідно було знайти аналогію в Корані чи хадісах⁴².

Якою б різноманітною не була казуїстика, вироблена знавцями права, звичайно ж, вони не мали можливості передбачити всього, що могло виникнути в конкретному житті, але, оскільки мусульманське право претендувало на те, щоб бути повною системою, необхідно було передбачити спосіб урегулювання у майбутньому і таких питань, готового рішення яких не можна було б знайти в книгах права.

Загальною згодою було визнано законний характер висновків за аналогією — кияс. Являючи собою просту форму умовиводів, він був зведений мусульманським суспільством у ранг джерела права⁴³.

⁴¹ *Загальна теорія держави і права*: Навч. посібник / За ред. В. В. Копейчикова. — К.: Юрінком Інтер, 2000. — С. 285.

⁴² *Бибикова О.* Источники мусульманського права. — <http://www.krugosvet.ru>.

⁴³ *Давид Р.* Основные правовые системы современности (сравнительное право) / Пер. с франц. — С. 392.

Отже, кияс — це четверте за значенням джерело мусульманського права, яке давало можливість продовжувати виводити рішення нових судових справ із практики застосування раніше опрацьованих принципів і правил мусульманського права, не претендуючи на використання іджтихаду. Засновником киясу як джерела мусульманського права вважають Абу Халіфа. Він намагався покласти край різночитанням у справі примирення норм мусульманського права в юридичній практиці.

Киясом називається висновок за аналогією, заснований на ретельному вивченні Корану і Суні, що охоплює множинність проблем, які виникають у процесі правового регулювання життя мусульман.

Значення киясу (аналогії) полягає в тому, що правова проблема в цих випадках може бути вирішена на підставі аналогії з тим, що вже міститься в Корані і Суні. Правова проблема зіставляється з уже вирішеною проблемою, і на цій підставі виноситься рішення.

Кияс вважається правовим принципом, введеним для того, щоб здобувати логічні висновки із будь-якого закону стосовно конкретного спірного питання, який пов'язаний з благополуччям мусульман. Однак при цьому він повинен засновуватися на Корані, Суні чи іджмі⁴⁴.

Отже, кияс — це висновок, заснований на аналогії, суть якого полягає у виробленні норми у справі, що не була раніше відображена в письмових нормах юридичної системи, на підставі раніше прийнятого правила (рішення) в аналогічній справі⁴⁵.

Оскільки застосування раніше прийнятих рішень за аналогією має суб'єктивний характер і залежить від думки конкретного правозастосовувача, то утвердження киясу як джерела права було пов'язано з певними труднощами суб'єктивного характеру. Наприклад, представники шафіїтської школи вважали, що хоча кияс і є одним з дозволених методів введення нових рішень із попередніх джерел, йому відводиться останнє місце за важливістю, нарівні з особистими судженнями.

Разом з тим супротивники застосування киясу стверджували, що Аллах послав мусульманам Коран, який містить вичерпні рішення з усіх питань життя суспільства. Якщо ж щось не було деталізовано, то відповідь можна було знайти в Суні пророка. Наприклад, захіритська школа відкидала законну силу рішень, заснованих на яких-небудь формах логічних висновків, у тому числі і на киясі. Шіїти також негативно ставилися до киясу і не визнавали його джерелом мусульманського права.

⁴⁴ *Хашматулла Бехруз.* Введение в сравнительное правоведение. — С. 198–199.

⁴⁵ *Жданов М. В.* Вказ. праця. — С. 26.

Однак прибічники застосування киясу обґрунтовували свою позицію також канонічними положеннями, відповідно до яких допускається прийняття і таких рішень, які прямо не містяться в Корані, але приймаються на основі його загальних принципів⁴⁶.

Отже, безсумнівно, кияс не лише надавав змогу шляхом аналогії усунути прогалини у нормативних вказівках Корану і Суни, а й усунути наявні у них протиріччя.

Такі джерела практичного значення, як іджма і кияс, що стали результатом діяльності сунітських і шиїтських шкіл, справили значний вплив на еволюцію мусульманського права.

Як пише А. Х. Саїдов, із чотирьох корінь-джерел мусульманського права найважливіше значення має узгоджений висновок правознавців-факихів, оскільки у кінцевому рахунку саме він визначає з використанням аналогії і без неї, яке справедливе правило закону можна здобути з Корану чи Суни. Поява цих джерел була в юридичному плані обумовлена тим, що Коран не був повним зводом юридичних норм, а Суна, навпаки, являла собою громіздку кількість (багато тисяч) хадісів, які часто суперечили один одному і в яких прості мусульмани і навіть судді практично не могли самостійно розібратися.

Після того, як всі ісламські правові школи прийняли класичне вчення про коріння-джерела мусульманського права, активна творча діяльність мусульманських юристів почала занепадати. Існуюча раніше практика вирішення сумнівних питань щодо вільної форми, дотримуючись разом з тим духу Корану, тепер вважалася неправильною; необхідно було обмежуватися поясненням і тлумаченням книг з мусульманського права, які шанувалися в окремих ісламських правових школах. Таким чином, мусульманська правова думка ставала вельми догматичною, що, вірогідно, сприяло у подальшому розвитку галузей права поза шаріатом⁴⁷.

Втім існують інші джерела мусульманського права. Теорія і практика застосування мусульманського права допускає розробку додаткових джерел права, які не належать до системи джерел мусульманського права, однак відіграють допоміжну роль, і які не слід недооцінювати в реалізації мусульманського права.

Ця група джерел є результатом існування ісламської спільноти і правотворчої діяльності ісламських держав, це — фетва, урф і адат, угоди, фірмани, закони і т. д.

⁴⁶ Хашматулла Бехруз. Введение в сравнительное правоведение. — С. 199–200.

⁴⁷ Саидов А. Х. Вказ. праця. — С. 302.

Фетва являє собою письмові висновки вищих релігійних авторитетів ісламу на рішення світської влади, що застосовуються з питань соціального життя, а також з приводу тлумачень різних положень, що містяться в основних джерелах права, але мають загальний характер. Це офіційні висновки з будь-яких релігійно-правових чи соціальних питань, які виносяться авторитетними релігійними діячами у відповідь на запит судді чи іншої особи.

Фетва виносяться усно чи оформляється у вигляді спеціального документа і може слугувати підставою для судового рішення чи для вибору запитувачами її своїх дій. Фетва повинна засновуватися на принципах ісламу і правової практики і зводиться зазвичай у збірники⁴⁸.

Цікавим є питання про роль судової практики як джерела мусульманського права. Відповідно до доктрини Аль-Шафії судова практика не є джерелом права. Рене Давід зазначає, що рішення кадї (мусульманських суддів) є досить чисельними, і вони ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права⁴⁹.

У цих рішеннях знаходять застосування лише відповідні правові норми, сформульовані доктриною права, однак сама по собі судова практика ніколи не створювала норм права. Суддя як суддя зобов'язаний слідувати думці авторитетних юристів; суддя як авторитетний юрист може слідувати своїй власній думці, однак тоді він уже діятиме не як суддя, а як муджахід⁵⁰.

На ранніх і більш пізніх стадіях розвитку суспільства мусульманські суди керувалися переважно релігійними канонами, тлумаченнями вчених-богословів, але не іншими джерелами права, включаючи закони. Останні в сучасному їх розумінні як актів, виданих вищими органами державної влади, тривалий час взагалі не визнавалися в мусульманському праві. Однак теорія і практика застосування мусульманського права не заперечували всякого роду регламентів, угод і звичаїв. Тобто вони не належали і не належать до змісту мусульманського права, знаходяться ніби поряд, поза цим правом. Але навіть за таких обставин усі вони, в першу чергу поширений звичай, зовсім не засуджуються і не заперечуються правом⁵¹.

⁴⁸ Хашматулла Бехруз. Исламские традиции права: Монография. — С. 203.

⁴⁹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с франц. — М., 1996. — С. 314.

⁵⁰ Есаков Г. А. Источники мусульманского уголовного права // Журнал «Российское право в Интернете». — № 1. — 2006. — <http://www.casttime.ru>.

⁵¹ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. — С. 391.

Урф (звичай) і адат (звична практика) також виступають додатковими джерелами мусульманського права⁵². Але не всі звичаї однаково сприймалися і освящалися мусульманським правом. Деякі з них категорично заперечувалися ним. Однак ті, які узгоджуються з ним, фактично розширюють сферу його застосування і доповнюють його. Серед таких звичаїв можна назвати звичаї, що стосуються розмірів і способів виплати приданого; звичаї, які засуджують разом з мусульманським правом необгрунтоване збагачення й отримання фінансових переваг без взаємної винагороди, звичаї, які регулюють спільне використання різними землевласниками одних і тих самих водних джерел, що протікають між двома земельними володіннями та ін. З іншого боку, звичай не може рекомендувати дій, які забороняються правом, чи забороняти те, що право вважає обов'язковим, однак звичай може приписувати те, що згідно з правом є лише рекомендованим чи дозволеним, а також забороняти те, що право засуджує чи допускає⁵³.

Звичаєве право широко використовувалося на завойованих арабським халіфатом територіях. Більше того, однією з умов здійснення іджтихаду завжди було знання існуючих обрядів. Іншими словами, на практиці заперечувалися лише звичаї, які не узгоджувалися з Кораном, Суною чи заснованих на них мусульманською правовою доктриною. Таким чином, за звичаєм цілком можна було визнати статус джерела мусульманського права.

Поряд з визнаними звичаями важливе практичне значення для функціонування мусульманського права та його фактичного пристосування до мінливої дійсності мають угоди. Так само як і звичаї, вони не є джерелами права, однак відіграють важливу роль в його еволюції.

Величезна можливість використання угод і звичаїв у мусульманському праві визначається, перш за все, тим, що воно при всій своїй релігійній суворості й ортодоксальності являє собою широкий простір для самостійної діяльності суб'єктів правовідносин, для прояву ними ініціативи. Завдяки угодам часто вносилися значні зміни в чинні правові норми, які відповідно до наявних уявлень про право не завжди вважалися обов'язковими⁵⁴.

З огляду на це судова практика низки мусульманських країн допускала раніше і допускає тепер, наприклад, при укладенні шлюбу чи при вирішенні інших сімейно-побутових питань, деякі ухилення від наявних правил (можливість розірвання шлюбу за ініціативою жінки, а не лише

⁵² Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право) / Пер. с франц. — С. 399.

⁵⁴ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. — С. 391–392; Хашматулла Бехруз. Введение в сравнительное правоведение. — С. 200.

чоловіка; розірвання шлюбу у випадку порушення чоловіком одношлюбності тощо). Статус шлюбу було серйозно змінено, особливо в Сирії, саме внаслідок подібних угод. На відміну від мусульман-шиїтів, мусульмани-суніти не допускають, наприклад, встановлення у цьому питанні деяких умов, таких як тимчасовий характер шлюбу або режим спільності майна подружжя. Можливість розвитку мусульманського права шляхом приватних угод не втрачає однак свого значення⁵⁵.

Отже, поява додаткових джерел мусульманського права була свого роду відповіддю на необхідність подальшої конкретизації й адаптації положень основних джерел мусульманського права.

В юридичній літературі виділяють ще так звані «малі джерела мусульманського права», які ще називають «юридичною технікою ісламського права». Їх поширення викликано тим, що для норм мусульманського права характерна казуїстичність, і тому в процесі їх реалізації величезну роль відіграють саме малі джерела права.

До малих джерел мусульманського права, зокрема, належать: 1) істихсан (юридичні переваги). Тобто замість того, щоб слідувати суворому киясу, правозастосовувач може надати перевагу іншому рішенню. Це означає рівність між іджмою і киясом, що допомагає забезпечити гнучкість і пристосовуваність усієї ісламської юридичної системи; 2) істисхаб (правова презумпція). Це пошук поєднувального ланцюга, якого-небудь свідчення, на підставі якого можна визнати, що наявний стан справ виник законним чином і може зберігатися до того часу, поки не доведено інше. Отже, це правова презумпція, суть якої означає правило доказування чи правове припущення продовження існування умов. Він прийнятий усіма школами як мале джерело мусульманського права; 3) істислах (чи маслаха) (суспільне благо). Це джерело має значення лише тоді, коли існують переконливі і безспірні міркування, що стосуються цієї спільноти. Дана концепція схожа з англійським уявленням про суспільну доцільність; 4) дарура (необхідність, виведена шляхом киясу із принципу, закріпленого в Корані. Тобто недозволене могло стати дозволеним, наприклад, кінний воїн безпосередньо перед битвою міг у сидлі прочитати молитву, не вчиняючи необхідних для цього ритуальних положень); сахаба (узгоджена думка послідовників пророка). Являє собою вироблені в рамках правових шкіл досягнення послідовників пророка Магомета, що представлені у низці порад і рішень, винесених з конкретних справ, які стали обов'язковими в

⁵⁵ Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право) / Пер. с франц. — С. 399.

аналогічних ситуаціях. Головною вимогою застосування цього джерела є те, щоб жоден із послідовників пророка не виступив проти такого рішення⁵⁶. Отже, як видно із досліджуваних різноманітних джерел мусульманського права, воно не являє собою узгодженого зводу законів, який чітко регламентує суспільні відносини. У представленому розмаїтті джерел, безперечно, основне місце посідає їх класифікація в межах чотирьох груп залежно від їх значущості, це — Коран, Суна, іджма та кияс. Наявність інших джерел права сприяє розвитку та адаптації основних джерел мусульманського права, однак у різних мусульманських країнах чи правових школах до них не існує однозначного ставлення.

Структура мусульманського права

Ісламська концепція права базується, по-перше, на постулатах ісламу як релігії; по-друге, іслам — це система норм, що регулюють спосіб життя мусульманина в усіх його аспектах, у тому числі й правових. У зв'язку із цим в ісламі не проводиться чіткого розмежування між правом, з одного боку, та релігією й мораллю — з іншого⁵⁷.

Для розуміння мусульманського права як особливої системи соціально-нормативного регулювання неабияке значення має виявлення його структури. Для визначення мусульманського права дослідники, як уже вказувалося, використовують терміни «шаріат» та «фікх». Іноді їх вживають як синоніми. Однак більшість правознавців, зазначаючи близькість цих понять, вкладають у них різний зміст. На їх думку, шаріат як універсальна нормативно-догматична система регулює поведінку мусульман в усіх сферах життя, зокрема, їх почуття та спосіб мислення, і тому включає чотири елементи — релігійну догматику ісламу; мусульманську мораль і етику; норми, що регулюють відносин віруючих з Аллахом («'ібадат»), тобто порядок виконання основних релігійних обов'язків; правила поведінки мусульман у стосунках між собою і з немусульманами («му'амалат»). Вважається, що останні дві категорії норм є «практичними», оскільки регулюють, головним чином, зовнішню поведінку, вчинки правовірних. Вони об'єднуються у «фікх» — нормативну частину шаріату, яку можна назвати мусульманським правом у широкому розумінні, оскільки в її складі можна спостерігати наявність не лише правових норм, а й правил відправлення основних релігійних обов'язків, серед яких не всі є юридичними⁵⁸.

⁵⁶ Хашматулла Бехруз. Ісламські традиції права: Монографія. — С. 207–211.

⁵⁷ Жданов Н. В. Вказ. праця. — С. 21.

⁵⁸ Сюкяйнен Л. Р. Структура мусульманського права // Мусульманское право (структура и основные институты). — С. 20–21.

Мусульманським правом у вузькому розумінні називають ту групу норм, що регулюють виключно взаємовідносини між людьми.

Зважаючи на те, що юридичні норми походять від релігійних настанов і що мусульманська держава завжди надавала обов'язковості та забезпечувала примусове виконання значній частині релігійних обрядових правил, у науковій літературі термін «мусульманське право» вживається саме в широкому розумінні⁵⁹.

Мусульманська юриспруденція визначає норму мусульманського права як загальнообов'язкове правило поведінки, встановлене верховним законодавцем — Аллахом з будь-якого питання для віруючих прямо, через одкровення, або опосередковано — у формі висновку, зробленого найвидатнішими знавцями шаріату на підставі тлумачення волі Аллаха. Вважається, що будь-яка норма повинна формально засновуватися на одному з джерел права, які визнаються різними школами мусульманського права⁶⁰.

Так, право ісламу мусульманські вчені розподіляють на два великих розділи. Перший з них регулює питання поклоніння мусульман своєму Господу («'ібадат») та складається із розділів, які регламентують правильне вчинення поклоніння, зокрема таких діянь, як молитва («солят»), обов'язкове пожертвування («закят»), піст («соум»), паломництво до Кааби («хадж») та багатьох інших видів наближення мусульманина до свого Господа.

Другий розділ ісламського права регулює взаємовідносини людей у цьому житті («му'амалат»).

Му'амалат, у свою чергу, вчені-правознавці розмежовують на такі групи:

– му'амалат, який пов'язаний із майном і містить розділи щодо купівлі-продажу, спільного ведення бізнесу, оренди, участі у торгівлі майном, а також інших видів господарської діяльності;

– му'амалат, що пов'язаний із сімейними питаннями мусульман і містить норми права щодо порядку укладення шлюбу, розлучення, повернення жінки до своєї сім'ї після смерті чоловіка, клятв про утримання від подружньої близькості, заборонених видів розлучення, про витрати на утримання дружини, а також усе те, що пов'язане із шлюбом, навіть якщо це відбувається після смерті одного з подружжя, наприклад, норми про траур;

⁵⁹ Загальна теорія держави і права: Навч. посібник / За ред. В. В. Кошевичкова. — К.: Юрінком Інтер, 2000. — С. 280–281.

⁶⁰ Сюкяйнен Л. Р. Структура мусульманського права // Мусульманское право (структура и основные институты). — С. 26.

– му'амалят, що пов'язаний із злочинними діями і покаранням за них. Це, наприклад, злочини проти особистості, такі як вбивство, спричинення шкоди здоров'ю; майнові злочини, такі як крадіжка; злочини проти честі й гідності, такі як перелюб, наклеп, образа; злочини, що посягають на розум, пов'язані з обігом алкогольних напоїв та наркотичних засобів, а також вживання таких напоїв та наркотичних засобів. У цьому ж розділі містяться правові норми, які встановлюють покарання (санкції) за вказані дії;

– му'амалят, що пов'язаний із судочинством (норми процесуального права), які встановлюють правила змагальності в процесі, подання позовної заяви, етики судді тощо. Тут також містяться розділи про докази, показання, свідчення, виправдовування, розділи про показання свідків, про представництво, про клятви тощо;

– учені також торкаються теми джихаду – в мусульманському праві цей вид му'амалят є аналогічним гуманітарному праву, що з'явився відносно нещодавно у сучасному міжнародному праві; джихад у розумінні мусульманських учених-правознавців – правила ведення війни⁶¹.

Іноді окремою (третьою) складовою частиною шаріату вважають також покарання («укубат»).

Що ж стосується дій людей, то вони були розподілені на п'ять категорій («ахкам») як з точки зору релігійної, так і з точки зору цивільної.

З релігійної точки зору розрізнялися: 1) обов'язки («фард») або необхідні дії («ваджиб»). До цієї категорії увійшли дії, вчинення яких підлягає винагороді, а невчинення тягне покарання; фард підрозділяється на особистий обов'язок («фард-айн», наприклад, молитва) і додатковий обов'язок («фард кифая», наприклад, паломництво); 2) рекомендовані дії («ман дуб»), за які передбачається винагорода, однак невчинення яких не карається; 3) дозволені дії чи байдужі дії («мубах»); дії, що засуджуються, однак не караються («макрух»); 5) заборонені і карані дії («харам»). Класифікація діянь на вказані п'ять категорій стала причиною відмінностей між правовірними мазхабами.

Із цивільної точки зору діяння були розподілені на правильні («сахих»), неправильні («батиль»), дозволені («джаїз»), дієві («рафід») та пов'язувальні («лазим»).

Таким чином, у шаріаті можна розрізнити, з одного боку, правила, що стосуються культу, з іншого – юридичні приписи⁶².

⁶¹ *Право іслама*. – <http://www.lawfulstate.ru/islam.htm>.

⁶² *Массэ А.* Вказ. праця. – С. 91.

Абсолютна більшість норм мусульманського права мають імперативний характер, і вельми рідко трапляються норми диспозитивні. Ісламські дослідники пояснюють це колективістською суттю норм мусульманського права, які спрямовуються на задоволення загальних потреб усіх мусульман. Але фактично ця особливість є виразом спрямованості мусульманського права на фіксацію обов'язків мусульман, а не їх прав⁶³.

Важливою особливістю системи мусульманського права є те, що поділ її принципів і норм на галузі, на відміну від правових систем іншого типу, не перебуває у тісній взаємозалежності з його джерелами. У Корані норми публічного і приватного права змішані без будь-якого підпорядкування. Класифікація норм мусульманського права була розроблена його доктриною, яка своїм першочерговим завданням вбачала тематичне згрупування індивідуально-нормативних приписів і лише пізніше (коли виникла необхідність у виданні державних законодавчих актів) приступила до визначення власне галузей.

Аналіз системи мусульманського права свідчить, що зазначені галузі характеризувалися неоднаковим рівнем розвитку і значними відмінностями механізму реалізації своїх норм. Особливий інтерес при цьому являє співвідношення публічно-правових та приватно-правових галузей. Хоча традиційна мусульмансько-правова доктрина не розмежовувала їх та не використовувала даної термінології при визначенні галузей, однак на практиці поділ на публічне і приватне мусульманське право певним чином мав місце, якщо мати на увазі специфіку норм, які регулювали відносини за участю мусульманської держави, у порівнянні з правилами поведінки, що застосовувалися у приватних стосунках правовірних⁶⁴.

З точки зору деяких учених система мусульманського права складається з комплексу принципів та сукупності конкретних приписів, які регулюють такі основні сфери життя мусульман: 1) відносини правовірних з Аллахом; 2) стосунки між людьми; 3) зв'язки між державами або релігійними конфесіями. Іноді в самостійну групу виділяють норми, які визначають структуру мусульманської держави-халіфату і її відносини з громадянами (підданими)⁶⁵.

Стаття 1 Маджали – закону Османської імперії, який містив 1850 статей і відіграв роль своєрідного цивільного кодексу – поділяла всі норми

⁶³ *Загальна теорія держави і права: Навч. посібник* / За ред. В. В. Кошійчикова. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 287.

⁶⁴ *Сюкяйнен Л. Р.* Структура мусульманського права // *Мусульманское право (структура и основные институты)*. – С. 28

⁶⁵ Там само. – С. 27–28.

мусульманського права на дві групи. Перша — це правила здійснення релігійних обов'язків, друга — норми, які регламентують стосунки між людьми. Друга група, в свою чергу, підрозділялася ще на три основні підгрупи: 1) право особистого статусу; 2) деліктне (кримінальне) право; 3) цивільне право.

Як пише Л. Р. Сюкияйнен, мусульманське право в цілому — це здебільшого приватне право, яке історично виникло з відносин власності, обміну, особистих немайнових зв'язків. Головне місце у ньому посідають правила поведінки, що орієнтуються на релігійні принципи та релігійно-моральні критерії. Тому є закономірним, що особливу і найбільш розвинену галузь являє собою «право особистого статусу»⁶⁶.

Така галузь мусульманського права, як право особистого статусу, відсутня у континентальному і загальному праві. Вона регулює сімейні, спадкові та деякі інші види відносин. Її провідними інститутами є шлюб, розлучення, спорідненість, матеріальне забезпечення сім'ї, обов'язки щодо виховання дітей, заповіт, спадкування за законом, піклування, обмеження правоздатності та ін. Вплив Корану тут є традиційно істотним. Так, юридичними нормами жінці-мусульманці заборонено одружуватися з немусульманином. Присутні на весіллі свідки повинні бути мусульманами. Одружившись, жінка переходить під владу чоловіка, вона повинна уникати зустрічей з іншими чоловіками, не з'являтися у громадських місцях. Чоловіку дозволяється застосовувати до жінки покарання. Розлучення вважається здебільшого односторонньою дією, яка виходить від чоловіка. Спадкова частка жінки становить половину частки чоловіка та ін. Проте слід зауважити, що навіть таке становище жінки було кращим, ніж воно визначалося у звичаєвому праві арабів, згідно з яким особи жіночої статі не мали абсолютно ніяких прав на спадкування майна своїх батьків, чоловіків, братів⁶⁷.

Важливою рисою сімейно-шлюбних відносин була заборона тимчасових шлюбів в усіх його формах. Основною формою шлюбу був постійний шлюб. Обов'язковими умовами визнання такого шлюбу законним були: 1) взаємна згода осіб, що укладають шлюб; 2) встановлена суддею їх статева зрілість; 3) шлюбний вік (для чоловіків — 15 років, для жінок — з 9 років); 4) для жінок, які вперше вступають у шлюб, — моральна чистота; 5) здатність народжувати дітей; 6) виконання обрядів ісламу; 7) визначен-

⁶⁶ Сюкияйнен Л. Р. Структура мусульманського права // Мусульманское право (структура и основные институты). — С. 28.

⁶⁷ Скахун О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — С. 596.

ня розміру шлюбного викупу («мехр») від чоловіка за майбутню дружину; 8) рівність становища батьків подружжя; 9) одночасний шлюб чоловіка не більш ніж з чотирма жінками, а для жінки — тільки з одним чоловіком.

У халіфській юриспруденції існує чимало умов, які визначають перешкоди до укладення шлюбу, серед яких, зокрема, шлюби з близькими родичами (братами, сестрами, тітками тощо); шлюб одночасно з двома сестрами (із неродичів); одруження з жінкою, яка тричі розлучена тощо.

Розлучення розглядається як розірвання шлюбу з волі чоловіка, і лише в деяких випадках — за взаємною згодою. Право на розлучення може надаватися і жінці, однак за згодою чоловіка і за певну майнову винагороду. Розлучення може бути остаточним і тимчасовим, що надає чоловіку можливість поновити шлюб.

У шаріаті важливе місце відводиться спадкуванню, заснованому на приписах Корану і Суні. Підставами для вступу у спадщину є смерть спадкодавця або ж віровідступництво. У мусульманському законодавстві існує дві групи спадкоємців: «асиб» — чоловіки або родичі по чоловічій лінії і «фарз» — жінки або родичі по жіночій лінії.

До числа спадкоємців «фарз» належать наділені правом на отримання визначених шаріатом часток незалежно від кількості інших претендентів на спадщину (жінка, вдова, дочка, онука від сина, рідна сестра, мати, бабка з батьківської сторони). До числа спадкоємців «асиб» належать особи, доля яких у спадщині у різних випадках різна за розміром і зводиться до залишку у спадщині після виділення часток «фарз».

У мусульманському праві існує інститут заповіту, який надає можливість спадкодавцю розпорядитися на свій розсуд своїм майном⁶⁸.

Важливою складовою будь-якої галузі права є розуміння дієздатності. Мусульманське право знало поділ недієздатних на повністю недієздатних та обмежено дієздатних. У Суні виділяються три категорії людей, які належать до недієздатних, чиї діяння залишаються безкарними. Це — спляча людина, доки вона не прокинеться; божевільна людина, поки вона не дійде до розуму; і дитина, яка не досягла зрілості.

Згідно з мусульманським правом дитина від народження до семи років вважається несвідомою, тобто повністю недієздатною. На цьому етапі вона повністю звільняється від кримінальної відповідальності,

⁶⁸ Шабанов Ф. Ш., Алиев Р. Я. Некоторые положения ханифитской юриспруденции // Ислам: проблемы идеологии, права, политики и экономики: Сб. статей / Отв. ред. А. И. Ионова. — М.: Наука, 1985. — С. 164–168.

однак несе відповідальність цивільну, яка не залежить від рівня розумового розвитку.

Діти від семи до п'ятнадцяти років наділені так званою обмеженою дієздатністю. На думку більшості ісламських правознавців, повноліття настає в п'ятнадцять років. А на думку ханіфітської правової школи — у вісімнадцять.

Цікаво, що така категорія населення, як раби, також визнавалася недієздатною і не наділялася майновими правами.

За класичним мусульманським правом, якщо будь-яка людина, що належить до якої-небудь із зазначених категорій, вчинить злочин, то вона не буде нести відповідальності, а при підписанні нею угод слід вважати такі угоди недійсними⁶⁹.

Норми права особистого статусу належать до найбільш консервативної галузі, хоча в ХХ ст. вони були модернізовані. Зокрема, в Лівані сімейним законом (1917 р), законом про сімейні права (1962 р.); в Тунісі — кодексом про особистий статус (1958 р.); в Іраку — законом про особистий статус (1959 р.) і т. д. Законодавство цих країн передбачає, що у випадку прогалин у законі використовуються принципи мусульманського права, тобто висновки мусульмансько-правової доктрини.

Норми, які встановлюють норми, пов'язані з відправленням релігійного культу, мають суто ритуальне значення. Але в тому й полягає особливість мусульманського права як «права божественного», що цього роду приписи розглядаються поряд з нормами, які регулюють стосунки людей у суспільстві.

Культ базується на п'яти основних обов'язках: сповідання віри, молитва, піст, узаконена милостиня та паломництво. Деякі автори також відносять сюди священну війну (джихад).

Сповідання віри («ташаххуд» — свідоцтво) полягає у вимовленні формули («шахади»): «Немає божества, крім Аллаха, і Магомет — посланник Аллаха». Віруючий повинен застосовувати цю молитву при всіх святкових обставинах, а особливо у випадку близької смерті.

У розширеному значенні слово «шахада» означає свідоцтво, що дається мусульманином, який бореться за віру та гине за неї у священній війні. Тоді він стає «шахидом» — свідком, мучеником.

У Корані відсутнє це слово, однак воно часто трапляється у хадісах, де говориться, що «шахид» входить до раю прямо, не піддаючись допиту ангелів у могилі; він займає там місце коло самого престолу Аллаха.

⁶⁹ Хашматулла Бехруз. Ісламські традиції права: Монографія. — С. 154–155.

Формула шахади повторюється декілька разів під час ритуальної молитви («саят»). Молитва згадується у перших віршах Корану, який наполягає на її обов'язковості і засуджує будь-яку недбалість щодо неї. Саме тому, наприклад, припис Корану: «Не наближайтеся до молитви, коли ви п'яні, поки не будете розуміти, що ви говорите, чи забрудненими — крім випадків, коли ви мандрівники в дорозі, — поки не омие-тесь», — розглядається як загальнообов'язкове правило поведінки і забезпечується державним примусом.

Мусульманин повинен щодня вчиняти п'ять ритуальних молитов: на зорі, опівдні, у другій половині дня, на заході сонця та на початку ночі.

П'ять щоденних молитов є обов'язковими для будь-якого дорослого мусульманина, який перебуває при здоровому глузді. Хворі звільняються від молитов, однак повинні вчиняти їх після одужання. Той, хто нехтує молитвою, вважається невірним («кафиром»).

Окрім обов'язкових канонічних молитов є також необов'язкові. Це нічна молитва, молитви при особливих обставинах, молитва за померлих тощо.

Піст був встановлений Магометом у місяці рамадан. Він передбачений Кораном і був обов'язковим для усіх мусульман, крім хворих та тих, хто подорожує, людей похилого віку, вагітних жінок та матерів-годувальниць, тих, хто зайнятий на важких роботах. Посту слід суворо дотримуватися від сходу сонця до заходу. Після заходу мусульманин повинен прийняти «фатур» — легку їжу, якою він порушує піст. Друга їжа — «сахур» (їжа на зорі) — приймається перед поновленням посту. Наприкінці дня, проведеного в пості, віруючий дякує Аллахові і читає Коран. Той, хто заперече обов'язковість посту, вважається невірним. А той, хто звільняє себе від нього без поважних причин, підлягає тюремному ув'язненню. Піст починається з появою молодого місяця в рамадан. Цей піст вважається кращим засобом спокутування гріхів, вчинених протягом року, і кращим засобом приборкування пристрастей.

Окрім посту, в місяці рамадан у мусульман обов'язковими є також пости за обіцяною, у вигляді великого викупу, у зв'язку з обрядами, приписаними імамом, у випадку засухи тощо.

Узаконена милостиня («закят» — очищення; «садака» — милостиня за раптовим спонуканням) заснована на ідеї, що блага цього світу є нечистими, придбавати їх та користуватися ними можна лише за умови очищення частковим поверненням їх богу. Ця милостиня, яка приписувалася Кораном (58, 14), є обов'язковою для кожного здорового тілом і духом мусульманина, якщо він володіє стадами, має певний мінімальний річний

прибуток («нісаб»), отримує прибуток від сільського господарства, ремесел чи торгівлі.

По суті, мова йде про податок, а точніше, «десятину», яка стягується з прибутку багатіїв і розподіляється поміж бідними. Можливим є стягнення двадцятої частини прибутку, якщо прибуток був отриманий у результаті важкої праці. «Закят» виплачувався натурою. Але поступово він втратив свій благодійний характер і став стягуватися грошима.

Паломництво (хадж) не є безумовно обов'язковим, оскільки його виконання часто заважає матеріальне становище мусульман. Однак кожний повнолітній віруючий, як чоловік, так і жінка, зобов'язаний хоча б раз у житті здійснити паломництво до Мекки, до мечеті Кааба. Дозволяється посилати замість себе замісника. Від паломництва звільняються слабоумні, раби, жінки, які не мають родича, який міг би їх супроводжувати.

Обряди паломництва можна розподілити на дві групи. З одного боку, примітивне паломництво зберігається у формі обрядів («умра»), які можна вчиняти індивідуально у будь-який час за винятком двох місяців хаджа (зу-ль-када та зу-ль-хиджа). Що ж стосується хаджа, то у ньому поєднуються обряди умри з обрядами, що пов'язані з близькими до них святинами. Це амальгама обрядів, які колись були роздільними.

Територія Мекки вважається священною («харам») і суворо забороняється брати із собою звідти хоча б крупинку землі. Перш ніж ступити в район Мекки, паломник повинен привести себе у стан освячення («іхрам»), пов'язаний з численними ритуалами (омиванням, змащенням тіла пахощами, певним одягненням тощо).

Паломництво до Мекки багато мусульман суміщають з відвідуванням могили Магомета в Медині, а іноді навіть з подорожжю до Єрусалиму, міста пророків, у якому знаходиться мечеть Омара.

У звичай паломництва до Мекки А. Массе виділяє три основних елементи: перш за все, релігійний — мусульмани вбачають у цьому вірний засіб знайти милість божу; потім — традиційний політичний елемент (паломництво відіграє роль зібрання мусульман з усього світу); третій елемент — етнографічний: обряди принесення в жертву свого волосся, сезонні обряди та ін.⁷⁰

Деліктне (кримінальне) право («укубай») встановлює заходи кримінально-правової відповідальності для людини: живої, при здоровому розумі, повнолітньої. Це право покликане забезпечити захист п'яти основних цінностей ісламу, а саме: релігії, життя, розуму, продовження роду та

⁷⁰ Массе А. Вказ. праця. — С. 90–104.

власності. А оскільки цінності визначені ісламом, то посягання на них є злочином і розглядається як заборонене Аллахом діяння, за яке він, безумовно, карає.

Мусульманське кримінальне право засноване передусім на відмінності між суворо встановленими («худуд» або «хадд») та дискреційними («тазир») покараннями. До встановлених, вельми суворих, заходів покарання притягують лише за такі злочини: вбивство, перелюб, неправдиві звинувачення, крадіжку, зловживання спиртними напоями, озброєний напад, бунт (смута) та зрада ісламу. Окрім покарання за вказані злочини каді (суддя) міг на власний розсуд покарати за будь-яке інше порушення закону. Йому надавалася значна можливість власного розсуду, і деякі мусульмансько-правові норми були створені саме таким чином⁷¹.

У кримінально-правовій мусульманській концепції широке розуміння правопорушення як релігійного гріха поєднується з його вузьким визначенням у формально-юридичному значенні. З цієї точки зору відповідно до загальноновизнаного висновку аль-Маварді (974–1058) — видатного представника мусульмансько-правової теорії правопорушення, останнє полягає у вчиненні забороненого і караного Аллахом діяння. Зрозуміло, що у даному визначенні мова йде як про ухилення від будь-яких норм, що регулюють стосунки людей, так і порушення релігійних обов'язків, багато з яких набули правового характеру. Одночасно слід мати на увазі, що згідно з прийнятою класифікацією, система мусульманського права не знає суворих відмінностей між санкціями за порушення окремих категорій норм і містить єдину галузь деліктного права⁷².

Так, мусульманська правова доктрина виробила класифікацію злочинів, за якою вони поділяються на три групи: хадд, кісас і тазир.

До злочинів групи хадд належать злочини, які визнаються найнебезпечнішими, оскільки посягають на «права Аллаха» (тобто інтереси всієї мусульманської общини). За такі злочини Коран встановлює вельми суворі покарання: за крадіжку — відрубання руки; за перелюб — сотня ударів або побиття камінням; за розбій — смерть, розп'яття; за зраду ісламу — смерть і т. п.

Група злочинів категорії «кісас» передбачає санкцію, що має назву «кісас» і яка означає заподіяння злочинцю шкоди, рівної наслідкам його діяння. Основними злочинами цієї категорії є вбивство і тілесне пошкодження

⁷¹ Саидов А. Х. Вказ. праця. — С. 307.

⁷² Сюкияйнен Л. Р. Лихачев В. А. Мусульманское деликтное право и уголовное законодательство стран зарубежного Востока // Мусульманское право (структура и основные институты) / Отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. — М.: Ин-т гос. и права АН СССР, 1984. — С. 77.

незворотного характеру. Тому коріння такого підходу чітко вбачається у принципі таліона. У Корані з цього приводу прямо говориться: «душа — за душу, і око — за око, і ніс — за ніс, і вухо — за вухо, і зуб — за зуб, і рани — помста...»⁷³.

Передбачаючи смертну кару за вбивство, мусульманське право допускає можливість застосування за вибором потерпілої сторони одного з трьох «кісас» (визначених покарань): смертну кару, прощення злочинця або виплату викупу за кров.

Зокрема, так званий закон про «кісас» набрав чинності в 1981 р., 199 його статей якого повторюють положення традиційного мусульманського кримінального права (широке застосування смертної кари, покарання батогами, побиття камінням, покарання за принципом таліона).

Можна спостерігати, що злочини вказаних двох груп тягли за собою суворо фіксовані покарання (хадж і кісас). Покарання, що належать до третьої групи злочинів (тазир), відрізняються значною гнучкістю, хоча також мають виражений каральний характер.

Так, група злочинів категорії тазир об'єднує злочини, які посягають на «права Аллаха» (інтереси всієї общини) або на приватні інтереси, але за які в джерелах права визначається не конкретна міра покарання, а санкція, що може змінюватися з урахуванням об'єктивної чи суб'єктивної сторони діяння. Це стосується, наприклад, невиконання деяких релігійних обов'язків, порушення зобов'язань за угодами, невиконання викупу за кров, шахрайства, порушень правил поведінки в громадських місцях, свавілля щодо підлеглих, чаклунства.

Тазир має багато різновидів, серед яких: усний осуд, водіння напівоголеним по місту з публічним оголошенням скоєного гріха, розп'яття на три дні без доведення до смерті, але із заборобою приймати їжу, позбавлення волі, штраф⁷⁴.

У публічних інтересах допускається навіть превентивне покарання тазиром осіб, які ще не скоїли ніяких проступків, однак існує достатньо підстав підозрювати, що вони можуть це зробити.

Теорія мусульманського деліктного права в окремих випадках допускає звільнення від відповідальності за правопорушення категорії тазир. Однак цей вид покарання безумовно виключається у випадку каяття винної особи. Крім того, якщо проступок стосується приватних прав, то ком-

петентний державний орган застосовує тазир, як правило, лише за вимогою потерпілого і вправі не застосовувати покарання у випадку прощення винного потерпілим. Водночас, на думку більшості правознавців, у випадку посягання на «права Аллаха» прощення або помилування не допускаються, оскільки при цьому зачіпаються інтереси не конкретної особи, а всієї общини, і покарання повинно накладатися державним органом. На відміну від загальноприйнятої позиції аль-Маварді вважав, що навіть при порушенні «прав Аллаха» правитель може застосовувати тазир чи помилувати винного, виходячи із «загальної користі».

До кінця XV ст. мусульманське право у формі доктрини виступало провідним джерелом, яке встановлювало систему покарання за правопорушення і регулювало порядок їх застосування. Із створенням Османської імперії помітний вплив на цю галузь права справляла законодавча практика правителів. Справа в тому, що мусульманська державно-правова доктрина, визнаючи існування значних прогалів в основних джерелах мусульманського права, допускала введення нових правових норм у порядку так званої «правової політики». Під нею малося на увазі законодавство, що приймалося правителем з питань, не врегульованих Кораном і Суною. Одночасно була розроблена теорія, яка обґрунтовувала можливість зміни норм шаріату «із зміною часу, місця і умов». Практична реалізація обох концепцій означала, що глава Османської держави і навіть намісники видавали нормативні акти, які не лише доповнювали, а й іноді суттєво корегували висновки муджтахидів⁷⁵.

Цивільне право (му'амалят) становлять приписи, які стосуються питань власності, угод, їх забезпечення, виконання зобов'язань тощо. Ці норми сформульовані в Корані по-різному. Вони можуть мати форму імперативних приписів релігійного характеру («Аллах... повеліває вам повертати майно, яке було вам довірене, його власникам...») або форму досить детально визначених положень як матеріального, так і процесуального характеру («...якщо берете в борг між собою на певний строк, то записуйте це. І нехай записує між вами писець справедливості... І беріть у свідки двох з ваших чоловіків...»).

Релігійний вплив у галузі цивільного права простежується у тому, що верховне право на будь-яке майно визнається за Аллахом. З посиланням на волю пророка забороняється розглядати землю і воду як об'єкти власності.

Особливе місце в регулюванні майнових відносин належить такому інституту, як вакуф. Вакуф — це власність, найчастіше нерухома, відказана

⁷³ *История государства и права зарубежных стран.* — Ч. 1. / Под ред Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. — М.: Инфра-М-Норма, 1997. — С. 428.

⁷⁴ *Сюкияйнен Л. Р., Лихачев В. А.* Вказ. праця. — С. 86; *Теорія держави і права.* Навч. посіб. / За заг. ред. В. В. Конейчикова. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 335–340.

⁷⁵ *Сюкияйнен Л. Р., Лихачев В. А.* Вказ. праця. — С. 93–94.

державою або приватною особою на релігійно-добровільні цілі. За мусульманським правом, особа, яка віддала річ у вакуф, втрачала право власності на цю річ, але зберігала за собою право бути управителем, «вакуфум» («мутавалі»). Майно, відказане на користь релігійної установи, за мусульманським законодавством, вважалось власністю цієї установи. Воно не могло бути об'єктом купівлі-продажу, дарування або заповіту, також не підлягало державному оподаткуванню.

Власність за шаріатом — це право необмеженого розпорядження річчю і користування «її плодами». Звичайним способом придбання цього права стосовно речей, які нікому ще не належать, є фактичне оволодіння ними («кабз»). Речі, які вже комусь належать, придбаваються у власність шляхом передавання («таслим»). Іншим способом набуття власності є спадкування чи купівля.

З розвитком феодальних відносин у мусульман-сунітів поступово дедалі чіткіше відпрацьовувалося питання правового становища земельних володінь, що передбачені шаріатськими настановами: мемлюк, мирийє, мавкуф, матрук і меват.

Мемлюк включає чотири види земель: а) пустирі, взяті у володіння для забудови і заселення і які звільнені від оподаткування; б) землі, подаровані чи куплені з фонду мирийє та які стали приватною власністю; в) землі, захоплені та розподілені як військова здобич; г) землі, захоплені, але не розподілені як здобич, а залишені місцевим мешканцям для оброблення.

Землі мирийє становили власність держави, і доходи від них надходили до державної казни.

Мавкуф (вакфи) — це землі, що належали мечетям та іншим релігійним закладам.

Матрук — землі загального користування, які були двох видів: 1) площі, дороги загального користування; 2) ліси, токи та інші земельні угіддя, що перебували у користуванні жителів певної місцевості. Ці землі також перебували у власності держави і не підлягали відчуженню.

Землі виморочені, «мертві» (меват) — це необроблені землі, які нікому не належать і які є власністю держави. Однак той, хто дбатиме про таку землю зі згоди імама протягом трьох років, отримував від держави документ на право володіння нею. Земельна ділянка як власність вважається недоторканою. Хоча шаріат у своєму земельному законодавстві закріплює також певні умови обмеження власності на землю⁷⁶.

Незважаючи на священність та недоторканність права власності, вважалося, що мусульмани повинні здійснювати своє право не стільки з метою задоволення особистих інтересів, скільки в ім'я благополуччя «умми». Тому існували обмеження у способах набуття права власності. Наприклад, Аллах заборонив мусульманам отримання прибутку шляхом лихварства — «ріби». В ієрархії ісламських гріхів «ріба» посідала третє місце після невіри в Аллаха та дружби з ворогами ісламу.

У рамках структури значна увага приділяється лихварству. Іслам забороняє лихварство, оскільки воно є експлуатацією людини людиною та безоплатним присвоєнням її майна. Все майно вважається священним, і на нього не можна посягати. Також Аллах сказав: «Простіть ту лихву, що раніше належала вам. Якщо ж не простите, то Аллах і Посланник будуть проти вас. А якщо простите, то вам залишаться ваші первісні здобутки. Не творіть свавілля, тоді і над вами не буде вчинено свавілля»⁷⁷.

Провідне місце в системі регулювання цивільно-правових відносин посідає інститут угод, джерелом якого є положення Корану. Так, у Корані зазначено: «щасливі віруючі, які дотримуються своїх домовленостей та угод». Сфера поширення інституту угод охоплює не лише приватно-правові відносини, а й публічно-правові. Зокрема, дія даного інституту поширюється і на правителя держави, який при зайнятті посади укладає договір з ісламською «уммою» в особі її представників, де передбачаються права та обов'язки глави держави і віруючих один до одного.

Інститут угод передбачає низку принципів його реалізації, найважливішим з яких є вільне волевиявлення сторін⁷⁸.

Мусульманське право не знає торговельного права як самостійної галузі, проте приділяє увагу різним формам комерційних об'єднань⁷⁹. Також у структурі мусульманського права виділяється група норм, що регулюють торговельно-правові відносини. Так, ісламська держава не повинна втручатися в ринковий механізм встановлення цін. Ніхто також не має права обмежувати свободу торгівлі, і вартість товару регулюється попитом ринку.

Іслам також забороняє монополію у будь-якому вигляді, оскільки монополіст утримує продукти харчування та необхідні людям речі до тих

⁷⁷ Хаїматулла Бехруз. Ісламські традиції права: Монографія. — С. 154.

⁷⁸ Там само. — С. 155–156.

⁷⁹ Сюкіяйнен Л. Р. Структура мусульманського права // Мусульманське право (структура і основні інститути) — С. 29; Скаку О. Ф. Теорія держави і права: Підручч. — С. 597; Загальна теорія держави і права: Навч. посіб. / За ред. В. В. Кошеїчкова. — К.: Юрінком Інтер, 2000. — С. 288.

⁷⁶ Шабанов Ф. Ш., Алиев Р. Я. Некоторые положения ханифитской юриспруденции // Ислам: проблемы идеологии, права, политики и экономики. — С. 163–164.

пір, поки не зменшиться кількість цих продуктів на ринку, а потім продає їх за велику ціну, щоб задовольнити свою жадобу, в результаті чого завдає шкоди і багатим, і бідним⁸⁰.

Крім наведених галузей, мусульманська правова доктрина виокремлює ще декілька галузей: 1) «владні норми»; 2) міжнародне право; 3) судове право.

Публічно-правова галузь «владних норм» (або галузь державного права) охопила ряд інститутів і норм, що регулюють державно- та адміністративно-правові (у тому числі фінансові) відносини.

Як свідчать спеціальні дослідження, ця галузь мусульманського права в цілому виявилася менш розвинутою. Мається на увазі не стільки рівень теоретичної розробки «владних норм» доктриною, яка досягла чималих успіхів, стільки її практична реалізація. Більшість цих приписів так і залишилися на папері, не знайшовши свого втілення у відповідних владних відносинах. Це не означає, що в мусульманських владних країнах у середні віки ці відносини не були регламентовані, навпаки, вони були визначені досить детально. Але відповідні приписи склалися не з норм, які впливали з традиційних для ісламу норм права, а формулювалися в актах, що видавалися саме владними структурами. Такі акти відбивали потреби поточного етапу суспільного розвитку і тому часто відходили від положень ортодоксальної теорії мусульманського права⁸¹.

Вплив ісламу на сучасне державне право проявляється у закріпленні конкретних інститутів і норм мусульманського права. Перш за все, це стосується існування принципів консультативності та дорадчості. В деяких ісламських державах на чолі держави стоїть дорадчий орган, принципи формування і діяльності якого значною мірою входять до ісламсько-правової концепції консультативного правління. Згідно з Конституцією Катару, наприклад, Консультативна рада призначається еміром, і до її функцій належить давати поради главі держави, який є повноважним приймати закони лише після консультації з цим органом⁸².

Близькою до вказаної галузі є галузь міжнародного права («сійяр» — поведінка, манера дій), норми якої стосуються відносин халіфату з іншими державами, питань війни і миру (у тому числі священної війни джихад з відступниками ісламу), відносин мусульманської общини з представниками інших релігій, правового становища різних категорій населення за-

⁸⁰ Хашматулла Бехруз. Вказ. праця. — С. 158.

⁸¹ Сюкьяйнен Л. Р. Мусульманское право. — М., 1986. — С. 86; Теорія держави і права. Навч. посіб. / За заг. ред. В. В. Кошійчикова. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — С. 335.

⁸² Хашматулла Бехруз. Ісламські традиції права: Монографія. — С. 164.

лежно від їх ставлення до ісламу тощо. Інакше кажучи, дана галузь об'єднала як норми міжнародно-правового характеру, так і окремі внутрішньодержавні юридичні приписи. Причому друга група норм регламентувала здійснення ряду внутрішніх функцій мусульманської держави як суверенної організації. Тим самим вона по суті доповнила галузь «владних норм» (у тому числі у сфері регулювання державних фінансів, наприклад, шляхом встановлення порядку розподілу воєнної здобичі)⁸³.

У класичному мусульманському праві відсутнє визначення публічного міжнародного права, оскільки стародавні вчені виходили із засад, закладених у Корані та Суні, що роз'яснювали відносини мусульман з немусульманами під час миру та війни. Поява науки міжнародного права пов'язана з діяльністю мусульманських теологів. Першими працями, присвяченими ісламському тлумаченню регулювання міжнародних відносин, прийнято вважати «Великий сійяр» і «Малий сійяр» Магомета Бен аль-Хасана аш-Шибані (804 р.)⁸⁴.

На думку М. Аллаха, «сійяр» виступає як частина права, звичаїв і договірних зобов'язань, яких дотримується ісламська держава де-факто і де-юре у взаємовідносинах з іншими державами де-факто і де-юре⁸⁵.

Також Р. Шарль зазначав, що в класичному мусульманському праві відсутнє визначення публічного міжнародного права, оскільки юристи-теологи виходили з основ, закладених у Корані та Суні, які висвітлювали відносини мусульман з немусульманами під час миру та війни. Звичайно, що в Корані норми публічного та приватного права, якщо взагалі можна говорити про такі у сучасному розумінні, були надані без будь-якої системи викладу теорії права⁸⁶.

Отже, міжнародне право є важливою галуззю мусульманського права, яке регулює відносини мусульманських держав з державами іншого світу, а також відносини мусульман з немусульманами всередині та ззовні ісламських держав. Міжнародна концепція мусульманського права виходить із розподілу світу на декілька груп країн, відносини між якими регулюються правовими нормами та звичаями: 1) світ ісламу (країни з ісламською формою правління. Захист світу ісламу вважається священним обов'язком мусульманина); 2) світ війни (держави різних типів. Перший тип — держави, які оголосили війну, другий тип — держави, які раніше

⁸³ Сюкьяйнен Л. Р. Структура мусульманського права // Мусульманское право (структура и основные институты) — С. 29.

⁸⁴ Жданов Н. В. Вказ. праця. — С. 23.

⁸⁵ Allah M. H. The Muslim Conduct of States. — Lahore, 1953. — P. 3–4.

⁸⁶ Шарль Р. Вказ. праця. — С. 15.

були під владою мусульман і султана, однак потім мусульмани залишили їх і очікують від них зради; третій тип — держави, де ісламський правитель не наділений владою і не може чинити правосуддя згідно з ісламським правом; четвертий тип — район війни, яку ведуть немусульмани, однак це являє загрозу для ісламської держави, якщо цей район межує з іншим світом війни); 3) світ договору (територія, над якою мусульмани не встановили свого контролю, причому район світу договору розміщений у самій ісламській державі, де ряд правителів укладають договори з немусульманськими спільнотами і т. ін.)⁸⁷.

Суб'єктами міжнародного права згідно з мусульманською доктриною є держави, однак не виключається і правосуб'єктність фізичних осіб. Виходячи із вселенського характеру релігії, мусульманське право було персоніфікованим, а не територіальним, оскільки територіальна обмеженість не співвідносилася з метою створити ісламську державу на території усього світу⁸⁸. Це, зокрема, суперечить реаліям сучасних міжнародних відносин. Принципи ісламського мусульманського права мають релігійний характер і тому навряд чи можуть бути сприйняті іншими державами з іншими релігійними чи ідеологічними доктринами. Саме тому в сучасній концепції ісламського права існує дві категорії норм: регіональні (які регулюють відносини між мусульманськими країнами) та універсальні⁸⁹.

Галузь судового права утворюють норми, які регламентують порядок утворення, функціонування та компетенцію органів, покликаних здійснювати правосуддя.

Процес за мусульманським правом мав, як правило, обвинувальний характер. Справи порушувалися не від імені державних органів, а зацікавленими особами (за винятком злочинів, спрямованих проти державної влади). Різниця між кримінальними та цивільними справами була практично відсутня. Судові справи розглядалися публічно, зазвичай, у мечеті, де могли бути присутніми усі бажаючі. Сторони повинні були самостійно вести справу, не звертаючись по допомогу до адвоката. Процес відбувався в усній формі, письмове діловодство, як правило, не застосовувалося, хоча з часів правління Абасидів з цивільних справ почали складатися судові протоколи⁹⁰.

⁸⁷ Хашматулла Бехруз. Введение в сравнительное правоведение. — С. 204; Хашматулла Бехруз. Исламские традиции права: Монография. — С. 166.

⁸⁸ Жданов Н. В. Вказ. праця. — С. 29.

⁸⁹ Там само. — С. 34.

⁹⁰ История государства и права зарубежных стран. — Ч. 1. / Под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. — М.: Инфра-М-Норма, 1997. — С. 429.

Мусульманське правосуддя відрізняється простотою. Суддя розглядав справи всіх категорій. Ієрархії судів не існувало. Теоретично суд вершився іменем Аллаха, а практично — спеціально обраною особою (каді).

У «Книзі про суддів», яка дійшла до нас з X ст., говориться, наприклад, що суддівська посада, з одного боку, — це справа божа, вона підносить людину, надає їй пошани та поваги, а з іншого боку ця посада викликає у людей збентеження і страх. Людина, яка стала каді, стає на вельми небезпечний шлях, оскільки може скоїти неправильні вчинки, проявити марнославство або спокуситися хабарами, за що згідно з канонами слідує суворе покарання у «наступному житті».

Деякими особливостями відрізнявся порядок розгляду справ мусульманськими каді і виконання винесених ними рішень. Звичайні спори цивільно-правового характеру, що впливають з угод і питань особистого статусу, а також такі злочини, як неправдиві звинувачення у перелюбі, вбивство та тілесні ушкодження, каді розглядав лише за позовом особи, право якої було порушене. Інші справи могли стати предметом судового розгляду за вимогою будь-кого, у тому числі й за ініціативою самого судді.

Судова система, яка склалася у середньовіччі з характерним для неї дуалізмом судів каді та цивільних судових органів, у другій половині XIX ст. збереглася у більшості мусульманських країн.

Кримінальні справи розслідувала поліція, і потім вони розглядалися спеціальним судом, який діяв при апараті намісника і часто виносив вироки, які не збігалися з нормами мусульманського права. Фактичне розмежування компетенцій мусульманських, цивільних і консульських судів, а також судів персонального права для немусульман, які склалися в арабських країнах, що входили до складу Османської імперії, у середині XIX ст. набули офіційного закріплення⁹¹.

Особливістю процесуального права шаріату було те, що судові рішення не було остаточним, у випадку встановлення нових фактів по справі суддя міг переглянути власне рішення.

Основними принципами судочинства були: 1) одноособове вирішення справи; 2) безперервність судового процесу (справи вирішувалися протягом одного засідання); 3) повна рівність сторін — учасників судового розгляду; 4) неприпустимість прийняття рішення без заслуховування всіх суб'єктів спору.

⁹¹ Хашматулла Бехруз. Введение в сравнительное правоведение. — С. 209–210; Саидов А. Х. Вказ. праця. — С. 308.

Доказами, на підставі яких виносилися судові рішення, були: 1) показання свідків (при цьому показання одного чоловіка прирівнювалося до показань двох жінок); 2) зізнання підсудного; 3) письмові документи; 4) обґрунтовані, з точки зору судді, чутки; 5) особисте переконання судді, що склалося на підставі лише йому одному відомих фактів. Це відкривало необмежений простір для свавілля кадї.

За відсутності достовірних чи переконливих доказів застосовувалася клятва, яку зазвичай повинен був промовити відповідач чи звинувачений. Така клятва, з посиланням на Аллаха, приймалася як вагомий доказ у судовому процесі. Вона звільняла звинуваченого від відповідальності або принаймні пом'якшувала покарання.

У кадї однак не було спеціального примусового апарату, здатного забезпечити швидке і точне виконання його вироків. Такий апарат був у розпорядженні світської влади. Тому поступово розгляд кримінальних справ вийшов з компетенції суду кадї і перейшов до судів компетенції правителя, його намісників і поліції⁹².

На теперішній час деякі мусульманські країни (наприклад, Єгипет) повністю відмовилися від мусульманських судів. Однак у більшості арабських країн вони продовжують відігравати значну роль у механізмі соціальної дії права. Подекуди (наприклад, у Судані) система мусульманських судів набула навіть багаторівневого характеру (декілька інстанцій), в деяких країнах існують паралельні системи мусульманських судів, які відповідають різноманітним тлумачам, як, наприклад, сунітські та джаффаратські суди в Іраку та Ливані⁹³.

Отже, особливістю структури мусульманського права є те, що поділ її принципів і норм на галузі не перебуває у тісній взаємозалежності від його джерел. У Корані норми публічного та приватного права змішані без будь-якого підпорядкування. Класифікація норм мусульманського права була розроблена його доктриною, яка своїм першочерговим завданням вбачала тематичне згрупування індивідуально-нормативних приписів і лише пізніше приступила до визначення власне галузей. Зазначені галузі характеризувалися неоднаковим рівнем розвитку і значними відмінностями механізму реалізації своїх норм.

⁹² *Загальна теорія держави і права: Навч. посібник / За ред. В. В. Колейчикова. — К.: Юрііком Інтер, 2000. — С. 294–295; Історія государства и права зарубежных стран. — Ч. 1. / Под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. — М.: Инфра-М-Норма, 1997. — С. 429–430.*
⁹³ *Саидов А. Х.* Вказ. праця. — С. 308.

Місце прав людини у мусульманському праві

На думку авторитетних мусульманських учених, шариат покликаний слугувати інтересам людини та задовольняти її світські потреби, одні з яких є життєво необхідними, інші полегшують її існування, а треті можна вважати надмірними. У той час вважалося, що будь-яка мусульманська норма направлена на підтримку і захист однієї з п'яти цінностей шариату — релігії, життя, розуму, продовження роду та власності. Неважко помітити, що лише перша з указаних цінностей безпосередньо виражає божественну природу шариату, а інші переважно підкреслюють його світську спрямованість.

Взаємозв'язок духовного та «земного» простежується також у класифікації всіх захищуваних шариатом інтересів та прав на ті, які належать Аллаху або окремим людям, або ж одночасно як Аллаху, так і індивідам. Шариат висуває суворі вимоги щодо виконання мусульманами релігійних обов'язків і дотримання культових заборон, однак стосовно світських справ займає дещо іншу позицію. Тут норми шариату не спрямовані на надмірне обтяження людини жорсткими обмеженнями. Так, Коран з цього приводу містить такі положення: «Аллах бажає для вас полегшення і не бажає труднощів для вас» (2:181–185); «Не покладає Аллах на душу нічого, крім можливого для неї» (2:286). Не випадково одне з правил мусульманської юриспруденції наголошує, що при колізії двох норм перевага надається тій, застосування якої пов'язане з меншими зусиллями.

Такий підхід, що надає людині досить широку свободу вибору, яка закріплюється відомою мусульмансько-правовою аксіомою, відповідно до якої вихідною оцінкою дій, слів і речей є дозвіл, якщо інше не передбачено Кораном і Суною. Однак, демонструючи турботу про індивідуальне право, шариат наглядає за тим, щоб воно не використовувалося на шкоду інтересам інших та суспільному благу. Намагання запобігти спричиненню шкоди є одним з вихідних засад шариату і тісно пов'язане з ідеєю справедливості, що чітко сформульовано в Корані: «А коли говорите, то будьте справедливими» (6:153–152). Принцип справедливості, в свою чергу, лежить в основі рівності, яка також має місце в Корані і Суні⁹⁴.

Мусульманські теоретики виділяють такі основи «ісламської справедливості», як абсолютна рівність усіх правовірних, свобода совісті та взаємна відповідальність суспільства й індивіда. Варто зазначити, що принцип рівності фактично не поширюється на немусульманське населення,

⁹⁴ *Сокияйітеп Л. Р.* Шариат и мусульманско-правовая культура. — М.: Ин-т гос. и права РАН, 1997. — С. 10–12.

яке було позбавлене багатьох основних громадських та політичних прав. Більш того, навіть серед правовірних цей принцип не мав абсолютного характеру. Так, якщо перший після пророка глава держави розподіляв військову здобич між мусульманами, виходячи з повної рівності, то вже другий халіф, Омар, при цьому надавав перевагу тим, хто перебував у родинних відносинах з пророком чи раніше за інших прийняв мусульманську віру. До теперішнього часу в ряді мусульманських держав Близького Сходу династичні спори вирішуються з урахуванням належності до роду пророка.

У теорії мусульманського права вважається, що прийняття ісламу робить усіх людей рівними незалежно від їх соціального походження, кольору шкіри чи мови. Мова, зокрема, йде про рівність усіх перед законом і судом⁹⁵.

Однак, незважаючи на таку нібито толерантність стосовно прав людини в ісламі, все ж класичне мусульманське право розмежовує права людини немусульманина та власне права мусульман, де останнім надається перевага. Це пов'язане, передусім, із сакральною природою мусульманського права, яке використовує своєрідні засоби вирішення проблеми прав людини, які є суттєво відмінними від засобів, що використовуються іншими правовими системами. Хоча на сьогодні мусульманська правова сім'я увібрала в себе численні елементи інших правових традицій.

Основною відмінністю європейської та ісламської концепції прав людини, як пише Х. Бехруз, є те, що якщо західна теорія природного права відшукує витоки права в природі людей і вважає суб'єктивні природні права людини джерелом закону, то іслам навпаки джерелом прав і свобод людини визнає мусульманське право, засноване на релігійних нормах, відображених в Корані і Суні. Критерієм, покладеним в основу визначення природи єдиних для всіх прав і свобод, є воля Аллаха, виражена в шаріаті, яка не піддається впливу суб'єктивних інтересів і бажань⁹⁶.

Права людини в мусульманському праві обумовлені передусім обов'язками відносно самого себе, общини (умми), суспільства, держави і Аллаха. Хоча це не дає підстав заперечувати власне існування прав та можливостей в ісламі.

Так, значна увага в мусульманському праві приділяється правовому статусу особистості, якому в Корані присвячено 70 віршів. Вихідною пе-

⁹⁵ Оган Э. С. Ислам и конституционное строительство в странах Востока // Мусульманское право. — М., 1984. — С. 116–117.

⁹⁶ Хашматулла Бехруз. Исламские традиции права: Монография. — С. 214–215.

редумовою для ісламської теорії основних прав людини слугує тлумачення відомого вірша 74-ї сури Корану, де говориться, що мусульманин має право вимагати від держави поваги до своїх основних прав. Одночасно вважається, що права і свободи, які зафіксовані в сучасних конституціях мусульманських держав, перебувають у повній відповідності з мусульманськими принципами і повинні дотримуватися державою. Ці права однак не розглядаються як абсолютні. Держава зобов'язана при їх реалізації виходити передусім із загальних інтересів віруючих⁹⁷.

М. Афіфій подає таку класифікацію свобод людини:

1. Особиста свобода, дарована людям Аллахом, причому «свобода індивіда має подвійний характер і обмежується свободою групи (колективу)».

2. Свобода поведінки. Іслам узаконив особисту власність, якщо вона є наслідком законних дій, заборонив посягання на неї та гарантував її володарю свободу розпоряджатися своєю власністю, якщо тільки такі дії не становлять загрози суспільству. Шаріат встановив контроль за неповнолітніми, слабоумними, божевільними, оскільки вони не здатні самостійно вести справи.

3. Свобода думки, відповідно до мусульманського вчення, повинна засновуватися на достовірних фактах, що не мають характеру припущення чи утопії, а приносять користь людям.

4. Свобода віросповідання. Згідно з шаріатом людина наділена повною свободою віросповідання. Має право захищати своє віросповідання, справляти релігійні обряди та закликати інших слідувати їй прикладу. В ісламі підкреслюється необхідність вільного вибору віросповідання на підставі повного переконання.

Політичні права в ісламі класифікуються на права стосовно індивідумів, суспільства та «зімми» (іновірців, які отримали заступництво мусульман) і сягають діяльності держави на основі принципу «шура» (рада, нарада), тобто політичного права громадян (мусульман) у Світі Ісламу брати участь в управлінні суспільством.

Власне рада та принцип участі в раді розглядаються як прояв рівності, свободи думки та критики, визнання особистості індивіда в рамках суспільного інтересу⁹⁸.

Згідно з мусульманським правом джерелом влади є Аллах, а її здійснення делеговане людині. Тому забороняються партії, які не до вподоби Аллаху. «Неправомірною» у такому випадку є практика створення профспілок,

⁹⁷ Оган Э. С. Вказ. праця. — С. 116.

⁹⁸ Жданов Н. В. Вказ. праця. — С. 106–107.

оскільки вони у більшості країн зони поширення ісламу розглядаються як одна з форм політичних партій. Точніше, у зв'язку із забороною діяльності опозиційних партій в деяких країнах, де була дозволена профспілкова діяльність, відбувався процес політизації профспілок.

На сучасному етапі існують і проміжні концепції: Аллах делегував народові владу, і тому народ є основою влади, але його дії обмежуються тлумаченням ісламу.

Вирішальним та результативним для всього ісламського світу, зокрема, для мусульманської концепції прав людини, стало опублікування Ісламською радою 19 вересня 1981 р. в Парижі Загальної ісламської декларації прав людини. Ця декларація була прийнята на міжнародній конференції, присвяченій пророку Магомету, яка відбулася в Лондоні з 12 по 15 квітня 1980 р.

Як зазначав генеральний секретар ради Салем Аззам, «Загальна ісламська декларація прав людини засновується на Корані і Суні і розроблена видатними мусульманськими ерудитами та юристами, а також представниками ісламських рухів та течій думки»⁹⁹.

У преамбулі ісламської декларації прав людини підкреслюється, що «Аллах дав людству через свої одкровення в Священному Корані і Суні Його Святого Пророка Магомета міцну юридичну та моральну основу, яка дозволяє створювати та регулювати інститути та людські відносини; в силу їх Божественних джерел і освячення ці права не можуть бути ані обмежені, ані скасовані, ані порушені владою, асамблеями чи іншими інститутами, так само як неможливо їх зректися чи від них відмовитися»¹⁰⁰.

Також зазначається, що мусульмани вірять у свій обов'язок установити такий ісламський порядок:

1) де всі людські істоти будуть рівними і ніхто не буде мати привілеїв чи піддаватися дискримінації через належність до своїх раси, кольору шкіри, статі, а також залежно від свого походження і мови;

2) де всі людські істоти народжуються вільними;

3) де рабство і каторжна праця заборонені;

4) де створені умови для збереження, захисту і шанування інституту сім'ї як основи суспільства;

5) де правителі та підлеглі однаково відповідають перед законом і рівні перед ним;

6) де підкоряються лише тим наказам, які відповідають закону;

⁹⁹ Жданов Н. В. Вказ. праця. — С. 110–111.

¹⁰⁰ Всеобщая исламская декларация прав человека // Жданов Н. В. Исламская концепция миропорядка. — М.: Международные отношения, 1991. — С. 194.

7) де будь-яка земна влада розглядається як священна і дана на час, приписаний законом, і повинна здійснюватися відповідно до нього та встановлених ним пріоритетів;

8) де всі економічні ресурси розглядаються як божественні благовоління, що надані людству, якими всі можуть користуватися відповідно до правил і цінностей, викладених у Корані та Суні;

9) де всі суспільні справи вирішуються та ведуться, а адміністративна влада здійснюється після наради (шура) з віруючими, які уповноважені брати участь у прийнятті рішення, яке не суперечить закону та суспільному благу;

10) де кожний виконує свої обов'язки відповідно до своїх здібностей і згідно з цим несе відповідальність за свої вчинки;

11) де кожний може бути впевненим у тому, що у разі порушення його прав будуть вжиті заходи, передбачені законом;

12) де ніхто не може бути позбавлений прав, гарантованих йому законом, крім як у відповідності з даним законом тією мірою, якою дозволено законом;

13) де кожний має право розпочинати юридичні дії проти будь-кого, хто вчинив злочин проти суспільства в цілому або проти одного з його членів;

14) де буде докладено усіх зусиль задля того, щоб:

а) звільнити людство від будь-якої експлуатації, несправедливості та гноблення;

б) гарантувати кожному безпеку, гідність та свободу в умовах, методами і в межах, встановлених законом¹⁰¹.

В ісламській декларації відображаються такі основні права людини, які вважаються приписаними ісламом. Серед них такі¹⁰²:

1) право на життя, яке вважається священним і недоторканим. Однак нормами класичного мусульманського права за вчинення окремих видів злочинів, як зазначалося у попередніх підрозділах, передбачається смертна кара. Таке позбавлення життя вважається згідно з Кораном правомірним: «...не вбивайте душу, яку заборонив Аллах, інакше як по праву»¹⁰³.

У контексті права на життя варто згадати категоричну заборону ісламом самогубства, оскільки людська душа належить Аллаху і ніхто не має

¹⁰¹ Там само. — С. 195.

¹⁰² Там само. — С. 195–199.

¹⁰³ Коран // Пер. с араб. — М., 1990. — Сура 17, аят 35.

права спричинити їй шкоду. Також убивством згідно з Кораном вважається штучне переривання вагітності (аборт), яке допускається лише у випадку, якщо життю матері ненародженої дитини загрожує небезпека¹⁰⁴;

2) право на свободу в усіх її формах — фізичну, культурну, економічну, політичну;

3) право на рівність та недопущення жодної дискримінації, що включає в себе право на працю та її відповідну оплату незалежно від релігійної віри, кольору шкіри, раси, походження, статі чи мови;

4) право на справедливість, що передбачає, зокрема, право на захист відповідно до закону;

5) право на справедливий судовий процес, яке включає в себе презумпцію невинуватості, справедливе та адекватне вчиненому покарання, індивідуальну відповідальність.

Щодо зазначених вище прав (свободи, рівності, справедливості) варто акцентувати увагу на принципі рівності, який є, на наш погляд, серед даних категорій прав об'єднувальним критерієм. Принцип рівності у судовому процесі, зокрема, означає, що суд повинен бути однакоим для всіх. Іслам ніколи не дозволяв створювати спеціальні суди для правителів чи намісників; він ніколи не надавав жодних привілеїв будь-якій соціальній групі. Пророк Магомет докладав усіх зусиль, щоб втілити в життя даний принцип, проголошений шаріатом, і знищити всякого роду дискримінацію. Наприклад, за переказами, він не вагався, коли потрібно було застосувати даний принцип щодо знатної жінки із сім'ї курайшитів. Коли люди почали заступатися за неї перед пророком, який виніс рішення відрубати їй руку за крадіжку, він звернувся до них: «Народи, які були до вас, загинули, оскільки прощали злодіїв знатних сімей і карали тих, хто походив з низів. Клянусь Аллахом, навіть якщо дочка Магомета Фатіма вчинить крадіжку, я відрубав їй руку» (цей хадіс приведений Бухарі в «Китаб аль-Анбія» та Муслимом в «Китаб аль-Худуд»).

Так, Омар говорив одному зі своїх суддів: «Стався до всіх людей однаково, щоб ніхто із знаті не міг втягнути тебе в несправедливість, і ніхто із слабких не був розчарованим у твоєму правосудді»¹⁰⁵.

6) наступним правом, визначеним ісламською декларацією, є право на захист проти перевищення влади, тобто проти свавілля з боку офіційних органів;

¹⁰⁴ *Хашматулла Бехруз*. Ісламські традиції права: Монографія. — С. 219–220; *Коран* // Пер. с араб. — Сура 17, аят 33.

¹⁰⁵ *Хусейн Хамід Хасан*. Принцип рівності в ісламі // Відлучений рассылки Айдири Ализаде (mailto: alizadeh@mail.ru).

7) право на захист від тортур передбачає, що жодна людина не повинна піддаватися психічним чи фізичним тортурам, приниженню, погрозам спричинення шкоди тощо, з метою отримання визнання у скоєнні злочину;

8) право на захист честі та репутації від наклепу, необгрунтованих звинувачень тощо;

9) право притулку, яке гарантується будь-кому, незалежно від раси, релігійної належності, кольору шкіри і статі. Таким притулком для всіх мусульман є Аль-Масджид аль-Харам (Священний Дім Аллаха) в Мекці;

10) права меншин передбачені відповідно до принципу Корану «В релігії немає примусу»; вони надають меншинам можливість вибору між ісламським Законом та їх власними законами;

11) право на обов'язкову участь в управлінні справами суспільства — кожний член умми має право обіймати державні посади; народ має право обирати та усувати своїх представників.

У цьому ракурсі, можливо, варто згадати, що іслам зобов'язує правителя мусульман підбирати на кожну посаду найбільш відповідну та висококваліфіковану людину, яка здатна виконувати обов'язки найкращим чином. При цьому не повинні враховуватися ані родинні зв'язки, ані соціальне становище, ані багатство, ані расова чи національна належність. Так, за переказами, Абу Бакр після того, як став халіфом, піднявся на узвишшя мечеті і сказав: «Мене призначили вашим керівником, хоча я не кращий із вас. Якщо ви побачите, що я йду правильним шляхом, то допоможіть мені. Але якщо побачите, що я вчиняю неправильно, зупиніть мене. Підкорюйтеся мені, поки я підкорююся Аллаху, але якщо я ослушаюся Аллаха, то ви не зобов'язані слідувати за мною. Знайте, що найсильніший з вас — це слабкий, якому я доручу виконувати які-небудь обов'язки (тобто керувати іншими)» (хадіс переданий Аль-Табарані в «Тарик аль-Русуль аль-Мулюк»)¹⁰⁶.

У країнах ісламу широкій участі жінок у політичному та економічному житті перешкоджають релігійні уявлення та місцеві традиції. Нерівноправність жінок у цій сфері зберігається у багатьох державах. Так, ще в 1952 р. керівники каїрського мусульманського університету «Аль-Азхар» засудили участь жінок у суспільному житті, а в 1956 р. верховний муфтії Єгипту заборонив жінкам брати участь у загальних виборах до парламенту. Єгипетська влада однак тоді не погодилася на такі обмеження, і в 1957 р. в Єгипті жінки взяли участь у голосуванні і навіть мали двох представниць у парламенті¹⁰⁷;

¹⁰⁶ Там само.

¹⁰⁷ *Опан Э. С.* Вказ. праця. — С. 117.

12) право на свободу совісті, думки та слова передбачає, зокрема, що ніхто не повинен ані зневажати, ані осміювати релігійні переконання інших осіб; людина не має права поширювати брехню; пошук знання і правди є не лише правом, а й обов'язком усякого мусульманина;

13) право на свободу віросповідання;

14) право на свободу зібрання, що передбачає можливість кожної людини брати участь у релігійному, громадському, культурному та політичному житті;

15) економічний порядок та пов'язані з ним права передбачає: право індивідуальної та колективної власності; право бідної верстви населення на закят — певну частину доходу від заможних осіб; використання засобів виробництва в інтересах усієї умми; заборону монополій, лихварства тощо;

16) право на захист власності передбачає, що ніяке майно не може бути експропрійоване, якщо це не відповідає суспільним інтересам. І це може відбутися лише за умови сплати справедливої компенсації;

17) статус і звання трудящих містить право робітника на повагу, справедливість, регулярну оплату праці, відпочинок, дозвілля;

18) право на соціальне забезпечення включає право на їжу, житло, одяг, освіту, медичне обслуговування залежно від ресурсів общини.

Вказані останні чотири види прав належать до категорії соціально-економічних, серед яких мусульманська доктрина особливе місце надавала праву власності. Зокрема, вона негативно ставиться до акумуляції багатства в руках меншин, посилаючись на вірш 59-ї сури Корану, де говориться, що те, що дане Аллахом общині, не повинне розподілятися між заможними¹⁰⁸. Разом з тим сучасні тлумачі ісламу визнають приватну власність невід'ємним елементом економічного розвитку, заперечуючи надмірно сувору регламентацію господарських відносин державою. Право власності не повинне розглядатися як абсолютне і може бути обмежене, виходячи із передумов, що будь-яка власність, перш за все, належить Аллаху, який надав її людям для управління і отримання користі. Із цього можна зробити висновок про соціальну функцію власності, яку мусульманин повинен берегти та примножувати. Він не має права зловживати нею чи використовувати на шкоду інтересам усієї общини. Тому одним з основних принципів ісламу є обов'язок забезпечених відраховувати певну частку свого майна для фінансування економічного розвитку і здійснення соціально-культурних заходів¹⁰⁹;

¹⁰⁸ Оган Э. С. Вказ. праця. — С. 118.

¹⁰⁹ Іванов Н. Социальные аспекты традиционного ислама // Азия и Африка сегодня. — 1982. — № 3. — С. 8.

19) право на створення сім'ї і пов'язані з цим питання передбачають право вступати у шлюб, виховувати дітей відповідно до своєї релігії, традицій та культури; право подружжя на повагу з боку іншого; право дружини та дитини на утримання від чоловіка (батька); право дитини на сім'ю; обов'язок общини щодо захисту дітей у необхідних випадках; повага та захист материнства тощо;

20) права заміжньої жінки включають її право на отримання необхідних засобів до життя такого рівня, щоб був не нижчим, ніж у її чоловіка; право на розлучення; право спадкування згідно із законом; право на дотримання її чоловіком (чи колишнім чоловіком) конфіденційного характеру тієї інформації, яка йому відома щодо неї і яка може спричинити шкоду її інтересам.

Із самих витоків ісламу мусульман переконували, що шлюбні стосунки — це джерело кохання, співчуття та розуміння. В Корані говориться: «Живіть зі своїми дружинами в мирі і злагоді, адже якщо ви їх не будете любити, то відвернетеся від джерела радості та насолоди, які надав вам Аллах» (Коран, 4:19). Шлюб розглядається як природні зв'язки чоловіка та жінки, про що в Корані наголошується: «бійтеся Аллаха і того, з ким Він зв'язав вас взаємними правами...» (Коран, 4:1).

Незважаючи на таку представлену мусульманським правом цінність подружніх відносин, усе ж іслам офіційно дозволяє побиття чоловіками своїх дружин. Так, Коран (4:34) говорить, що «вірні жінки добродійні до чоловіків своїх і бережуть честь і майно, яке велів берегти Аллах. А тих жінок, у вірності яких ви не впевнені, вмовляйте (спочатку), (потім) уникайте їх на ложі подружньому і (нарешті) побивайте їх»¹¹⁰. Дане положення явно суперечить принципу рівності та справедливості, на які в окремих аспектах посилається мусульманське право. Це вказує здебільшого на жінок як на слабку та менш захищену категорію населення.

Нерівноправним становищем чоловіка та жінки характеризується, зокрема, дозвіл ісламу чоловіку-мусульманину одружуватися на жінці, яка не сповідує іслам, і заборона шлюбу мусульманки з іновірцем.

Також у більшості випадків іслам приписує чоловікові частку у спадщині вдвічі більшу за частку жінки. Так, у Корані вказано: «Аллах приписує відносно ваших дітей: «Синові належить частка, що дорівнює частці двох дочок» (Сура, «АН-Нісаа» (Жінки), аят 11). Самі ж мусульмани

¹¹⁰ *Чому Коран дозволяє бить жін мужьями* // Фрагменти беседы Айдына Али-заде (Абдуллы Али) с христианами на форуме дьякона А. Курасва. — <http://www.kurasv.ru/forum>

пов'язують це не з відсутністю рівності чоловіка та жінки та з приниженням її прав як людини, а пояснюють тим, що іслам зобов'язує чоловіка забезпечувати свою дружину та дітей, тоді як на жінку не покладається обов'язку витратити із свого майна на утримання будь-кого.

Що ж до полігамних шлюбів, то мусульманам дозволяється мати не більше чотирьох дружин. Мусульманське право через хадіси приписує: «Хто має двох дружин і надає перевагу одній перед іншою, той у день воскресіння буде підданий суворій карі» (Ібн Маджа «Шлюб», 1 частина). Коран попереджає, що важко встановити справедливість між дружинами: «Ви ніколи не зможете ставитися однаково справедливо до дружин, навіть якби дуже цього бажали» (Сура, «АН-Нісаа» (Жінки), аят 129); «Якщо ж ви побоюєтесь, що не зможете бути однаково справедливими (з жінками), то одружуйтеся з однією» (Коран, 4:3).

Іслам, дозволяючи багатошлюбність, вводить однак певні умови: 1) згода першої (перших) дружини на наступний шлюб чоловіка; 2) матеріальна спроможність чоловіка утримувати декількох дружин (та дітей від них); 3) і головна умова, як зазначалося вище, — справедливе ставлення до жінок;

21) право на освіту передбачає можливість здобуття освіти відповідно до своїх природних здібностей, свободу вибору професії. Це право стосується як чоловіків, так і жінок рівною мірою.

Хадіс пророка стверджує: «Навчання — приписаний обов'язок кожного мусульманина і кожної мусульманки» (передано Ібн Маджа у «Передмові»). Перекази також свідчать про те, що у самого Магомета була досить освічена дружина;

22) право на особисте життя;

23) право на свободу пересування та місця проживання надає можливість, зокрема, кожному мусульманинові вільно в'їжджати до будь-якої мусульманської країни та вільно виїздити з неї.

На перший погляд, вказана декларація цілком висвітлює загальновізанані у світі основоположні права людини, які, зокрема, відображені у Загальній декларації ООН з прав людини. Однак, як справедливо підкреслює М. В. Жданов, вона не має обов'язкового характеру, оскільки була прийнята неурядовою організацією. Декларація виходить із основних положень та принципів універсальних міжнародно-правових норм і не ставить перед державами завдання надати певні гарантії та імплементувати її положення до національного законодавства. Проголошені права та свободи за своїм змістом і можливостями тлумачення «прив'язані» до шаріату, що надає цьому документу традиційного характеру та підкреслює

його невідповідність юридичній практиці у сфері прав людини в ряді країн — членів руху «ісламської солідарності»¹¹¹.

Ісламська декларація з прав людини — не єдиний нормативний акт із захисту прав людини у мусульманському праві. Каїрську декларацію прав людини в ісламі було прийнято 5 серпня 1990 р. У Преамбулі цієї декларації зазначається мета її прийняття: «Держави — члени Організації Ісламська Конференція, знову підтверджуючи культурну та історичну місію ісламського світу, створеного Господом як кращий з народів, що надав людству універсальну й всебічно розвинуту цивілізацію, в якій досягнуто гармонії між життям на цьому світі й на тому і знання узгоджується з вірою; і роль, яку ісламський світ повинен відіграти в тому, щоб вказати шлях людству, яке заплуталося у суперечливих тенденціях та ідеологіях, і знайти вирішення хронічних проблем цієї матеріалістичної цивілізації, намагаючись зробити свій внесок до зусиль людства у ствердженні прав людини, захисту людства від експлуатації та гонінь і підтвердити його свободу і право на гідне життя відповідно до ісламського шаріату, ... вважаючи, що основні права та універсальні свободи в Ісламі є невід'ємною частиною ісламської релігії і що принципово ніхто не має права скасовувати їх повністю або частково, чи порушувати, чи попірати їх, оскільки вони є обов'язковими заповідями Господа, які містяться в Книгах одкровення Господа і були надані через останнього з його Пророків для завершення попередніх божественних послань, що зробило їх дотримання актом молитви, а їх попрання чи порушення страшним гріхом, і тому кожна людина несе особисту відповідальність, а ісламський світ — колективну відповідальність за їх охорону»¹¹².

Каїрська декларація складається із преамбули та 25 статей і за своєю формою не має обов'язкової сили для держав — членів організації, хоча вони, виходячи із принципу добросовісного виконання, повинні дотримуватися усіх її положень. Декларація підтверджує численні загальновізанані світовою спільнотою громадянські, політичні, економічні, соціальні та культурні права і свободи людини. Але ці права і принципи викладено досить стисло, вони мають загальний характер, їх зміст не конкретизовано. Однак, незважаючи на це, декларація стала тим фундаментом, на якому можна будувати сучасну політику держав-учасниць у сфері захисту прав людини. Хоча даний документ насамперед обумовлений релігійною

¹¹¹ Жданов Н. В. Вказ. праця. — С. 115.

¹¹² Каирская Декларация о правах человека в исламе // Центр інформації та документації кримських татар. — <http://www.cidct.org.ua/images>.

специфікою, наприклад, у ст. 1 Каїрської декларації, де зазначається: «Усі люди створюють єдину сім'ю, члени якої поєднані покiрністю Господу і є нащадками Адама. ... Усі люди є слугами Господа, і найулюбленіші ним ті, які найбільш корисні іншим його слугам, і ніхто не має переваги над іншими людьми, хіба що у благочесті та добрих справах». Ст. 22 декларації, що визначає право на вільне вираження своєї думки, насправді ж обмежує це право принципами шаріату: «Кожен має право на вільне вираження своєї думки таким чином, щоб це не суперечило принципам шаріату». Ст. 25 також вказує, що «ісламський шаріат є єдиним джерелом для тлумачення чи пояснення будь-яких статей даної Декларації».

Як видно, у даному документі фактично закріплено пріоритет шаріату над природними правами та свободами людини.

Такий вузькорелігійний характер Каїрської декларації, яка була прийнята з метою уніфікації позицій ісламських держав у сфері прав людини, відбиває позицію найбільш радикальних ісламських держав. Ряд основних прав і свобод у ній не визначено, і, зокрема, відсутня заборона на наявну в ісламі дискримінацію за ознакою статі. Зокрема, ст. 6 декларації досить обмежено вказує на рівність чоловіка і жінки, торкаючись лише гідності, самостійного цивільного статусу та фінансової незалежності, а також права зберігати своє ім'я та рід.

У 1994 р. Лігою арабських держав, яка була створена в 1945 р., було прийнято Арабську хартію прав людини, яка у подальшому мала стати правовою основою міжарабського співробітництва у цій галузі. Ця хартія не повинна була суперечити Каїрській декларації. Вона, як і попередні документи, має декларативний характер і не накладає на держав-учасниць яких-небудь суттєвих зобов'язань. Вона містить ряд серйозних недоліків. Передбачений у ній механізм імплементації є малоефективним і не робить суттєвого внеску у сфері захисту прав людини у країнах цього регіону. Як вказується в літературі, чинні в країнах Близького Сходу внутрішньодержавні механізми не досконалі і не можуть гарантувати індивіду ефективного захисту його прав з таких причин: відсутність демократії в житті арабського суспільства і підкорення всіх державних органів та структур, у тому числі й судових, одній особі та одній політичній партії; відсутність правової бази, яка б відповідадала загальноновизнаним нормам і стандартам у сфері прав людини; збереження в країнах регіону старих національних звичаїв та традицій і низький рівень правової культури населення. У ряді країн цього регіону відсутні найважливіші для захисту прав людини інститути, у тому числі інститут парламентаризму, інститут пар-

ламентського уповноваженого з прав людини та інститут конституційного контролю¹¹³.

Арабська хартія прав людини складається із преамбули та 43-х статей, згрупованих у п'яти розділах, що містять комплекс економічних, політичних, громадянських, соціальних і культурних прав людини, а також комплекс колективних прав.

У преамбулі хартії головний наголос робиться на принципах, закладених у Статуті ООН, Загальній декларації прав людини та двох Міжнародних пактах про права людини, а також Каїрській декларації прав людини в ісламі.

Аналізуючи положення Арабської хартії з точки зору їх відповідності загальноновизнаним принципам і нормам, а також стандартам у даній сфері, дослідники зазначають, що вона багато в чому перевершує прийняту раніше Каїрську декларацію прав людини в ісламі. Її прийняття, безумовно, слід розглядати як прогресивний крок у цьому напрямі для цього регіону.

Разом з тим дослідники вказують на низку недоліків хартії, серед яких, зокрема, такі:

– закріплене у першому розділі хартії право народів на самовизначення і контроль над природними багатствами і ресурсами не цілком відповідає стандартам, закріпленим в п. 2 ст. 1 Пактів про права людини 1966 р., де проголошується право народів вільно розпоряджатися своїми природними багатствами та ресурсами;

– ряд положень хартії захищає статус арабського громадянина відносно неарабських громадян. Це стосується, зокрема, права на працю, права на приватну власність і т. п., що є дискримінаційним з точки зору сучасного міжнародного права;

– право на життя як основне та невід'ємне право індивіда не згадане серед тих прав, від яких держави не повинні відступати ні за яких умов;

– в Арабській хартії спостерігається вплив ісламського фактору. Це проявляється у тому, що в ній не згадується про свободу вибору віри, тобто про право переходу в іншу віру, що не допускається в ісламі. Не згадується також про заборону полігамії, яка має місце в арабських країнах, що є однією з форм дискримінації щодо жінки. У документі заборонені фізичні та психічні тортури, а також жорстоке та нелюдяне ставлення, однак відсутня заборона на жорстоке та нелюдяне покарання;

– у хартії відсутні права на створення політичних партій та організацій;

¹¹³ *Ибрагим Ахмед Хадж Юсеф Абдалла*. Международные и национальные механизмы защиты прав человека на Ближнем Востоке. — Авторсф. ... к. ю. н. — М., 1999. — С. 18.

– не знайшли свого відображення ряд судових і процесуальних гарантій прав особистості, зокрема, не згадується про рівність усіх перед законом, не встановлюється заборона на винесення смертного вироку щодо неповнолітніх;

– проголошуючи право на правосуб'єктність, хартія однак не встановлює заборону на рабство та работоргівлю. Ця прогалина має особливе значення у зв'язку з тим, що рабство і работоргівля не були заборонені чинними нормами ісламського шариату в арабських країнах;

– одним із найсуттєвіших недоліків Арабської хартії є те, що в ній не встановлюються жодні обов'язки держав-учасниць щодо прийняття відповідних законодавчих чи інших заходів, які можуть стати необхідними для здійснення визнаних хартією прав і свобод.

Із цього можна зробити висновок, що Арабська хартія прав людини не створює яких-небудь суттєвих зобов'язань для держав-учасниць. Існує твердження деяких спеціалістів про те, що арабські країни пішли на прийняття хартії для використання її «як регіонального відмежування від спричиненого міжнародним співтовариством тиску»¹¹⁴.

Хартія в її теперішньому стані, безсумнівно, потребує доповнень, поправок та вдосконалення. Тим не менше справа полягає не тільки в тому, наскільки ідеальним стане новий документ, а головним чином, у тому, наскільки його положення відповідатимуть реальній практиці, наскільки точно вони будуть виконуватися. Ефективна реалізація положень хартії стане переломним етапом на шляху необхідних змін у сфері прав людини, які повинні відбутися в арабських країнах відповідно до сучасних умов.

Для цього необхідно:

– наявність політичної волі і бажання арабських держав розпочати такі перетворення і дотримуватися прозорості їх діяльності;

– розуміння того факту, що процес змін потребує чимало часу, співробітництва з іншими державами, неурядовими організаціями та іншими суспільними силами у сфері прав людини;

– усвідомлювати, що саме людина є головним об'єктом розвитку і її роль повинна бути головною у цьому процесі;

– визнання того, що політичні режими в регіоні потребують докорінних реформ, а їх вдале проведення можливе лише за участю всіх сил громадянського суспільства¹¹⁵.

¹¹⁴ *Абашидзе А. Х., Ибрагим Ахмед Абдалла.* Арабская хартия прав человека // Правоведение. – 2000. – № 1. – С. 196–200.

¹¹⁵ *Абдулварес Мухаммед Салех Анаам.* Региональные международно-правовые нормы о защите гражданских и политических прав человека и их осуществление в Республике Йемен: Автореф. ... к. ю. н. – Казань, 2007. – С. 16–18.

Незважаючи на події, які відбуваються в політичній системі арабських держав, у працях західних учених постає питання про те, чи відповідають положення ісламу процесам демократизації, чи не є іслам гальмом для проведення політичних реформ в арабо-мусульманському ареалі? Чи можна співвіднести поведінку, норми та релігійні переконання населення арабо-мусульманських країн з їх уявленнями про демократичне правління або втілення елементів демократії у суспільно-політичне життя цих країн? Одні західні спеціалісти (С. Хантінгтон, С. Ліпсет, Б. Левіс) стверджують, що іслам є несумісним з демократією і обґрунтовують це тим, що в ісламі відсутнє розмежування між релігійною та світською владою, існує беззаперечне підкорення владі та підпорядкування особистих спрямувань інтересам мусульманської общини. Інша група дослідників (А. Ксенія, П. Норріс, Р. Інглехарт, М. Мідларскі) навпаки намагається довести, що цінності ісламу не суперечать процесам демократизації у цих країнах, хоча й можуть існувати культурні та інституційні бар'єри на шляху демократизації арабо-мусульманських країн.

Принцип демократичного устрою усе ж отримав неабияке поширення в арабському світі. Не випадково до текстів конституцій багатьох арабських держав було включено пункт про прихильність до демократії. Керівні діячі цих держав підкреслюють демократичний характер політичного устрою своїх країн, однак вказують на те, що їм притаманні особливі форми розвитку демократії, які відповідають ісламським постулатам, які в своїй основі є демократичними¹¹⁶.

Як видно з аналізу згадуваних правових документів у галузі прав людини, лідери мусульманських держав у процесі втілення елементів демократії намагаються дотримуватися універсальних принципів, вони керуються і цінностями, що притаманні ісламу, а також арабськими традиціями, які можуть стати зручною матрицею і полегшити цей процес та надати йому придатнішої для арабо-мусульманських країн форми.

Отже, в країнах ісламу відбуваються реформи, що спрямовані на розширення основ демократії в їх політичній системі, захист прав людини, а також створення умов для рівноправної участі жінки в усіх сферах соціально-економічного та політичного життя. Прикладом таких змін можуть бути, перш за все, проведення вільних демократичних виборів до законодавчих органів влади, які за минулі декілька років відбулися у Тунісі, Алжирі, Марокко, Єгипті, Йорданії, Йемені, Кувейті та в Палестинській

¹¹⁶ *Мелкумян Е.* Подходы арабо-мусульманского сообщества к процессам демократизации // Ислам в современном мире: внутрисударственный и международно-политический аспекты. Научный ежеквартальный альманах. – Вып. 5–6. – 2006. – <http://www.islamnn.ru>.

Національній Адміністрації (ПНА). Надання політичних прав жінкам у Бахреїні, Омані та Кувейті також стало підтвердженням кардинальних змін, спрямованих на розширення демократії в країнах ісламу¹¹⁷.

Незважаючи на такий «прорив», усе ж одним із традиційних пунктів критики ісламу є становище жінки в ісламі, про що вище згадувалося в контексті її нерівноправного становища у сім'ї. Це, скоріш за все, пов'язано з давніми звичаями та традиціями арабського народу, які ще зберігаються у багатьох мусульманських країнах. Між тим, жінка, з точки зору мусульман, займає в ісламі чи не найповажніше становище. Зокрема, як зазначається в ст. 6 Каїрської декларації про права людини в ісламі, «жінка є рівноправною з чоловіком у людській гідності і наділена як правами, так і обов'язками; вона має свій самостійний цивільний статус і фінансову незалежність, а також право зберігати своє ім'я та рід».

Так, мусульманське право вказує, зокрема, на такі права жінки:

- на працю, за умови дозволу на це чоловіка чи батька;
- на спадщину;
- на освіту;
- на розлучення, причому згода чоловіка не вимагається за наявності чотирьох умов: 1) неспроможність чоловіка забезпечувати сім'ю матеріально; 2) безпліддя чи імпотенція чоловіка; 3) насильство в сім'ї з боку чоловіка; 4) божевілля чоловіка;
- іслам забороняє видавати дівчину заміж без її згоди. Шлюб, укладений всупереч її волі, вважається згідно з шаріатом недійсним.

Що ж стосується чоловіка, то він має право розлучитися з дружиною без її згоди. Однак при цьому він зобов'язаний залишити колишній дружині передшлюбний дарунок (калім) та виплатити певну суму грошей. Чоловік зобов'язаний повністю утримувати дітей, платити колишній дружині гроші за їх виховання та годування до певного віку, оплачувати найм житла. Чоловік матеріально і морально зацікавлений у збереженні шлюбу. З цієї причини у мусульманських країнах жінки частіше стають ініціаторами розлучення, ніж чоловіки¹¹⁸.

Іслам неабиякого значення надає сфері материнства та дитинства, що можна спостерігати як з настанов Корану, так і з інших джерел.

Так, права дитини, за мусульманським правом, починають діяти до її народження. Як вказується в статті 2 Каїрської декларації прав людини в ісламі, «життя — це дар, який дається Богом, а право на життя гаранто-

¹¹⁷ Мелкумян Е. Вказ. праця.

¹¹⁸ Жетцица в исламе // Вікіпедія — Свободная энциклопедия. — <http://ru.wikipedia.org>.

ване кожній людській істоті... Збереження людського життя на строк, визначений Богом — обов'язок, що приписаний шаріатом».

Дослідження сучасної науки свідчать про те, що життя вже пульсує в зародку, який тільки-но починає розвиватися, і, відповідно, «аборт означає знищення зачатої людської істоти; умисний аборт без законних причин вважається вбивством».

Аборт не лише не може бути використаний як засіб планування сім'ї, а й є дозволеним лише у випадках, коли продовження вагітності загрожує життю та здоров'ю матері, адже в ісламі життя матері є важливішим за життя плоду (декларація, пункт 4).

Гарне харчування та належний медичний догляд за вагітною жінкою є необхідними для нормального розвитку майбутньої дитини і повинні забезпечуватися у будь-якій мусульманській общині та державі. Вжиття необхідних заходів стосовно здоров'я жінки та забезпечення безпечного материнства — обов'язок кожного суспільства. Цей аспект включає в себе надання оплачуваної декретної відпустки для матері, яка працює.

Більше того, в ісламі ненароджена дитина не лише підлягає захисту і має право на медичний догляд, а й має свою частку в спадщині. У випадку, якщо батько дитини помирає, питання про його майно розглядається лише після народження дитини.

Ст. 7 Каїрської декларації прав людини в ісламі наголошує: «З моменту появи на світ кожна дитина має право на необхідний догляд, освіту, а також матеріальну, фізичну і моральну підтримку, що має забезпечуватися батьками, суспільством та державою. Як дитині, так і матері необхідний спеціальний догляд і підтримка з боку законодавства» (Селім, С. 237).

Грудне вигодовування — ще одне право народженої дитини, яке є необхідною умовою охорони життя та здоров'я немовляти, а також нарівні з поживними речовинами забезпечує йому захист від інфекції. Про це пишеться, зокрема, в Корані («Корова», 2:233).

У мусульманському праві у розглядуваній галузі можна спостерігати дещо незвичні для нашого вітчизняного уявлення приписи. Це стосується, наприклад, заборони на всиновлення. Всиновлення — це поширений звичай у стародавній Аравії, коли чоловіки приймали хлопчиків у сини, надаючи їм своє ім'я та залишаючи спадщину. Однак Священний Коран скасував дану практику (Сура, «Союзники» 3:4–5). Це пов'язане з тим, що чужий хлопчик не повинен залишатися на одинці з жінками, які йому не є кровними родичками (мухаррам) — матір'ю, сестрою. Більш того, усиновлена дитина має право на спадщину, ущемляючи права кровних спадкоємців.

З іншої сторони, прийняти дитину, позбавлену батьків та родичів (сироту) під свою опіку, забезпечивши їй виховання та освіту, є досить гідним вчинком. Опікун повинен заповідати такій дитині до третини спадщини. Однак прийомній дитині ніколи не буде надано прав рідної дитини. З самого початку одкровення Корану ставлення до прийомних дітей було важливим питанням («Подаяние», 107:1–3)¹¹⁹.

Отже, на відміну від усиновлення, інститут опікунства (аль-Кафала) у мусульманському праві знайшов своє місце.

Шаріат звертає увагу на рівне ставлення батьків до своїх дітей з метою запобігання ревнощів, тому жодна дитина не повинна отримувати більше переваг і уваги, ніж її брати та сестри. З цього приводу Магомет висловлювався так: «Бійтеся Аллаха і виховуйте дітей у рівності і справедливості». Єдиним винятком є підвищена увага до розумово відсталих дітей, відповідно до Ахмад Б. Ханбали (аль-Кадаві, стор. 231). Звичайно, у мусульманському суспільстві діти-інваліди мають право на особливий догляд і увагу, а також на освітню та суспільну інтеграцію.

У стародавній Аравії існувала певна нерівність щодо дітей, а саме — дівчатка цінувалися менше за хлопчиків. Цей звичай ще дещо зберігається у багатьох країнах світу. Хоча шаріат передбачає рівні права хлопчиків і дівчаток на увагу та турботу з боку батьків. Дівчатка повинні отримувати відповідне харчування, одяг, догляд за станом здоров'я та освіту. Особливе місце посідає право дівчаток на відпочинок, оскільки традиційно вони у порівнянні з хлопчиками більше залучаються до домашньої роботи у свій вільний час.

Окрім прав, діти мають ще й певні обов'язки. В контексті ісламу права людини, як і обов'язки, встановлені Богом, і вони не можуть бути модифіковані рукою людини. Діти з'являються на світ з гарантованими правами і вимогами до їхніх батьків, родичів і суспільства, вони також зобов'язані дотримуватися певних норм моральної поведінки. Як говорить в Корані, батьків необхідно поважати та шанувати («Нічне перенесення», 23:24)¹²⁰.

Отже, мусульманське право у своїй основі має численні моральні принципи, які суттєво впливають на зміст усього шаріату. Воно переважно не залишає осторонь ті верстви населення, які потребують особливої допомоги. Однак, як вказувалося, вагомий вплив на життя практику мусульман справляють звичаї та традиції, які часто суперечать основним правам та свободам людини, і, можливо, тому не скрізь у світі країни ісламу мо-

жуть пишатися належним станом дотримання прав людини. Як приклад можна згадати Саудівську Аравію, де відверто порушуються права людини, зокрема, на справедливе правосуддя та рівність перед законом, хоча вони були проголошені численними документами, прийнятими арабськими країнами.

Так, за даними повідомлень організації Міжнародна амністія за 1997 р., проблема захисту прав людини в Саудівській Аравії є актуальною та потребує вирішення. Керівництво країни перешкоджає всім намаганням міжнародних правозахисних організацій впливати на роботу органів правосуддя, розглядаючи подібні спроби як втручання у свої внутрішні справи.

Водночас не можна не помітити певні пом'якшення позиції Саудівської Аравії щодо загально визнаних стандартів у сфері прав людини. Так, у січні 1996 р. Ер-Рияд усе ж приєднався (хоча із значними застереженнями) до Конвенції про права дитини 1989 р., а в серпні 1997 р. на засіданні ради міністрів було прийнято рішення приєднатися чи ратифікувати Конвенцію 1984 р. проти тортур та інших жорстоких, нелюдських чи таких, що принижують гідність, видів ставлення та покарання.

Усе це однак не знімає гостроти питання. Адже, наприклад, право на справедливий та неупереджений судовий розгляд, що є одним із визнаних конституційних прав в усьому світі, у Саудівській Аравії грубо порушується, і це пояснюється тим, що кримінальна юстиція націлена виключно на захист могутності держави за рахунок інтересів її громадян.

Також такі питання, як арешт і затримання підозрюваних, у тому числі політичних і релігійних активістів, регулюються в Саудівській Аравії законом про принципи арешту, тимчасового тюремного ув'язнення та превентивного затримання, положення якого не відповідають світовим гуманітарним стандартам, а ті позитивні приписи, які в ньому є, не завжди виконуються. Такі принципи, як заборона арешту без відповідної судової постанови, доступ до затриманого захисників і членів сім'ї, а також право оскаржувати судові рішення, практично на той час не застосовувалися у саудівському судочинстві.

До Міжнародної амністії надходило чимало звернень щодо жорстокого ставлення до арештованих з метою змусити людину визнати свою провину. Застосовувалися тортури і у звичайних кримінальних справах, де визнання своєї вини загрожує арештованому або ампутацією руки, або смертною карою.

Смертна кара, до речі, сьогодні існує у багатьох країнах, у тому числі й тих, які належать до розряду цивілізованих. Питання про скасування смертної кари має скоріше етнічний характер, ніж правовий. Тим не менше

¹¹⁹ Права ребенка в исламе / <http://islam.com.ua>.

¹²⁰ Там само.

можна згадати низку особливостей, що характеризують ставлення ісламу до смертної кари. На думку більшості мусульманських правознавців, покарання в кримінальному праві повинно виконувати такі функції: 1) виправлення та реабілітація. Ще з часів Омара ібн аль-Хаттаба в Медині існував будинок для ув'язнених, їм надавався час обдумати свої вчинки. Поступово тюрми перетворилися на оселю для закоренілих злочинців, яким, окрім звичайного покарання, додавалося додаткове у вигляді тюремного ув'язнення; 2) залякування (публічне). Ця функція покарання проявляється, перш за все, при проведенні акту публічної смертної кари; 3) каральна функція, яка виходить із принципу «немає злочину без покарання».

У Саудівській Аравії уважно спостерігають за діяльністю політичних та релігійних активістів, а також сунітських опозиціонерів (наприклад, за критику уряду їх ув'язнювали). Хоча політичним та релігійним активістам пропонується можливість зректися свого минулого і почати нове життя. У такому випадку їх справа закривалася, і вони виходили на свободу. Часто для того, щоб отримати подібні зречення, до ув'язнених застосовують усілякі методи впливу¹²¹. Такі заходи прямо суперечать правам людини, зокрема, на свободу слова і віросповідання, та політичним правам.

У літературі мусульманське право, особливо у сфері захисту прав людини, нерідко піддається критиці, і часто справедливій. Так, М. В. Жданов серед недоліків міжнародного мусульманського права вважає неможливість застосування принципу універсалізму щодо даної правової системи, оскільки іслам поділяє світ на мусульманський і немусульманський¹²². Організація Ісламська Конференція претендувала на універсальність в рамках мусульманського світу, і саме у цьому сенсі слід розуміти її намагання бути рівнозначною ООН. Також міжнародне мусульманське право розраховане на застосування в межах зони поширення ісламу і ніяким чином не зачіпає сферу дії універсального міжнародного права (за межами мусульманського світу). До того ж, мова йде не про мусульманську концепцію міжнародного права, а про концепцію мусульманського міжнародного права — різниця у цих формулюваннях є очевидною¹²³.

Таким чином, мусульманська правова доктрина, намагаючись створити своє вузькорелігійне ставлення до прав і свобод людини, при цьому намагалася надати йому універсального значення. Незважаючи на значні

¹²¹ *Международная амнистия и права человека в мусульманском праве* (на примере Саудовской Аравии) // Востокведный сборник. — М., 1999. — С. 31–51. — <http://www.bekkin.ru>

¹²² Жданов Н. В. Вказ. праця. — С. 53.

¹²³ *Международная амнистия и права человека в мусульманском праве* (на примере Саудовской Аравии). — С. 31–51.

кроки вперед стосовно демократичних змін у країнах ісламу, а також закріплення у відповідних документах численних загально визнаних у світі прав і свобод людини, все ж таки принципи шаріату, на засадах яких створювалися дані документи, багато в чому суперечать основним міжнародним стандартам з прав людини, визнаним світовою спільнотою.

4.2. Загальна характеристика індуського права.

Основні джерела права та особливості правової діяльності

Починаючи розгляд особливостей індуського права, слід зазначити, що великий вплив на його розвиток мала релігія індуїзм.

Що таке індуїзм? На жаль, зараз ніхто не може дати відповідь на це питання, ані в самій Індії, ані за її межами. Однак, без сумніву, ця релігія є вельми цікавою. Її особливостями є те, що індуїзм:

- найдавніша національна релігія Індії;
- одна з найбільш поширених релігій світу, 80 % населення Індії є послідовниками цієї релігії. У таких країнах, як Непал, Індонезія, Шрі-Ланка та ін. також широко сповідують цю релігію;
- вражає своєю різноманітністю ідей. При зіткненні з іншими культурами індуїзм намагається втягнути їх до сфери своїх ідей і пристосувати до своїх потреб;
- не є догматичною «релігією писання», якими є, наприклад, християнство або іслам.

У наш час індуське право поширюється приблизно на мільярд індусів. Як правило, більшість із них мешкають в Індії. Значна частина решти індусів представлена національними меншинами в Пакистані, Бірмі, Сінгапурі та Малайзії, а також у країнах на східному узбережжі Африки — головним чином, у Танзанії, Уганді та Кенії. Отже, зрозуміло, що індуське право застосовується незалежно від національної належності або місця проживання до всіх індусів, тобто до тих, хто приймає складну й досить оригінальну сукупність релігійних, філософських і соціальних поглядів, що зветься індуїзмом. Можна вважати, що індуське право поширюється на всіх вихідців з Індії, за винятком прихильників ісламу, християнства та іудаїзму¹²⁴.

Однак тут варто визнати, що класичне індуське право відрізняється глибокими релігійно-моральними витоками. Індуїзм визнає первинну роль

¹²⁴ *Мозолин В. П. Личность, право, экономика современной Индии*. — М.: Наука, 1979. — С. 77–78.

заповідей та моральних поглядів для різних каст — прошарків суспільства. Духовні книги сприяли ствердженню в їхній свідомості та поведінці уявлень щодо справедливості й совісті. Тому звичаї та рішення каст, підкаст, общин були підставами для вирішення спорів. Зокрема, підпорядкування людини як частини цілого формувалося зсередини, внаслідок чого правові норми, судові спори та прецеденти тривалий час не мали політичного значення.

Отже, індуське право — це сукупність релігійних, моральних і правових норм, що склалася на підставі релігії індуїзму та підтримується державою.

У зв'язку із цим варто нагадати, що індуське право належить до релігійно-общинної групи (підтипу) правових систем з таких причин:

1) воно було сформоване в Стародавній Індії під значним впливом міфологічних і релігійних уявлень, об'єднаних в індуїзм, та водночас зберігає дотепер своє регулятивне значення;

2) індуське право тісно пов'язане із традиційними індуськими соціальними інститутами, а саме: общиною, кастовою структурою, які характеризуються як сталістю, так і здатністю пристосовуватися до мінливих і динамічних умов життя.

На відміну від інших релігій, індуїзм не вимагає від своїх прихильників вірності одному-єдиному віровченню. Индусу не забороняється вірити в того чи іншого бога, навіть у декількох богів одночасно, або взагалі бути атеїстом. Хоча індуїзму не вистачає чітко сформульованої теологічної доктрини, він являє собою основні переконання релігійно-філософського порядку, які так чи інакше сприймає і поділяє більшість індусів. У процесі історичної еволюції, виходячи з цих переконань, відокремилося декілька віровчень — буддизм, джайнізм, сикхізм, які можна вважати або окремими самостійними релігіями, або сектами в індуїзмі. Але згідно із сучасним законодавством Індії положення індуського права поширюються на буддистів, сикхів та прихильників інших віровчень.

Виникнення індуського права відноситься до I тис. до н. е. Воно безпосередньо пов'язане з арійським завоюванням Індії та прискореною соціальною диференціацією суспільства. Для підтримання власного панування та попередження соціальних заворушень нові володарі країни поділяли населення за етнічною ознакою. Крім того, вони мали на меті зберегти панівну роль білої раси, тому вигадали суспільний устрій з ієрархією, що ґрунтувалася на розумових здібностях. Вони припускали можливість обіймання вищих посад найрозумнішими та заповзятливими. Менш розумним, але міцним і хоробрим людям довіряли турботу про захист суспільного порядку. Люди, які були придатні до мирної праці й не були схильними

до бойових дій, мали годувати державу і збагачувати її торгівлею та ремеслом. Потім із більшого числа тих, чий мозок працював погано, хто не був придатний для військової служби та був недостатньо багатим, щоб залишатися вільним, священики сформували групу, яка знаходилася на нижньому рівні, і вирішили, що цей найнижчий клас виконуватиме важкі й навіть принизливі роботи, які є необхідними для суспільства¹²⁵.

У цю епоху було створено найдавніші пам'ятки писемності (Веди), в яких фіксувався становий статок. Веди склалися з декількох категорій текстів: Ригведа (збірка гімнів), Самаведа (збірка пісень), Яджурведа (збірка жертвних формул), Атхарваведа (збірка заклинань)¹²⁶.

У цілому, зібрання релігійних і ритуальних текстів (самхіти) поділяються на брахмани (коментарі до текстів самхит), араньяки (бесіди учнів та мудреців), упанішади (релігійно-філософські трактати).

Вихідним постулатом цих літературних пам'яток було обожнювання правопорядку. Звідси випливало визнання двох видів закону: рита (космічний, божественний закон) і дхарма (позитивний закон).

Є очевидним той факт, що релігія індуїзму сформувалась у I тис. до н. е. в Індії в результаті поступового зближення ідеології брахманізму та релігії буддизму, а також подальшою асиміляцією народних вірувань.

Так, ведійські арії, що заглиблювалися в Індію, змішувалися з місцевим населенням і вбирали у себе риси нових релігійних уявлень. Суспільство почало ускладнюватись, із часом склалася варнова, а потім і кастова системи¹²⁷. Першою, вищою сходинкою у цій кастовій системі були брахмани, які вміли тлумачити Веди, що було недоступним для більшості населення (оскільки вони не знали мови Вед)¹²⁸. Ці тексти-тлумачення дістали назву брахманів.

Одним із важливих релігійно-ідеологічних початків індуїзму є обґрунтування общинно-кастової соціальної структури індійського суспільства, що міститься у вченні брахманізму (II тис. до н. е.).

Ученням про перетворення та законом карми індуси обґрунтовують поділ свого суспільства на чотири каст. Вважається, що люди, які досягли більшої досконалості, є членами вищих каст, менш досконалі становлять нижчі каст. Але існують люди, які не варті навіть найнижчої каст.

¹²⁵ Гобіно Ж. А. Опыт о неравенстве человеческих рас. — М.: Олма-Пресс, 2001. — С. 332.

¹²⁶ Черников А. Э. Введение в сравнительное правоведение: Учебн. пособие. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2007. — С. 137.

¹²⁷ Коул У. Оуэн. Индуизм. — М.: Гранд ФАИР-ПРЕСС, 1999. — С. 68–69.

¹²⁸ Скрипичев Е. А. История государства и права Древнего мира. — М.: Гранд ФАИР-ПРЕСС, 1999. — С. 113.

Кастова система вважалася божественною настановою. В свою чергу царська влада (кшатра) мала два джерела: божественне створення правителя та обрання його людьми. Сучасний індійський дослідник С. Синха виходить з того, що у священних книгах Вед (1500–900 рр. до н. е.) надається розуміння дхарми як комплексу дій, поведінки, настанов та регуляційних принципів, які повинні застосовуватися в різних ситуаціях. Дхарма містить три аспекти: по-перше, вираження найбільш активних якостей природи; по-друге, вираження природних і людських феноменів і, по-третє, вираження як абстрактних, так і конкретних відносин чистого знання та людських справ¹²⁹. Отже, дхарма — це не правове поняття у європейському сенсі, а одне із проявів синкретизму мислення народів Індії.

Каста — це група людей, об'єднаних специфічними видами діяльності або професіями. Вони підкорені зводу правил, які регулюють їхню поведінку у спілкуванні між собою та, що є важливим, відносно членів інших каст. Традиційно виділяють чотири великі групи: брахмани (священнослужителі), кшатрії (воїни), вайшья (торгівці) та шудри (слуги та ремісники).

Найвища і найбільш почесна каста — це брахмани. Вони мають становище священників і філософів, вивчають священні книги і перебувають на утриманні держави. Члени нижчих каст і всі люди взагалі повинні вважати їх за святих тому, що брахман є «вищим за всіх на землі» та «все, що існує у світі, належить йому». Як священники, вони часто виконують роль гуру, тобто вчителів. Друга каста — кшатрії, або воїни. До неї належали правителі, політичні діячі та ті, що проходять службу у війську та поліції. До третьої касті, вайшья, належать купці, землероби, торговці. Найнижча каста — шудри. До неї належать слуги та ремісники. Людям цієї касті заборонено вивчати Веди і брати участь у багатьох релігійних ритуалах. Їх обов'язок — обслуговування членів більш високих каст. Що стосується тих, хто був народженим без права належності до будь-якої касті, вони вважаються ізгоями суспільства. З ними ніхто не спілкується, їх навіть не вважають за людей, навіть випадковий дотик до такої людини є огидним для члена будь-якої касті, навіть найнижчої. Звідси походить і назва для таких «нечистих» у релігійному відношенні, з точки зору індуїзму, людей — недоторканих.

Потрапити до вищої касті або втратити привілей залишатися в ній є можливим лише в результаті перевтілення душі за законом карми. Саме тому індуси не вбачають нічого несправедливого в кастовій системі. На що людина заслуговує, те й отримує. Отже, одна релігійна система виправдовує соціальну нерівність та експлуатацію людей.

Окрім поділу всього суспільства на чотири касті та недоторканих, усередині кожної існують різноманітні градації та ступені. Питання шлюбу, різноманітних привілеїв і ділових зв'язків регулюються належністю людей не лише до різних каст, а й до їх різноманітних градацій. Кастову систему релігії, зокрема, сповідують більшість громадян Індії.

Основу індуїзму становлять учення про перевтілення душі та про карму. Згідно із цими вченнями, усі добрі й погані вчинки людини на землі є зародком її існування у наступному житті, яке визначається моральною якістю завершеного життя. Якщо людина живе в злиднях у цьому житті й займає низьке становище в суспільстві, вона тим самим спокутує гріхи своєї душі, скоєні в попередніх втіленнях. Але якщо поведінка людини відзначається добрими справами та благочестям, вона може сподіватися, що народиться знову в сприятливіших обставинах, а можливо, і представником більш високої касті.

Водночас людина може сподіватися, що її душа звільниться з вікового полону круговерті життя й смерті та стане частиною божественної природи у вигляді вищого духовного буття. Отже, таке вчення є основою, вірніше виправданням кастової структури індуського суспільства, характерної для індуїзму, оскільки вона є його релігійною, філософською та соціальною системою.

У західній релігійній концепції — християнстві всі люди є рівними перед Богом. У свою чергу, в індуїзмі людина є абстракцією. Людині з моменту її народження визначена належність до конкретної касті. Кожній касті притаманні певні права, обов'язки, мораль, правосвідомість, які регламентують життя її членів. Таким чином, ці положення індуїзму стали релігійно-моральними засадами індуського права.

Перехід з однієї касті до іншої неможливий, незважаючи навіть на службові досягнення, майновий стан і політичну владу¹³⁰. Отже, касті створюють відповідну ієрархію, яка підкріплюється ідеєю про те, що кожна з них має свою «чистоту» й не може бути забруднена контактом із певними предметами та спілкуванням із членами нижчих каст (наприклад, шлюбом між представниками різних каст). Тому порушення цих правил протягом значного часу може призвести до правових наслідків, що визначаються в суді. Так, індійські суди протягом тривалого часу користувалися складною системою правил, які визначали, коли змішаний шлюб між членами різних каст визнавався дійсним і яким було правове становище дітей від такого шлюбу. Така практика зберігалася до прийняття в 1949 р.

¹²⁹ Синха С. П. Юриспруденція. Філософія права. — М.: Академія, 1996. — С. 41.

¹³⁰ Алексеев С. С. Общая теория права. — Т. 1. — М.: Юрид. лит.-ра, 1981. — С. 89–90.

закону про дійсність індуських шлюбів, який вказують на те, що «шлюб між індусами не буде визнаватися недійсним у майбутньому або минулому лише на тій підставі, що сторони сповідували різні релігії або належали до різних каст, підкаст та сект»¹³¹.

Отже, ще в найдавніші часи формувалися основні політико-правові поняття та категорії, якими індуське право користується і на сучасному етапі. До них належать:

1. Рита — божественний закон. Диференціація між універсальними правилами та поодинокими випадками їх застосування, між власне правовими та моральними правилами відсутня. У «земних» справах рита постає як мононорма. Реально сформувалася лише загальна вимога праведної поведінки. Покарання за порушення рити вважається санкцією космічного порядку.

2. Дхарма — обов'язок, який залежить від кастової належності людини (кожна каста має свій позитивний закон, що визначає її права і обов'язки).

3. Карма — метод забезпечення належної поведінки, що містить заохочення та санкції, які застосовуються залежно від поведінки людини.

4. Данда — примус з боку державної влади (звідси данданіти — наука про покарання). Данда є гарантією збереження суспільного порядку та дотримання дхарми.

5. Раштра — держава. Індійська державність протягом усієї своєї історії вирізнялася аморфністю та рихлістю. Людина та влада фактично існують відокремлено один від одного.¹³²

Правила поведінки людей викладалися у збірках — шастрах. У них класифікувалися норми відповідно до трьох принципів — доброзичливість, інтерес, задоволення:

дхарма — містить норми — правила поведінки, угодні Богу;

артха — містить правила поведінки, що дозволяють розбагатіти та оволодіти мистецтвом керівництва;

кама — містить правила поведінки, які мають на меті отримання задоволення.

Індуська філософія визнає за дхармою певний пріоритет, але це зовсім не означає, що артха і кама в обов'язковому порядку повинні підкорятися її вимогам. Дхарма не є вираженням індуської моралі в повному обсязі, і в цьому сенсі вона відрізняється від фікху, що беззаперечно панує в мусульманському суспільстві. Ще меншою мірою, аніж фікх, вона може розглядатися як «право» у буквальному значенні цього слова. Дхарма —

¹³¹ Саидов А. Х. Вказ. праця. — С. 291.

¹³² Черников А. Э. Вказ. праця. — С. 138.

це скоріше проста модель, що допускає відхилення та потребує гнучкості в дусі реалізму та терпимості, які є відмітною рисою індуїзму. У широкому розумінні дхарма означає загальний порядок у світі, який організує всю живу і неживу матерію. У вузькому ж розумінні — це обов'язок (релігійний, моральний, правовий), спосіб життя благочестивого і добродісного індуса.

Особливостями дхарми є:

1) відсутність відмінностей між релігійними та юридичними обов'язками. Наприклад, вона зазначає, яке покарання слід застосовувати за гріхи, вказує на ситуації, в яких необхідні жертвопринесення, милостиня та визначає правила гостинності. Дхарма наказує правителям відвідувати храми і забезпечувати громадський порядок;

2) відсутність вказівки на суб'єктивні права. Ідея «суб'єктивних прав», звичайно, є невідомою дхармі; її стрижень — комплекс зобов'язань, дотримання яких є обов'язковим для всіх тих, хто не бажає покрити себе ганьбою та дбає про потойбічний світ. Ці зобов'язання досить суворі та варіюють залежно від поведінки індивідів і віку, якого вони досягли. Авторитет дхарми ґрунтується не на звичаї, а на шануванні тих, хто створив ці правила — мудреців давніх часів, яким було дано бачення суспільного порядку;

3) визнання звичаю джерелом права.

Тут необхідно згадати, що релігія буддизму (VI ст. до н. е.), яка справила вплив на індуїзм, виникла як певна критика брахманізму. Вона заперечувала Бога як верховну особу, морального правителя світу та першоджерело закону. Крім того, не визнавалася система варн і принцип їх нерівності. Традиційно-теологічному брахманістському тлумаченню дхарми буддизм протиставив своє розуміння. Оскільки дхарма — це керуюча світом природна закономірність, природний закон, пізнання і застосування якого необхідно для розумної поведінки, то, в свою чергу, буддизм сповідував гуманізм, доброзичливе ставлення до інших людей, відвернення від зла і насильства. Поступово ідеї буддизму почали впливати на законодавство. За часів Ашоки (268–232 рр. до н. е.), який об'єднав Індію, буддизм було визнано державною релігією. Таким чином, не відмовившись від вчення брахманізму про систему варн, індуїзм сприйняв буддистський принцип не чинити опір злу насильством¹³³.

У трактаті «Артхашастра» (IV–III ст. до н. е.) спостерігається помітне відхилення від буддизму до світських уявлень про право. Поряд із визнанням дхарми явна перевага надається артхі (користі) у державно-

¹³³ Першачкевич О. В., Прохорова А. А. Страны Древнего Востока. — СПб., 2002. — С. 63

правовій діяльності, збереженню системи варн. У артхашастрах викладається наука управління, а норми публічного права містяться в дхармашастрах¹³⁴.

Отже, у хронологічній послідовності можна виділити такі збірники, в яких простежується поступовий процес формування норм індуського права поряд із нормами релігії та моралі:

– «сміті» («дарована» мудрість старих жерців і вчених) – короткі вислови про магічні та релігійні обряди, що супроводжували важливі життєві випадки. Тут починають зароджуватися перші витoki норм права, які наповнені релігійним змістом;

– «дхармасутри» – перші книги з питань права, в яких роз'яснюються правила поведінки членів різних каст стосовно Бога, царя, жерців, родичів, сусідів, тварин. Норми права тут викладаються спільно з вимогами релігії та моралі;

– «дхармашастри» – великі зводи правил, що складені відомими вченими різноманітних брахманітських шкіл і санкціоновані державою. У них безпосередньо викладаються дхарми, що складаються з поєднаних одна з одною релігійних і правових норм. Тут уперше з'являється сукупність правил, які можна назвати юридичними.

«Драхмашастри – пише О. Жидков, – являють собою певний ступінь розвитку форми права, коли неписані правові звичаї змінюються не державними настановами (законами), а збірниками релігійно-правових поряджень, санкціонованих державною владою»¹³⁵.

Дхармашастри – це закони Ману, закони Яджнавалкья, закони Нарада, що складені у вигляді віршів у період між I ст. до н. е. та III–IV ст. н. е. Авторитет того або іншого трактату, що викладає дхарму, є остаточно та незмінно встановлений традицією. Дхармашастри, що визнані такими, виступають єдиним цілим незалежно від дати складання кожної із них. Щоб пізнати дхарму, необхідно враховувати увесь цей комплекс. Знання дхарми не можна отримати з будь-якої окремої праці, якою б авторитетною вона не була: шастри висвітлюють та доповнюють одна одну. Тут необхідно визнати, що особливе значення в них надається обґрунтуванню прав у питаннях становлення, тлумачення та захисту дхарми. Наприклад, у законах Ману записано: «Саме народження брахмана – вічне втілення дхарми... Адже брахман, коли народжується для охорони скарбниці дхарми, займає вище місце на землі як володар усіх істот. Усе, що існує у світі,

є власністю брахмана; внаслідок переваги народження саме брахман має право на це». Цар, незважаючи на світ високий та навіть божественний статус, має поважати брахманів, слідувати їхнім настановам, берегти систему варн і всіх, хто поважає належну їм дхарму.

Нібандхази – коментарі дхармашастр, написані з метою роз'яснення часто незрозумілих положень та усунення протиріч між різними дхармашастрами, і таким чином роблять їх зрозумілими для простих людей. Одні нібандхази охоплюють цілий комплекс дхарм, інші розглядають лише який-небудь один інститут. Їх автори іноді відомі, а іноді – ні. Нібандхази склалися приблизно у період між XI та кінцем XVII ст.

Дхармашастри та нібандхази є досить численними. В одній місцевості віддають перевагу одним з них, а в іншій – іншим. Таким чином і різні соціальні прошарки населення підкорені різним нібандхазам. В індуському праві у зв'язку з цим виникли дві головні школи: Мітакшара та Дайябхага¹³⁶.

Отже, специфічні риси права, які містять особливості культурного, соціально-економічного та державного розвитку Індії, проявилися, перш за все, в джерелах права, серед яких особливе місце посідають дхармашастри – збірки релігійно-моральних, правових приписів, правил (дхарм) та артхашастри – трактати про політику та право. Поняття дхарми є неоднозначними. Це і релігія, і мораль, і норма поведінки, і звід правил, обов'язкових для кожного правдивого індуся, які регламентують різні сторони його життєдіяльності.

Слід нагадати, що поряд з терміном «дхарма» в індуському праві існувало поняття «ньяя», подібне до європейського – «закон», але це більш вузьке поняття, на відміну від дхарма. Воно означало загальноновизнану норму поведінки, порушення якої тягло за собою покарання, яке застосовувала держава.

Дхармашастри, які були складені брахманами спочатку для своїх учнів, з часом були визнані не лише авторитетними джерелами права, але і на певному етапі навіть витіснили артхашастри, узявши з них те, що стосувалося безпосередньо права. Включення до дхармашастри правових приписів виявилось спочатку прямим наслідком визначення дхарми царя (раджа-дхарми) як охоронця миру та порядку.

Найдавніші драхмашастри – Гуатама, Баудхаяна, Апастаба, Васиштха, носили назву дхармасутр. На їх підставі сформувалася численна література власне дхармашастр – Манусміті, або Закони Ману, джнавалкьясміті, Нарадасміті. Слід визнати, що Закони Ману, зміст яких найчастіше

¹³⁴ Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира: Справочн. – М.: НОРМА, 2003. – С. 201.

¹³⁵ Жидков О. А. История государства и права Древнего Востока. – М.: НОРМА, 1965. – С. 82.

¹³⁶ Давид Р., Жоффре-Спиози К. Вказ. праця. – С. 332.

викладався в пізніших творах цього жанру, серед інших дхармашастр посідають особливе місце¹³⁷.

Отже, можна зробити висновок, що тісний зв'язок права з релігією та мораллю визначив головну характерну рису стародавнього індуського права, яка виявилася у відсутності чіткої диференціації злочинів і гріхів. Таким чином, в основу їх розмежування в Законах Ману покладено не характер самого правопорушення, а покарання за нього. В одному випадку це штраф, тілесне покарання, а в іншому — спокута.

Так, до великих гріхів у Законах Ману віднесені такі діяння, котрі тягли за собою ритуальну нечистоту винуватого та необхідність тяжкої спокути, зокрема, вбивство брахмана, пияцтво, крадіжка, а також спілкування з такими грішниками. Ці ж самі дії віднесені у другій главі до розряду деліктів-злочинів, наслідком яких було покарання (навіть до позбавлення всієї власності та вигнання із країни). Характерно, що такий важкий гріх, як спілкування з великим грішником, не був віднесений до числа злочинів.

Необхідно визнати, що поява Законів Ману та наступних дхармашастр знаменувала якісно новий етап розвитку правової думки в Індії. Традиції, які передавалися по пам'яті, стали все більше зазнавати світського впливу та пристосовуватися до потреб практичного застосування¹³⁸.

Якщо в дхармасутрах в основному розглядалися делікти-злочини проти особистості: вбивство, образа, крадіжка, які об'єднувалися загальним поняттям хім-са (завдання збитків, образи особистості), то в пізніших дхармашастрах все більше уваги стало приділятися договірним та майновим відносинам, відповідальності за їх порушення (про несплату боргу, про межі земельної ділянки, про розділ спадщини та ін.). Правові норми в цих дхармашастрах були більш впорядкованими та класифікованими¹³⁹. Починаючи із Законів Ману, вони стали ґрунтуватися на 18 підставах (нормах) судового розгляду.

Так, перша група підстав (норм) судового розгляду Законів Ману стосується договірних відносин — несплата боргу, продаж чужого майна, участь у торговому або іншому об'єднанні; потім слідує норми, що стосуються порушення угод, скасування купівлі-продажу та суперечки хазяїна з пастухом. Наступна група норм має іншу спрямованість. Від зобов'язальних відносин укладач переходить до конкретних деліктів-злочинів. Це, зокрема, суперечки про межі (земельних ділянок), наклеп та образа

¹³⁷ *Законы Ману*. — М.: Юристъ, 1960.

¹³⁸ *Сизиков М. И.* История государства и права. Хронология. — СПб.: ИНФРА-М, 2000. — С. 71.

¹³⁹ *Жидков О. А., Крашенинникова Н. А.* История государства и права зарубежных стран. — Ч. 2. — М.: Международные отношения, 1998. — С. 152.

діями, крадіжка, вбивство та насильство. Усі ці діяння та деякі інші раніше були закріплені в дхармашастрах, склавши серцевину стародавнього індійського деліктного права. Вони містилися у визначенні «шкода, що була завдана особистості людини».

Наступні підстави (норми) судового розгляду, які асоціативно пов'язані з попередніми, стосувалися порушення норм шлюбно-сімейного та спадкового права, а також азартних ігор, що прирівнювалися до злочину. Таким чином, система норм, викладених у шастрах відповідно до 18 підстав судового розгляду, значно відрізнялася від сучасної галузевої системи, оскільки тут не можна було розмежувати норми цивільного та кримінального права.

Іншою відомою дхармашастрою стала Яджнавалкья. Розглядаючи правові норми у відповідності з 18-членною системою Законів Ману, Яджнавалкья значно більше уваги приділяла процесуальним нормам¹⁴⁰.

У свою чергу, Нарадсмриті являє собою завершений юридичний твір, цілком присвячений питанням права, який свідчить про достатньо високий рівень розвитку правової культури Індії. Укладач Народи відходить від вказівок по кожному виду злочину, обмежуючись абстрактними рекомендаціями у формі: «заслужує на штраф», «хай його покарає цар або суддя», при цьому посилаючись у більшості випадків на звичай та на визнані норми звичаєвого права. Ця обставина — явна ознака суто практичного призначення даної дхармашастри.

За великої кількості дхармашастр однак можна спостерігати значну схожість між ними, взаємовплив, взаємозалежність, текстові збіги, а головне — єдність релігійно-філософських концепцій та принципів, на які вони спиралися. Це, перш за все, поняття дхарми, закріплення нерівності варн, особливого значення ритуалу, ритуальної чистоти та нечистоти індуса, системи спокути з метою очищення, у тому числі за скоєні злочини.

До таких концепцій належить і традиційний релігійний погляд на джерела права Стародавньої Індії, згідно з яким увесь його зміст та сфера дії норм визначається ведами — священними джерелами «всіх знань». Звідси висновок, що між дхармашастрами не може бути протиріч. Якщо ж вони виявляються, а в дійсності їх було багато, то вони повинні бути визначені відповідним тлумаченням. «Коли існують протиріччя між двома уривками відвертості, вони обидва ... вважаються правильною дхармою», — записано в Законах Ману.

Особливе місце серед джерел права Стародавньої Індії на певному етапі її розвитку посідала література суто світського жанру, яка стосуєть-

¹⁴⁰ *Хропанюк В. Н.* Всмирная история государства и права: Учеб. пособие. — М., 1999. — С. 172.

ся політики — артхашастри. Один із таких творів, що дійшов до нас, являє собою науковий трактат про мистецтво політики та керівництво державою. Цей твір містить широкі відомості, що мають діловий зміст: про адміністрацію і фінанси, судовий процес, організації суду, злочини і покарання.

Головний зміст артхашастри — розгляд дхарми царя, внутрішньої та зовнішньої політики, у центрі уваги якої стоїть визначення державної вигоди, користі, що відводить на другий план і релігійну мораль, і гріховність правопорушення, і необхідність релігійної спокути.

Ця кшатрійська література спиралася, вочевидь, на іншу, що передувала їй, літературу практичного характеру, а також на норми царського законодавства¹⁴¹. Про це свідчать збережені в державному архіві записи звичаїв окремих місцевостей, общин, каст, копії царських наказів, зокрема, про спеціальну «науку про ловлю злодіїв», керівництво організацією «торгур, покарань, які супроводжуються катуванням», що містилися в артхашастрі¹⁴².

Важливе значення для вивчення права має книга III артхашастри — «Межі діяльності суду», яка логічно пов'язана з книгою IV «Про підтримку суспільного порядку». В III книзі відображаються 18 підстав (норм) судового розгляду, відомих дхармашастрам, але в ній більш повно представлена картина правової системи країни. Тут в логіко-тематичній послідовності розглядаються питання, що стосуються судового процесу, шлюбу, спадкування, власності, зобов'язального права та ін.

Дхармашастри також визнають як джерело права неортодоксальну артхашастру. Разом з тим в Яджнавалкья підкреслюється, «що дхармашастра має більше значення, ніж артхашастра». Вже в цих положеннях знайшов відображення процес поступової зміни ролі артхашастри в судовому процесі, яка стала все більше поступатися дхармашастрам, що активно запозичували її правові норми та положення. Ці ж процеси призвели, вочевидь, до призупинення подальшого розвитку літературного жанру артхашастр.

Одночасна поява двох традиційних жанрів у правовій літературі було пов'язане з історичними особливостями розвитку Індії, із слабкістю державної влади, автономністю общин, особливим становищем у соціальній структурі варни брахманів. Воно демонструє розвиток права в Стародавній Індії двох рівнів: державного (артхашастра) і общинного (дхармашастра). Самі ж юридичні трактати, що розвивалися в одному культурному середовищі за рахунок відбору та включення до своїх текстів чисельних

¹⁴¹ Коростовцев М. А., Кауельсона И. С., Кузицина В. И. Хрестоматия по истории Древнего Востока: В 2-х ч. — М.: Высш. шк., 1980. — С. 235.

¹⁴² Артхашастра подо. — М., 1950.

звичаїв, тісно взаємодіяли один з одним, про що свідчить схожість їх багатьох положень.

Яким би важливим не було значення писаних пам'яток права в Стародавній Індії, слід зазначити, що на всіх етапах розвитку країни звичай визнавався пріоритетним джерелом. У дхармашастрах містяться відсилки до звичаю і в загальній декларативній формі, і за конкретними нормам права.

Звичай трактувався в плані поведінки «добрих, розсудливих людей» у відповідності з мораллю та суспільною користю. Поступово під впливом низки факторів, зокрема постійного впливу на общинно-кастову систему первіснообщинного оточення, яке межувало з індійськими общинами, встановилася практика, що не тільки схвалений брахманом звичай, але і будь-який інший (в тому числі звичай шур і осіб, які мають змішане походження, а також населення завойованих країн) міг визнаватися царськими судами¹⁴³.

На окремих етапах еволюції правової системи Стародавньої Індії змінювалося ставлення до царського повеління (едикту) як джерела права¹⁴⁴. Ранні дхармашастри (дхармасутри), такі як Гаутам, Васішхта, не вказують на законодавчі повноваження царів і оголошують дхармою правителя лише покарання злочинців та суд над ними у відповідності з положеннями «священного закону». У цих дхармасутрах відсутні свідчення про втручання царів у діяльність общинних судів. Інакше вирішується питання у «світській» артхашастрі. Тут едиктам царів надається більша сила, ніж дхармашастрам. Одна із особливостей пізньої дхармашастри — Народи, полягає в тому, що згідно з її приписами царські повеління перевершують будь-які положення смріті. Разом з тим в Нараді зазначено, що в міру можливості едикти царя не повинні порушувати фундаментальних принципів і правил, які містять дхармашастри.

Отже, традиційне індуське право (до англійського завоювання Індії) ґрунтувалося, головним чином, на працях учених, збірках, коментарях і на письмовому викладенні в них ідеологічних настанов, норм релігії та моралі.

Щодо правового звичаю, то він не пов'язаний із божественним приписом, який визначає дхарму. Застосування його як усного джерела права мало місце при складанні дхармасутр, дхармашастр, що склалися із правил — дхарм. Отже, можна зробити висновок, що позитивне індуське право — це звичаєве право. Тут релігійна норма (індуїзм) могла різною мірою домінувати над нормою-звичаєм, впливати на неї, змінювати її за

¹⁴³ Галанза П. Н. История государства и права зарубежных стран. — М.: Юрид. лит.-ра, 1969. — С. 85.

¹⁴⁴ Крашенишников Н. А. Индусское право, история и современность. — М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1988. — С. 104.

допомогою тлумачення звичаю. Однак норми-звичаї, які є різними в кожній касті, посідали важливе місце в регулюванні відносин як зсередини, так і за її межами. У разі відсутності в законі норми суддя міг вирішити справу на власний розсуд та за справедливість, що суцільно залежало від звичаїв касті, до якої він належав¹⁴⁵.

Важливо підкреслити, що нормативно-правовий акт (закон) не визнається індуською доктриною за джерело права. Це пояснюється такими причинами:

1) мистецтво управління та видання законів і наказів правителем належать до артхи, а не до дхарми;

2) дхарма потребує підлеглості легітимним нормативним актам правителя, однак сама вважається непідвладною їх впливу;

3) закони розглядаються як міра, що викликана тимчасовою необхідністю, конкретними обставинами. Закони вважаються такими, що можуть змінюватися, тобто є нестабільними. Навіть за наявності закону судді дозволено приймати рішення у відповідності з особистим переконанням та справедливостю.

Крім того, ані дхарма, ані доктрина індуїзму не вважають джерелами права судові прецеденти та законодавство. Правителям дозволено бути законодавцями, однак мистецтво управління та інститути публічного права сягають артхи, а не дхарми. Дхарма потребує покорі легітимним наказам правителів, але за своєю природою вона є такою, що закони та накази правителя не можуть на неї вплинути. Ці закони та накази є заходами, які викликані тимчасовою необхідністю, конкретними обставинами та змінюються разом з ними. Навіть коли є закон, суддя не повинен застосовувати його ригористично, йому надані широкі повноваження, щоб усіма можливими засобами примирити справедливість та владу.

Ще менше, аніж законодавство, може претендувати на роль справжнього джерела індуського права судова практика. Так само як і законодавство, організація правосуддя — це сфера, що належить до артхи. Судове рішення є емпіричним за своєю природою і жодним чином не може розглядатися як обов'язковий прецедент; його авторитет обмежений конкретно розглянутою справою; рішення виправдане лише тими обставинами, якими керується суд, коли його приймає.

Отже, організація правосуддя — це також сфера артхи. Дхарма виступає лише керівною засадою, від якої можна відступати, не порушуючи при цьому її основоположного принципу.

¹⁴⁵ Лазарев В. В. Общая теория государства и права. — М.: Юрист, 1999. — С. 323.

За своєю структурою індуське право складається з таких частин (інститутів): спорідненість, недієздатність, всиновлення, шлюб та розлучення, сімейна власність, спадкування, релігійні інститути (ризуали), задаток (дамдурад), довірча власність, спільна власність¹⁴⁶.

Також слід звернути увагу на те, що на індуському праві позначилася й державна доля Індії. Спочатку Індія потрапила під панування Великих Монголів, потім Англії. З XVI ст. встановилося мусульманське панування, яке почало гальмувати розвиток індуського права. У судах застосовувалося лише мусульманське право. Водночас звичаєве індуське право, використовуване панчаятами (зборами) каст, не розвивалося через відсутність підтримки з боку судових і адміністративних органів держави. Тому індуське право не було правом у юридичному розумінні. Воно становило систему релігійних, моральних і правових норм, які діяли неофіційно.

Тривале перебування Індії під пануванням Англії (XVII — середина XIX ст.) спричинило для індуського права як позитивні, так і негативні наслідки. З одного боку, офіційно були визнані авторитет індуського права (на відміну від періоду мусульманського панування, коли індуське право ігнорувалося), а також відбулося зрівняння значення індуського й мусульманського права. З іншого боку, поширення англійського права призвело до значної трансформації індуського права та звуження сфери його дії. Таким чином, усі важливі сфери суспільних відносин (відносини власності, зобов'язальне право тощо) були врегульовані загальним правом Англії, яке поширювалося на всіх громадян, що проживали на території даної держави незалежно від їхньої релігійної належності¹⁴⁷.

Колонізатори однак робили деякі спроби враховувати національні особливості підкореної території, у тому числі і її право. До британських суддів, що відправляли в Індії правосуддя і слабо зналися на індуському праві, були прикріплені освічені індуси — пандити, які надавали їм інформацію з тих чи інших питань. Така практика існувала до 1864 р. У такий спосіб англійські судді набули досвіду, внаслідок чого накопичилося чимало судових прецедентів на місцевому матеріалі.

У колоніальний період частково було закладено фундамент для розвитку «територіального», тобто загальногромадянського права, яке охоплювало своїм впливом як індусів, так і християн, євреїв, представників

¹⁴⁶ Черников А. Э. Вказ. праця. — С. 142.

¹⁴⁷ Правовые системы стран мира. Энцикл. словарь / Отв. ред. А. Я. Сухарев. — М.: Норма, 2000. — С. 226.

різних релігійних общин. Робилися спроби кодифікації нормативно-правового матеріалу Радою при генерал-губернаторі (створена в 1833 р.). Під керівництвом члена цієї Ради, юриста Маковея, була розроблена концепція кодифікації: 1) мусульманського права; 2) індуського права; 3) територіального права — для випадків, коли не застосовується ані мусульманське, ані індуське право. Було запропоновано за основу індуського права взяти (з деякими змінами) англійське право. Проте принцип кодифікації зустрів опір із боку юристів загального права.

Можна стверджувати, що й друга спроба створити проекти територіального права (1853 р.) також не була завершена. Незважаючи на це були прийняті кодекси й закони, багато з яких зберегли свою дію й дотепер. Основні з них — Кримінальний кодекс 1860 р., Кримінально-процесуальний кодекс 1861 р., Цивільний процесуальний кодекс 1859 р. (замінений кодексом 1908 р.), закон про цінні папери 1882 р., закон про перехід власності 1882 р. (доповнений у 1929 р.), закон про довірчу власність 1882 р. та ін.

Отже, ці кодекси та закони були нормативно-правовими актами загального права, а воно, як відомо, не визнає континентально-європейського поділу права на приватне та публічне, а керується визнанням загального права та права справедливості. Проте система права Індії не сприйняла англійського розмежування права на загальне право й право справедливості. Не збігалися поняття деяких інститутів права, незважаючи на схожість назв, наприклад, довірча власність. Також застосовувався інший режим сфери дії права в деяких галузях права (наприклад, речового) із збереженням термінології англійського права.

Незважаючи на це, головною особливістю класичного індуського права усе ж залишається його тісний зв'язок з релігією. Індуське право не має відносної самостійності та є, по суті, невід'ємною частиною індуїзму — певної синкретичної, традиційної системи, до якої, крім права, належать різні релігійні обряди, моральні, філософські та інші ідеологічні цінності певного способу життя, суспільного порядку, соціальної організації та структури.

Не зупиняючись детально на тих процесах в індуському праві, що відбувалися за часів англійського колоніального правління в Індії, слід зауважити, що багато його інститутів і норм було модифіковано й навіть замінено новими рішеннями. Але, незважаючи на значний вплив англійського права, повного витіснення індуського права все ж не відбулося.

Однак існують численні негативні чинники англійського колоніального впливу на індуське право, які призвели до звуження його сфери та послаблення сили дії.

До таких чинників можна віднести:

1) слабе знання англійськими юристами (в тому числі суддями) положень дхарми, викладених у дхармашастрах, наслідком чого стало санкціонування ними застарілих або непопулярних норм;

2) незнання місцевих звичаїв або обізнаність із ними із праць європейців, далеких від їх розуміння;

3) впровадження й надання авторитету судовому прецеденту, який до того не був знайомий індуській традиції;

4) свідомо зміна індуського права з метою ухвалення рішення в англійському дусі, розгляд іншого як неправильного. Так була введена англійська система доказів до розгляду справ про правопорушення;

5) використання англійської термінології, малозрозумілої для індуського суспільства.

Разом із тим новели, перенесені до індуського права з англійської правової системи, відіграли позитивну роль — особливо там, де індуським правом не було досягнуто необхідного вдосконалення норм, де мали місце прогалини в законодавстві, а також там, де наявна різноманітність місцевих звичаїв заважала однаковому вирішенню спорів. Так, несплата боргу розглядалася дхармою як гріх, відплата за який наступить у потойбічному світі. У разі непослуху боржника індуське право передбачало лише релігійні санкції. Ця й подібні їй норми потребували нової юридичної регламентації¹⁴⁶.

Таким чином, за часів колоніального панування Англії багато норм та інститутів індуського права були або замінені на нові, або істотно змінені. Проте індуське право не витиснене цілком, його традиційні норми та інститути продовжують діяти.

Водночас у ході боротьби за національну незалежність дискутувався план повної кодифікації індуського права. Уряд Індії в 1947 р. запропонував на розгляд парламенту проект Індуського кодексу, який мав охопити сферу сімейного права. Але через опір консервативних угруповань проект було знято з розгляду, а уряд пішов шляхом підготовки окремих законопроектів.

Після проголошення незалежності Індії (1950 р.) виникла необхідність у реформуванні законодавства. Були переглянені деякі норми та інститути індуського права з метою їх модернізації з урахуванням європейського і насамперед англійського права. Такі реформи стосувалися регулювання сфер, які перебували у виключному віданні індуського права й здавалися недоторканими, перш за все, догматів про касти.

¹⁴⁶ Скакуи О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — С. 617–618.

Наприкінці 40–50-х рр. ХХ ст. прийнято низку законів, які багато в чому були соціально-революційними за своїм характером. Це стало поштовхом для відповідних змін у свідомості суспільства. У 1949 р. було видано закон про легітимність індуських шлюбів, незалежно від релігії, що сповідується, і належності до різних каст. Крім того, Конституцією Індії 1950 р. визнано рівноправність каст і юридичну повноправність «недоторканих» (безправних і пригноблених), закріплено рівність осіб, що одружуються. Отже, на основі положень цієї Конституції скасовано всі правила, що встановлювали відповідальність за порушення понять про кастову належність.

Конституція Індії була прийнята Установчими зборами наприкінці 1949 р., через два роки після здобуття Індією незалежності (1947 р.) та набрала чинності в 1950 р. і є чинною на сучасному етапі.

Конституція Індії 1950 р. — це унікальний у світовій практиці конституційний документ, оскільки вона є найбільшою за обсягом конституцією у світі — вона містить 491 статтю та є досить детальною. Крім того, її можна вважати еклектичною, оскільки автори намагалися «навчитися всьому» у всьому світі і таким чином зосередити у своїй Конституції всі найкращі конституційні досягнення інших держав. У силу цього індійська Конституція запозичила низку положень конституційних актів колишньої метрополії — Великобританії, а також конституцій колишнього СРСР, США, Канади, Японії, Австралії та ін.

При цьому вона є дуже гнучкою (передбачає надто простий порядок внесення поправок), в результаті чого за 57 років відбулися сотні змін її різноманітних положень, тому що Конституція Індії постійно «приспосовується» до наявної ситуації.

Незважаючи на значний обсяг і структурну складність індійської Конституції, можна виокремити найбільш характерні її риси. Перша і найголовніша — це юридичне закріплення суверенітету Індійської Республіки. Проголошено досить широке (з урахуванням індійської специфіки) коло прав, свобод та обов'язків громадян, що являє собою одну із підстав ліберального політичного режиму в країні. Крім того, Конституція встановлює парламентську республіку та закріплює федеративну форму державного устрою. Головний принцип побудови федерації, як зазначається в Конституції, — мовний. Слід зазначити, що Конституція Індії 1950 р. обмежує права громадян «ворожих держав», які знаходяться в Індії (спрощує порядок арешту, стеження і т. д.), а також громадян Індії, які добровільно проживають у цих державах і підтримують з ними ділові зв'язки («ворожою державою», наприклад, є Пакистан). Незважаючи на це, Конституція гарантує права національних меншин. Також проголошує низку

конституційних принципів: піднесення рівня життя населення, здійснення економічної реформи, в тому числі аграрної, подолання пережитків минулого, демократичне вирішення національного питання, підвищення рівня грамотності, ведення боротьби за мир в усьому світі.

Отже, основи правового статусу індійських громадян однакові, але визначаються нерівними за значенням статтями Конституції. Так, соціально-економічні права формулюються як керівні принципи політики з особливостями їх судового захисту, що впливають звідси; інші права закріплені іншими статтями Конституції. Фактичне здійснення всіх цих прав однак у специфічних умовах країни є неоднаковим і багато в чому залежить від збережених пережитків кастової системи та рівня розвитку етнічних груп.

Як правило, основні права забезпечуються конституційними гарантіями: в разі їх порушення громадянин може звернутися до будь-якого суду, в тому числі й до Верховного, який може прийняти примусове рішення (нижчий суд не може визнати той або інший закон неконституційним, він забезпечує лише здійснення основних прав). Права, які закріплені в розділі про керівні принципи політики, такими гарантіями не забезпечені.

Конституція Індії встановлює також рівність громадян перед законом.

Серед соціально-економічних прав — право на захист від експлуатації; у числі керівних принципів політики — право на достатні засоби існування, на працю, на захист від економічної експлуатації, на державну допомогу в разі хвороби, безробіття, право на прожитковий мінімум, право дітей на обов'язкове безоплатне навчання тощо.

У свою чергу, політичні права об'єднують свободу слова, друку, право на об'єднання та інші традиційні політичні права і свободи.

Серед особистих прав Конституція називає недоторканність особистості (хоча і допускається часто застосовуване в Індії при оголошенні надзвичайного стану довготривале превентивне ув'язнення без суду), свободу пересування, недоторканність житла, таємницю листування тощо, Конституція скасовує також феодальні титули та недоторканність (особливе принизливе становище однієї з каст).

У Конституції Індії зафіксовані також основні обов'язки громадян. Серед них зокрема: дотримання ідеалів та інститутів країни, повага до державного стягу та державного гімну, військовий обов'язок, обов'язок наслідування ідеалам національно-визвольної боротьби, розвивати науковий підхід, проявляти гуманізм, прагнути вдосконалення всіх галузей індивідуальної та колективної діяльності. Однак багато із цих обов'язків мають не юридичний, а скоріше моральний характер¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран. — М.: Юристъ, 1997. — С. 500.

Так, у 1955 р. законом про шлюб було заборонено мати декількох жінок та передбачено можливість розлучення. Шлюб став розглядатися як договір. Зокрема, для майбутніх чоловіків було передбачено згоду на шлюб, встановлено мінімальний шлюбний вік як для чоловіків, так і для жінок, скасовано правило індуського права, за яким шлюб між представниками різних каст уважався недійсним, якщо жінка належить до вищої касті, або вдова з вищої касті вдруге одружується. Діти від такого шлюбу визнавалися законнонародженими.

Разом з тим істотні зміни до цієї правової системи було внесено законами про неповнолітніх і опікунство, про спадкування, про всиновлення, виплату коштів на утримання членів сім'ї (аліментні зобов'язання). Це приводить до висновку про те, що в результаті роботи з кодифікації індуського права, по-перше, звузилася сфера дії звичаїв; по-друге, розширилася сфера дії закону й судового прецеденту і, по-третє, дхарма втратила своє традиційне значення зводу правил, покликаних скеровувати поведінку людей.

Таким чином, під сучасним індуським правом слід розуміти особисті права індусів, змінені законами та звичаями, що діють у Бірмі, Малайзії, Сінгапурі.

Сучасне індуське право безпосередньо використовується при розгляді таких питань:

- сімейне право з питань законного народження дітей, опікунства, усиновлення, шлюбу, родини із трьох і більше поколінь, розділу майна, спадкування майна померлого, включаючи неподільне майно;
- питання релігійних і благодійних пожертвувань родини;
- питання суто суспільного характеру, переважно право на купівлю;
- передача майна шляхом заповіту або іншого документа;
- кастове право та відлучення від касті.

Крім того, індуські ідеї стійко зберігаються і враховуються також у концепції та питаннях державного землеволодіння.

У цілому, сучасний стан індуського права допускає його розвиток одночасно у двох напрямках: консервація традицій у сільській місцевості та поступова європеїзація державного законодавства. Міцне становище кастової системи, незважаючи на її формальне скасування, також сприяє збереженню величезного прошарку традиційної культури¹⁵⁰.

Водночас індуське право в наші дні набуло в Індії зовсім нових рис. Воно залишається правом, що застосовується лише до індуської частини населення Індії. Відпало чимало звичаїв, що порушували його єдність.

Однак слід урахувати, що законодавець не може стрімко змінити звички та світогляд народу, який має столітні коріння та пов'язаний із релігійними віруваннями. 80 % індусів, що проживають у селищах, зовсім не дотримуються нових законів, вони продовжують жити так, як жили їхні пращури; управління ними та правосуддя здійснюється поза офіційними органами на підставі традиційних і відомих їм інститутів. А отже, слід визнати, що діяльності законодавця тут недостатньо, потрібна копітка робота з перевиховання. Успіх її пов'язаний, зокрема, з розвитком сучасної економіки Індії. Цей розвиток значною мірою гальмується структурою, віруваннями та поведінкою, яка з давніх часів регулюється міцною традицією.

На сьогодні модернізацію законодавства та істотний відхід від дхарми стимулюють керівники держави. Робляться спроби сформувати національну правову систему, що ґрунтується на національно-територіальному, а не на релігійному принципі. Закладаються нові законодавчі основи держави. Конституція Індії підтвердила, що створене раніше право залишається чинним, і орієнтувала на видання єдиного Цивільного кодексу для всіх громадян Індії (ст. 44)¹⁵¹. Правда, для цього потрібна зміна чи скасування права «особистого статусу» — найбільш ортодоксальної частини індуського права, де вирішальним чинником є належність до певної общини.

Необхідно також зупинитися на проблемі вестернізації індуїзму як релігії. Власне кажучи, вестернізація індуїзму вже почалася. Про що свідчить, наприклад, закон, який закріплює положення про необов'язковість батькам нареченої нести всі витрати на весільну церемонію. Також земельний спадок, за новими правилами, може переходити вже до дочок від батьків, а це порушує давній звичай про зберігання майна для сина до його одруження.

Також руйнується кастовий устрій, і відомими стали шлюби «з любові», хоч їх і не дуже багато. Крім того, старі індійські імена вже замінюються новими, англійськими, під час відрізання волосся у маленьких хлопчиків залишають тепер не маленький трикутничок з волосся на голові (як це потрібно за обрядом), а роблять модну зачіску, як правило, сім'ї з розвитком урбанізації вже не можуть жити трьома поколіннями під одним дахом. А отже, постає питання: що буде далі?

Підсумовуючи розгляд цього питання, необхідно зазначити, що індуське право в Індії відіграє незрівнянно меншу роль, ніж мусульманське право в сучасних мусульманських країнах. Воно втратило своє традиційне

¹⁵⁰ Чертоков А. Э. Вказ. праця. — С.147.

¹⁵¹ Скакуп О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — С. 619.

значення часів британської колонізації, вимушено поступившись місцем англійському загальному праву, яке в модифікованому вигляді продовжує зберігати свої позиції.

В Індії до права ставляться як до опори соціального устрою, необхідного засобу його охорони. Розумна організація суспільства містить у собі примат права. Людина повинна жити у відповідності з правом, а якщо вона позбавлена такої можливості — то боротися за це право. Влада також повинна дотримуватися норм права, а суди — забезпечувати повагу до права. Його відсутність призводить до сваволі, анархії, влади сили. Суди — це храми правосуддя, в яких мешкають поважні судді.

Отже, індуське право — це оригінальна правова система, яка відображає вплив англійського загального права часів колонізації, з одного боку, і індуського, з іншого.

4.3. Іудейське право

Історичні передумови і принципи формування та розвитку ізраїльського права

На сьогодні релігійне право діє в багатьох державах Північної Африки, Близького Сходу, Тихоокеанського та інших регіонів — Малайзії, ОАЕ, Індії, Алжирі, Тунісі, Ізраїлі, Пакистані, Саудівській Аравії, Єгипті тощо. Порівняно з правовими системами європейських, американських і далекосхідних країн на процес розвитку та становлення правових систем цих країн суттєво вплинула релігія, хоча ступінь такого впливу є різним і здебільшого залежить від стану державно-церковних відносин певної країни.

Своєрідність релігійних правових систем полягає в тому, що вони засновані на релігійних нормах та певній системі віровчень; традиційному (звичаєвому) та релігійному регулюванні суспільних відносин, із гнучкою здатністю пристосовуватися до умов розвитку суспільних відносин, що постійно змінюються. При цьому домінуючою нормативною системою є релігійна.

Релігійне право постає системою узгоджених і взаємопов'язаних норм релігійних текстів; норм, що виникли шляхом їх тлумачення та конкретизації, звичаєвих правових норм. Релігійне право тісно пов'язане із соціально-історичними умовами розвитку країни, адже поширення світових релігій супроводжувалося не тільки викоріненням язичницьких звичаїв, а також прийняттям місцевих звичаїв, які у свідомості людей поєдналися та почали визнаватися релігійними звичаями та нормами.

Не можна погодитися з думкою Р. Давіда та К. Жоффре-Спінози, що до основних систем сучасного права поряд з англосаксонською, романо-германською і соціалістичною правовими сім'ями необхідно відносити індуську та мусульманську релігійно-правові системи, одночасно лишаючи поза увагою іудейське право¹⁵² з тієї причини, що сфера його впливу значно вужча, ніж сфера впливу інших правових систем.

Дослідженню іудейського права та його джерел приділяють певну увагу О. Алов, М. Баглай, О. Барац, М. Беленький, А. Ліпранді, Е. Менахем, Р. Телушкін, З. Фальк, Д. Фрімер та інші¹⁵³. Проте, враховуючи історичне значення іудейського права не тільки для єврейського народу, його вплив на правову та загальну культуру, економічне та соціально-політичне життя, правову теорію та правозастосовну практику, здійснені дослідження є недостатніми.

Необхідність та значення різноаспектного дослідження іудейського права поряд з іншими правовими системами та сім'ями обумовлюється не лише причинами філософського або релігійно-етичного порядку¹⁵⁴, а й практичним значенням застосування отриманих результатів дослідження. Адже без всебічного аналізу сутності та змісту іудейського права, його соціального значення у житті давньоєврейського суспільства практично неможливо у повному обсязі зрозуміти сучасне ізраїльське право, особливо сімейне право, яке утворювалося та розвивалося на підставі багаторічних релігійних, національних, історичних і соціальних традицій та звичаїв¹⁵⁵.

Існують різні точки зору щодо походження, джерел та сфери дії релігійних норм. Так, Г. Дж. Берман вважає, що іудейське право сформовано стародавніми звичаями релігійних іудеїв¹⁵⁶. А. Х. Саїдов розуміє його як систему юридичних норм, що регулюють різні сторони повсякденного життя євреїв та їх вірувань¹⁵⁷. Е. Менахем визнає єврейське право не тільки системою

¹⁵² Давид Р., Жоффре-Спінози К. Вказ. праця. — С. 26, 331.

¹⁵³ Ліпранді А. П. Равноправие и еврейский вопрос. — Х., 1911. — 112 с.; Беленький М. С. Иудаизм. — М.: Наука, 1974. — 213 с.; Телушкин Р. Еврейский мир. Важнейшие знания о еврейском народе, его истории и религии. — М.: Знание, 1998. — 289 с.; Конституционное право зарубежных стран / Под общ. ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтипа. — М.: Юрист, 1999. — 568 с.; Falk Z. Jewish Family Law // International Encyclopedia of Comparative Law. — L., 1983. — P. 28–54; Frimer D. Israel Civil Courts and Rabbinical Courts under one Roof // Israel Law. — Forty Years... — P. 553–555.

¹⁵⁴ Frimer D. Mentioned work. — P. 553–555.

¹⁵⁵ Falk Z. Mentioned work. — P. 28–54.

¹⁵⁶ Берман Г. Дж. Вера в закон: примирение права и религии / Пер. с англ. — М.: Библиотека Московской школы политических исследований, 1999. — 431 с.

¹⁵⁷ Саїдов А. Х. Вказ. праця. — С. 349.

звичаєвих релігійних норм, а також системою відповідних релігійно-етичних принципів, що утворилися протягом столітньої історії розвитку єврейського народу, традицій, численних тлумачень Талмуду та інших визнаних священних джерел, а також різних рішень релігійних (раввінських) судів¹⁵⁸.

З. Фальк вважає, що в іудейському праві узгоджено існують та функціонують, з одного боку, норми, що закріплюють процедуру відправлення релігійних культів та ритуалів, з іншого — релігійні норми, що регламентують поведінку євреїв у їхньому приватному та суспільному житті. Крім того, виділяються релігійні норми, що утворюються та застосовуються у сьогоденні у процесі повсякденного відправлення правосуддя¹⁵⁹.

Зазначимо, що різні групи релігійних, соціальних і правових норм, принципи, релігійна доктрина, звичаї та традиції у сукупності можуть створювати іудейське право в цілому або виступати однією з його складових. Тобто іудейське право може визнаватись як інтегративна частина усього ізраїльського права¹⁶⁰.

Проте, на нашу думку, іудейське право, за своїм змістом не можна отожднювати з усім ізраїльським правом. Адже іудейське право за своєю суттю та характером розглядається як давнє релігійне право, яке продовжує впливати на сучасне суспільно-політичне та правове життя Ізраїлю¹⁶¹. Ізраїльське право у формально-юридичному значенні можна вважати світським правом, що інтегрує у собі як світське законодавство, так і релігійні норми іудейського права¹⁶².

На наш погляд, правова система Ізраїлю являє собою типову змішану правову систему. В ній втілені елементи різних юридичних традицій та правових впливів, адже на сучасній території Ізраїлю протягом тривалого часу змінювались різні правові системи, роблячи при цьому значний внесок у розвиток ізраїльського права. Держава Ізраїль має змішану правову систему, в якій поєднуються риси романо-германського (континентального) та англосаксонського права. Крім того, у країні діють одразу дві системи релігійного права — єврейська та мусульманська, що застосовуються до представників відповідних конфесій.

¹⁵⁸ *Менахем Э.* Еврейское право / Под общ. ред. И. Ю. Козлихина. — СПб., 2002. — С. 49.

¹⁵⁹ *Falk Z.* Mentioned work. — P. 28.

¹⁶⁰ *Shochetman E.* Israel Law and Jewish Law — Interaction and Independence: A Commentary // Israeli Law. — Forty Years. — Proceedings of the Conference on Forty Years of Israeli Law Held at the Faculty of Law. — Jerusalem, November, 1988. — Jerusalem, 1990. — P. 525.

¹⁶¹ *Yadin U.* Israel // National Reports / Ed. By V. Knapp. — Paris, 1972. — Vol. I. — Ch. 1. — P. 73–79.

¹⁶² *Israel State.* Laws and Status. Laws of the State of Israel / Authoris. transl. from the Hebrew. — Vol. 1–2. — Jerusalem, 1986. — P. 47.

Іудейське право на сьогодні зберегло свої особливі риси, які не мають локального характеру, а є глобальними та всеохоплюючими. Релігійні норми цієї правової системи поширюються як на регулювання суспільних відносин окремих інститутів (право власності, купівлі-продажу тощо)¹⁶³, так і здійснюють вплив на різні принципи іудейського права, на його численні доктрини, догмати, та ідеологію¹⁶⁴.

Своєрідність іудейського права пов'язана з довготривалим і суперечливим, порівняно з іншими релігійними правовими системами, періодом становлення та розвитку. Це спричинило численні зміни, неоднозначне тлумачення релігійних норм, принципів іудейського права. У зв'язку з цим не існує однозначної думки щодо періодизації історичного розвитку іудейської правової системи. Так, З. Фальк критерієм періодизації розвитку правової системи єврейського суспільства обирає сім'ю та її правовий статус, залежно від характеру та особливостей релігійно-етичних і правових відносин, що склались у певний період в іудейській сім'ї та в іудейському суспільстві¹⁶⁵. Можна погодитися з думкою Д. Ріда, який для здійснення періодизації історії розвитку іудейського суспільства, держави та права за основу визначає релігійні та ідеологічні критерії¹⁶⁶.

Вчений виділяє п'ять періодів. Перший — «епоха левітів» (служителів релігійних культів у давніх євреїв). У цей період, з 625 року до н. е., на думку Д. Ріда, левіти завершили процес складання писаного закону, який отримав назву Второзаконня, або Закони Мойсея, — законодавчої основи іудейського права¹⁶⁷. Другий період — «епоха фарисеїв» (представників суспільно-релігійної течії в Іудеї II ст. до н. е.) — збігся з римським управлінням захопленої Іудеї та завершився падінням Єрусалиму. Фарисеї, пристосовуючись до нових соціально-економічних умов життя єврейського суспільства, по-своєму тлумачили джерело іудейського права — Тору (П'ятикнижжя). Третій період — «епоха талмудистів» — тривав, на думку Д. Ріда, майже до кінця XVIII ст. та відрізнявся суворістю дотримання євреями правил і релігійних норм Талмуду — сукупності догматичних, релігійних, етичних і правових норм та ідей іудаїзму¹⁶⁸. Четвертий і п'ятий періоди — відповідно «проміжний» період емансипації євреїв (XIX ст.) та «епоха сіонізму» (з початку XX ст. до сьогодення). Ці періоди

¹⁶³ *Herzog I.* The Main Institutions of Jewish Law. — Vol. 1–2. — L., 1967. — P. 50.

¹⁶⁴ *Falk Z.* Mentioned work. — P. 42–49.

¹⁶⁵ Там само. — С. 29–31.

¹⁶⁶ *Рид Д.* Спор о Сионе. — М.: Наука, 1993. — С. 74–77.

¹⁶⁷ Там само. — С. 16.

¹⁶⁸ Там само. — С. 74.

пов'язані з подальшим розвитком іудейського права не тільки шляхом його традиційного тлумачення та пристосування застарілих релігійних норм і догм до нових соціальних умов, а й шляхом його більш активного застосування раввінськими судами, а також його впливом на сучасне ізраїльське право¹⁶⁹.

Зазначимо, що наведена періодизація є спробою впорядкування поглядів і уявлень відносно історії розвитку іудейського суспільства, держави та права. Проте її недоліками можна визначити заполітизованість та ідеологізацію цього процесу; заміна окремих релігійно-етичних критеріїв періодизації іудейського суспільно-політичного та правового життя іншими, світськими за своїм характером, політико-ідеологічними критеріями. Процес становлення та розвитку іудейського права надзвичайно суперечливий. Він справив помітний вплив на структуру священних книг, форму іудейського права, на його сутність і зміст. Мова йде не тільки про суперечності, що виникли на підставі існування різних релігійних течій та доктрин або внутрішньополітичні роздробленості давніх іудеїв, що призвело до поділу країни на дві самостійні держави, а також про безпосередню протидію процесу розвитку іудейського права та багаторічні протистояння, відкриту боротьбу іудейської релігії та права з іншими релігіями та породженням ними правом. Ця боротьба не мала тимчасового та локального характеру, а практично поширилася на всі сфери життя суспільства і держави, охопивши всі періоди розвитку іудейської релігії та права. Зазначимо, що таке протистояння здебільшого переходило у відкриту боротьбу, мало не односторонній, а двосторонній характер. Так, наприклад, давні євреї проявляли вороже, нетерпиме ставлення до язичницької віри, особливо за часів існування іудейської теократичної держави. Зокрема, зазначалося, що виключно від Господа Бога походять закони, постанови та розпорядження не тільки релігійного, а й сімейного, суспільного та державного характеру. Виключно Бог є законодавцем, а пророки, священники, судді — лише виконавці його волі¹⁷⁰.

Релігійні догмати і норми були підґрунтям іудейської релігії, основою державно-правової та суспільної систем. Безкомпромісне негативне ставлення давніх іудеїв до іншої релігії не могло не викликати відповідної реакції з боку останніх до іудеїв. Релігійний фактор одночасно з іншими причинами став одним з головних щодо неприйняття та відхилення ін-

¹⁶⁹ Рид Д. Вказ. праця. — С. 76–78.

¹⁷⁰ Толковая Библия, или комментарий на все книги Св. Писания Ветхого и Нового Завета: — Т. II. Книга судей. — Стокгольм, 1987. — С. 244.

шими народами іудейської релігії¹⁷¹. Це супроводжувалось обмеженням у правах та гонінням євреїв, відторгненням іудейської віри, всіх звичаїв, традицій та законів, що формували релігійну правову систему іудеїв.

Складовим елементом іудейського права, як і будь-якої іншої правової системи, що відіграє важливе значення, є принципи права. Вони постають як основні ідеї та положення процесів формування та розвитку права, за допомогою яких значною мірою визначається сутність, зміст і характер усього права.

Принципи іудейського права не містяться у відкритому та систематизованому вигляді в жодному документі чи джерелах права. Принципи права не залишаються постійними та незмінними. Одночасно з розвитком держави, права та суспільства вони також розвиваються і змінюються. При цьому деякі з них внаслідок кардинальних змін матеріального та політико-соціального середовища втрачають свою актуальність. Інші навпаки набувають та посилюють її. Взаємоузгоджені та взаємопов'язані, ці принципи одночасно з іншими нормами права на шляху розвитку правової системи забезпечують її цілісність, динамізм і цілеспрямованість, її дієвість та практичне значення.

У тих випадках, коли ізраїльська правова система у зв'язку зі своєю ортодоксальністю та непристосуванням до сучасного життя втрачає попереднє практичне значення, не відповідає вимогам сучасності, іудейське право залишається невід'ємною складовою частиною культурної спадщини народу та набуває ознак важливого фактору, що здійснює вплив на процес формування та розвитку правової свідомості суспільства, його правової культури, систему джерел права, процес правотворчості та правозастосування.

Зазначимо, що використання релігійних норм іудейського права у всіх сферах регулювання сучасного ізраїльського життя неоднозначно сприймається вченими. Зокрема, І. Козліхін вважає, що збереження фундаментальних принципів і релігійних норм як частини сучасного права Ізраїлю має місце лише з позицій витоку ізраїльського права¹⁷². Адже за інших підстав єврейське право є переважно національним, що ускладнює його участь в інтеграційних процесах світу.

Розглядаючи окремі принципи іудейського права, які наділені регулятивним потенціалом і виступають у вигляді джерел іудейського права, необхідно виділити принцип органічного поєднання в єврейській правовій системі релігійних засад з етнічними (національними).

¹⁷¹ Флавий И. Иудейская война. — М.: Наука, 1991. — С. 3–9.

¹⁷² Менахем Э. Вказ. праця. — С. 23–24.

Цей принцип простежується протягом усієї історії розвитку іудейського права — від часу його виникнення до сьогодення. Відмінність визначається формами його вираження та прояву, а зміст залишається незмінним. На ранніх етапах розвитку іудейського суспільства і його правової системи проблеми вирішувалися винятково на релігійному рівні, за допомогою релігійних норм, законів та заповідей. Наприклад, для збереження іудейської спільноти й етнічної ідентичності, а також релігійної та соціальної самобутності, релігійні норми і закони забороняли іудеям укладати шлюб з іноземцями¹⁷³. Особливі вимоги висувалися до осіб, що бажали набути статус священників та порядку взяття ними шлюбу.

Крім жорсткої регламентації шлюбно-сімейних відносин, які виключали можливість укладання шлюбу з іноземцем, етнічні, релігійні та інші питання, відповідно до історичного етапу розвитку єврейського суспільства, держави і права, вирішувалися за допомогою законодавства. Нормативно-правовими актами закріплювався різний правовий статус іудея та іноземців, що перебувають на території Ізраїлю. Наприклад, іудея не можна було довічно тримати у рабстві, жорстоко з ним поводитися, проте стосовно іноземця ця норма не діяла¹⁷⁴. Більш високий соціальний статус іудея, а саме релігійно-етичний, порівняно з неіудеєм проявлявся не тільки у публічноправових, а й у приватноправових відносинах.

Проблеми збереження та закріплення іудейської спільноти, етнічної та національної ідентичності, а також релігійної та національної самобутності єврейського суспільства вирішувалися за допомогою використання релігійних норм, традицій, звичаїв, а також застосування державних засобів регулювання суспільних відносин.

Такий принцип іудейського права, як месіанство та богообраність іудейського народу, в різних формах і варіаціях простежується у багатьох священних книгах, законах і заповідях, які становлять основу іудейського права. Цей принцип може спостерігатися через дослівне повторення із зазначенням причини богообраності іудейського народу або у формі його возвеличення та вказівки на благословенну природу, або у формі божої констатації про виокремлення Богом іудейського народу серед інших. Відбувається ідеалізація та ідеологізація іудейського суспільства. Зазначимо, що цей принцип, як міф, біблейська історія, закріплений у праві, має поряд з іншими аналогічними міфами та біблейськими історіями певний раціональний, культурний та пізнавальний сенс.

¹⁷³ *Толковная Библия, или Комментарий на все книги Св. Писания Ветхого и Нового Завета.* — Т. 1: Книги Ездры и Неемии. — С. 275.

¹⁷⁴ Там само. — Т. 1: Книга Левит. — С. 495.

За загальними правилами, принцип чіткості та суворості послідовності у дотриманні релігійних норм, законів, звичаїв і заповідей належить до правотворчої, правозастосовної та правоохоронної діяльності державних органів і посадових осіб. Наприклад, у Книзі Левит міститься вказівка Бога іудеям дотримуватись його постанов та законів¹⁷⁵, обґрунтування необхідності точного дотримання релігійних норм та вимог¹⁷⁶ тощо.

Принцип дотримання вірності Богу та своєму народові знаходить вираз у законодавчо-релігійному закріпленні вимог, що стосуються святості Бога, віри та релігійно-моральної чистоти іудейського народу і заздалегідь визнаної гріховності та приниженні неіудейських народів. Дотримання цього принципу простежується не тільки на ранніх етапах розвитку іудейського права, а й на сучасному. Наприклад, закріплено принцип свободи віросповідання та терпимості до громадян Ізраїлю, що сповідують інші релігії, застосування суворого виду відповідальності за образу релігійних почуттів оточуючих; передбачено кримінальну відповідальність за перехід з однієї релігійної громади до іншої, де сповідується інше релігійне вірування, а також за підбурювання до вчинення таких дій.

Такий принцип, як кровна помста визнавався та врегульовувався не тільки нормами релігійного права, а й нормами моралі та поширювався як на іудеїв, так і на іноземців. За релігійно-моральними законами іудеїв, кровна помста вважалася не тільки припустимою, але навіть необхідною. Вона сприяла швидкому вирішенню спорів, що виникали між іудеями, та підтриманню відносного спокою у суспільстві. Однак цей принцип має певні особливості: 1) на законодавчому рівні визначена суворая межа між вбивством з ненависті, ворожого ставлення та з інших мотивів, з одного боку, та кровної помсти — з іншого; 2) законом закріплено, що будь-яке вбивство підлягає формальному судовому розгляду, після чого месник по крові набував права на помсту; 3) кровної помсти можна було уникнути у тому випадку, якщо вбивство було скоєно без наявності ворожого ставлення до особи та умислу, тобто з необережності; 4) у жодному разі не передбачалося викупу за «душу вбивці»¹⁷⁷.

Поряд із зазначеними принципами іудейське право базується також на інших принципах, зокрема: принцип обмеженого поєднання законів, що регулюють ставлення іудеїв до свого Бога, з одного боку, та відносини між євреями у суспільстві — з іншого; принцип встановлення різного статусу

¹⁷⁵ Там само. — С. 470.

¹⁷⁶ Там само. — Т. 1: Книга Второзаконня. — С. 610.

¹⁷⁷ *Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права: Учебн.* — М.: Проспект, 2001. — С. 431.

і диференційованого ставлення до іудеїв та іноземців; принцип божого абсолюту — перш за все суд Божий, а потім вже суд світський¹⁷⁸; поважне ставлення іудеїв один до одного, до священнослужителів і дорослих тощо.

Поняття та види джерел ізраїльського права

Становлення та розвиток правової системи Ізраїлю відбувалися за загальними принципами, притаманними становленню та розвитку будь-якої національної правової системи, проте з власними особливостями. Джерела ізраїльського права необхідно розглядати як умови формування права, тобто фактори правотворчості та загальнолюдські цінності, що безпосередньо впливають на процес формування та функціонування ізраїльського права. Такими факторами для ізраїльського права є релігійні норми та джерела іудейського релігійного права. Джерело права в юридичному значенні правової системи Ізраїлю має визначатись як спосіб зовнішнього прояву права. Це текстуальні джерела права, що є зовнішнім проявом буття наявних правових норм.

За рівнем правового регулювання давньоєврейське право відбивало вимоги та реалії часу становлення ранньої держави. Особливий вплив на зміст ізраїльського права здійснили релігійні приписи іудаїзму з ідеєю божого обрання ізраїльського народу та ідеалом підкорення соціальної поведінки всім священним приписам.

Зазначимо, що іудейське право є релігійним за своєю природою, чим визначається особлива природа його джерел. Давньоєврейське право в цілому як релігійне право є однією з перших правових форм іудейського права, що не припинило свого існування з падінням давньої єврейської державності. Воно збереглося у єврейських спільнотах. Звернення до давнього права було суворою вимогою у тих випадках, коли голови спільнот і равинат бажав зберегти вузьконаціональну традицію та власну правову культуру.

На думку Е. Менахема, джерела іудейського права можна поділити на такі:

1) писані джерела права (*Literary Sources of Law, die Erkenntnisquellen des Rechts, etc.*) — усі зареєстровані джерела, які діють у певній судовій системі. Наприклад, збірники постанов та законів тощо;

2) історичні джерела права (*Historical Sources of Law, die historischen Quellen des Rechts, etc.*) — це джерела, які в результаті історичних процесів

стали джерелами певної правової норми. Наприклад, релігійні норми, економічні, суспільні моральні фактори, норми римського права тощо;

3) юридичні джерела права (*Legal Sources of Law, die Entstehung quellen des Rechts, etc.*) — джерела становлення та утворення права, які адаптуються судовою системою з метою надання законної сили певним правовим нормам.

Орієнтація правозастосування на сімейні, значною мірою суспільні, релігійні цінності та настанови зробила давньоєврейське право вузьконаціональним. Це забезпечило тривале існування та застосування релігійних норм у країнах, офіційні доктрини яких негативно ставилися до іудаїзму. Єврейське право зберігає свій вплив і значення у питаннях регулювання правового статусу особи, у шлюбно-сімейних відносинах.

Первинне усне ізраїльське право містило ірраціональні настанови, наприклад, звернення у процесі розгляду судових справ у пошуку доказів вини підозрюваного до «небесного голосу» тощо. Поступово воно набуває письмового характеру та стає більш раціональним. Тому до джерел ізраїльського права можна віднести «Боже одкровення» та релігійні норми, що є похідними від тлумачення та інтерпретації Божих законів¹⁷⁹. Особливе місце серед джерел ізраїльського права посідають джерела іудейського релігійного права: Біблія та Талмуд.

Певний вплив на розвиток сучасної правової системи Ізраїлю здійснюють релігійні норми. Ідш набув статусу мови правотворчості, що спричинило переклад багатьох англійських нормативно-правових актів.

Записані у священних книгах Біблії релігійні норми, загальні закони та конкретні правила, що склались у різні періоди додержавної та державної історії Ізраїлю, через канони християнства пізніше поширились практично по всьому світові, набуваючи статусу витоку права європейських країн.

Біблія (греч. *biblia* — книги) є збірником релігійних текстів VII ст. до н. е. — II ст. н. е., складається з двох частин: Старого Завіту (священних текстів, написаних до пришествя Ісуса Христа) та Нового Завіту (текстів, що виникли після пришествя Спасителя). Кожна частина поділяється на розділи, які складаються з віршів. Іудейська релігія визнає священними лише тексти Старого Завіту. При цьому відбувається поділ усіх старозавітних текстів на три групи: 1) тексти-закони засновницько-історичні — містять тексти Мойсея, релігійні норми, закони та правила життєдіяльності іудеїв (здебільшого відомі як П'ятикнижжя Мойсея, або

¹⁷⁸ Толковая Библия, или Комментарий на все книги Св. Писания Ветхого и Нового Завета. — Т. 1: Книга Царств. — С. 507–510.

¹⁷⁹ Черволюк В. И. Теория государства и права: Учебн. — М.: ИНФРА-М, 2006. — С. 616.

Тора); 2) пророцькі тексти (їх іудейська назва — Небіім); 3) поетико-настановчі тексти (загальна їх назва Кетубім).

П'ятикнижжя Мойсея як джерело іудейського права спочатку розглядалось як одна книга, яка у подальшому була поділена на п'ять складових. Кожна з книг відрізняється не лише своєю назвою, а й змістом. Так, Книга Буття містить релігійні правила і норми співіснування та спілкування іудеїв один з одним, звичаї та традиції, що виникають. У Книзі Второзаконня згруповано основні релігійні норми та закони, вона постає як самостійне джерело іудейського права. Проте її не можна вважати кодифікованим збірником релігійних норм, законів і постанов, що містяться у Книгах Исход, Левіт, Числа. Особлива увага у Второзаконні приділяється таким регуляторам релігійного та повсякденного життя іудеїв, як заповіді. За характером та змістом вони поділяються на два види: 1) заповіді, що встановлюють зобов'язання людини перед богом (наприклад, заборона поклоніння іншим богам, заборона проголошувати ім'я Бога без причини, поважати день суботній тощо); 2) заповіді, що регулюють стосунки між людьми (наприклад, поважай батька та матір свою, не вбивай, не кради тощо).

За допомогою законів і постанов, що містяться у Второзаконні, здійснюється регулювання практично всіх сфер життєдіяльності людей. Зазначимо, що мова йде не тільки про норми матеріального права — регулятори суспільних відносин, а й про норми процесуального права. За допомогою останніх встановлюється, наприклад, порядок організації та діяльності іудейських судів, а також порядок відправлення правосуддя. Наприклад, релігійні процесуальні норми закріплюють порядок зібрання та надання суду свідчень та інших необхідних для винесення судового рішення матеріалів і доказів. Цими нормами закріплювався порядок притягнення особи до відповідальності та порядок виконання різних покарань¹⁸⁰.

Релігійні норми та постанови, що містяться у П'ятикнижжі, називають «Законами Мойсея». У системі ізраїльського права це джерело разом з іншими джерелами або видами права формує його релігійний характер і зміст.

Особливий інтерес становлять релігійні норми, що містяться у Талмуді. Його необхідно розглядати як збірник догматичних за своїм характером, релігійних, правових, етичних та іудейських текстів, що утворились у період з IV ст. до н. е. до V ст. н. е., а також тлумачень і доповнень равинів до Старого Завіту. У структурі Талмуду виділяють дві частини:

1) Мішна, що містить зібрання іудейських завітів, а також має відношення до права традицій; 2) Гемара — охоплює раввінське тлумачення релігійних норм¹⁸¹.

Особливістю Талмуду як джерела іудейського права є те, що він містить не тільки зібрання давніх священних письмен, а й тексти їх раввінських тлумачень. У системі релігійних норм і догматів іудейського права останнім, на думку вчених, приділяється більше значення, ніж першим¹⁸². Крім того, сумнівними є положення про однакову юридичну та релігійну силу окремих релігійних норм і догматів, що містяться у Біблії та Талмуді. Незмінним залишається те, що порівняно з Мішною у структурі та змісті Талмуду фактична перевага у системі засобів регуляторів суспільних відносин та ефективності їх впливу надається раввінським тлумаченням релігійних норм (Гемара). Як зазначає Д. Рід, усі суспільні відносини регулювалися релігійними нормами Талмуду: шлюб, розлучення, майнові угоди, комерційні операції тощо¹⁸³.

Поруч із численними та багатотомними рішеннями раввінських судів систематизовані тлумачення необхідно розглядати як джерела іудейського релігійного права. Це пояснюється тим, що із змінами життєвих обставин час від часу виникала необхідність втручатись у процес реалізації релігійного права з метою відповідного корегування як дотримання, так і порядку застосування релігійного припису. Раввінське тлумачення стало об'єктивно необхідною потребою, набуваючи обов'язкової сили та впливаючи на поведінку іудеїв¹⁸⁴.

Крім того, важливими джерелами іудейського права є релігійні звичаї та традиції, що стосуються релігійних свят, побутових і сімейних відносин, публічної сфери релігійної та світської спільнот, ритуальних жертвопринесень. Вони здійснюють регулятивний вплив безпосередньо або через їх закріплення у законодавчих текстах.

Релігійні звичаї та традиції склалися протягом тривалого часу існування іудейського права та продовжують здійснювати справляти вплив на сучасне ізраїльське світське право. Свій вплив на життя іудейського суспільства, державу та право вони здійснюють безпосередньо як регулятори суспільних відносин і опосередковано — через відповідні норми світського права. Останнє має свій прояв не лише у традиційній для

¹⁸¹ Марченко М. Н. Источники права: Учеб. пособие. — М.: ТК Вели, изд-во Проспект, 2005. — С. 724.

¹⁸² Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. — С. 940.

¹⁸³ Рид Д. Вказ. праця. — С. 89.

¹⁸⁴ Falk Z. Mentioned work. — P. 44.

¹⁸⁰ Тълковая Библия, или Комментарий на все книги Св. Писания Ветхого и Нового Завета. — Т. 1: Книга Второзакония. — С. 646.

іудейського релігійного права сфері регулювання сімейних відносин, а й у сфері суспільних відносин, що опосередковані дією норм інших галузей права. Наприклад, вплив іудейських традицій та звичаїв на інститут права власності на землю у сучасному Ізраїлі. Відповідно до Закону про землю (1969 р.) право власності на землю у цій державі обмежується не тільки принципами, притаманними законодавству інших країн (наприклад, неспричинення шкоди чи недопущення руйнування майна інших власників — розділ 14), а й використання своєрідних принципів (наприклад, принципу «благопристойності» чи «порядності» (*principles of decency*) у процесі реалізації даного права¹⁸⁵. Цей принцип, з одного боку, обмежує право власності на землю, а з іншого — підкреслює особливий його характер. Зазначимо, що на процесі розробки та прийняття законодавства про землю значною мірою позначився вплив давніх іудейських традицій та звичаїв, радикально обмежуючи та навіть забороняючи купівлю-продаж землі, а також право приватної власності на землю.

Давні іудейські традиції та звичаї, закріплені біблійними заповідями, не дозволяли довільно розпоряджатися землею як звичайною нерухомістю чи товаром. Це було спрямовано на попередження повного відчуження земельних ділянок від їх зубожілих власників, на попередження їх повного обезземелення та ще більшого зубожіння. Необхідно дотримуватися не тільки комерційних правил, а й моральних і релігійних норм.

Звичаї набувають статусу джерела ізраїльського права відповідно до прямого його закріплення у нормі закону або в результаті багаторазової практики застосування. Так, звичаї (ноагім), які прийняті на підприємствах та в організаціях в Ізраїлі, наділені юридичною силою, що дорівнює оформленому законодавчому акту. Наприклад, існує звичай заздалегідь попереджати працівника про звільнення, навіть якщо цей пункт відсутній у колективному або індивідуальному договорі: роботодавець зобов'язаний за два тижні письмово попередити працівника, інакше останній має право звернутися до суду, який прийме рішення на його користь на підставі загальноновизнаного звичаю¹⁸⁶.

Серед джерел іудейського права особливе значення має таке незвичне для інших правових систем джерело, як «спадщина»¹⁸⁷. Існуванням цього джерела констатується факт переходу від одного покоління до

іншого релігійних, культурних, національних, етичних, загальносуспільних, побутових та інших звичаїв, що склалися протягом усього періоду життя іудейського суспільства. Під «спадщиною» необхідно розуміти також: богообраність ізраїльського народу та християнську церкву.

«Спадщина» як джерело іудейського релігійного права постає як природно-правове джерело, що породжене суспільством і впорядковує численні, різноманітні відносини, які виникають у межах цього суспільства. Стосовно зв'язку «спадщини» з сучасною ізраїльською державою необхідно зазначити, що «спадщина» є природним джерелом іудейського права і виникає до затвердження державності та існує незалежно від держави¹⁸⁸. Наприклад, про природний характер права на повернення євреїв на свою історичну батьківщину, а також про те, що це право історично закладено у самій «спадщині» багато разів зазначалось у Біблії та інших джерелах іудейського права. Існування та реалізація його підтверджує той факт, що це право належить кожному єврею лише на підставі того, що він єврей.

«Спадщина» в окремих випадках може виступати одночасно як джерело іудейського релігійного права або як джерело ізраїльського світського права. Проте стосовно інших джерел ізраїльського права вона може відігравати другорядне значення. Хоча як джерело права «спадщина» час від часу активно законодавчо закріплюється та використовується для регулювання суспільних відносин.

Змішаний характер ізраїльського права викликаний особливістю утворення держави Ізраїль. З одного боку — вплив джерел іудейського релігійного права, з іншого — системи джерел права англосаксонської та романо-германської правових систем. Історично на становлення правової системи та системи джерел права Ізраїлю здійснили вплив право Османської імперії та англійське загальне право. Територія сучасної єврейської держави до 1918 р. належала Турції. Турецьке право не було системою романо-германського права. Воно засновувалося на Маджаллі — першому кодифікованому акті мусульманських цивільно-правових норм Османської імперії. У Маджаллі формувалися мусульманські норми за європейським зразком. Тобто відбувалося групування норм ісламського права ханіфітської школи. Проте шлюбно-сімейні відносини та відносини спадкування регулювалися нормами некодифікованого ісламського права, а сфера торгівлі підлягала регулюванню законами, які турецькі султани перекладали

¹⁸⁵ Deutch M. Property Law // Introduction to the Law of Israel / ed. by A. Shapira, K. Dewitt-Arar. — Tel Aviv, 1995. — P. 159–166.

¹⁸⁶ Klein C. Le droit israelien. — P., 1990. — P. 67.

¹⁸⁷ Englard I. Law and Religion in Israel // The American Journal of Comparative Law. — 1987. — № 1. — P. 206–207.

¹⁸⁸ Shachar Y. History and Sources of Israel Law // Ed. by A. Shapira, K. Dewitt-Arar. — Tel Aviv, 1995. — P. 6–7.

з французьких джерел. У 1926 р. вона була замінена Цивільним кодексом, розробленим на підставі швейцарського закону¹⁸⁹.

Проте з XIX ст. турецьке право перебувало під значним впливом французького права. Кримінальне, торгівельне та морське право будувалося за французькою моделлю. Було перекладено Кодекс Наполеона. У прийнятті рішень судді спиралися на норми як французького, так і мусульманського права. На території Ізраїлю Маджалла діяла майже до 1980 року. У 1969 р. близько 900 її статей зберігали юридичну силу.

Після Першої світової війни територія сучасного Ізраїлю стала мандатною територією Англії. Вплив Англії полягав у розвитку традицій загального права. Закони Османської імперії набули другорядного характеру, особливо ті, що були засновані на французькому праві. Були реформовані кримінальне право, право компаній, право, що регулювало питання банкрутства, окремі цивільно-правові інститути, кримінальний та цивільний процес. Проте зобов'язальне право підлягало регулюванню нормами Маджалли. У спірних питаннях норми Маджалли застосовувалися в останню чергу під впливом принципу прецеденту, тобто *stare decisis* англійського права. Підмандатні судді у своїй практиці посилалися на англійське загальне право, здебільшого у судових тлумаченнях. Так, наприклад, на підставі ст. 46 Палестинського порядку про Раду на випадок прогалини в єврейському праві судді мають застосовувати норми турецького права або норми загального права та права справедливості за умов можливості їх застосування в Палестині. У цей час спостерігається тенденція переходу від кодифікованого права до прецедентного. Хоча законодавчого закріплення судової практики як джерела права так і не відбулося¹⁹⁰.

Для правової системи Ізраїлю було характерним часткове збереження дії норм турецького права, англійського та підмандатного права, а також поступова заміна їх національним правом. Після здобуття Ізраїлем незалежності (починаючи з 50-х років XX ст.) розпочався новий етап у розвитку його правової системи. Цей період позначався негативним ставленням до застосування норм англійського права, закони почали прийматися на івриті, англійська судова практика в Ізраїлі більше не мала обов'язкового характеру, виникли дискусії з приводу визначення місця національного права¹⁹¹.

¹⁸⁹ Правовые системы стран мира: Энцикл. справ. / Отв. ред. А. Я. Сухарев. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: НОРМА, 2003. — С. 260.

¹⁹⁰ Воробьев В. П. Государство Израиль: правовые основы возникновения и статус личности. — М.: Прогресс, 2001. — С. 131.

¹⁹¹ Зезв Г. Политические структуры Государства Израиль. — М.: Проспект, 2001. — С. 93.

Романо-германська правова традиція закріпилась в Ізраїлі з розвитком законодавства. За допомогою законів про договори, землю, про зобов'язання, про власність спробували подолати протиріччя між османським та англійським правом та встановити єдність, визначеність у праві. Зміни відбулися також у нормах кримінального права та процесу. У 1982 р. було прийнято закон, яким заборонялося тлумачити закон відповідно до правил англійського тлумачення законодавчих норм.

До сучасної системи джерел права Ізраїлю належать зокрема релігійні норми, джерела іудейського релігійного, англосаксонського та романо-германського права, а саме:

- 1) закон, тобто окремі тексти турецького права, підмандатні постанови, постанови тимчасової Державної ради та закони, що прийняті Кнесетом — парламентом;
- 2) англійське загальне право та право справедливості;
- 3) судова практика, тобто англійська та палестинська судова практика до та після 1948 р. — єдина ізраїльська судова практика.

Зазначимо, що серед законів як джерел права мають значення нормативно-правові акти вищої юридичної сили, що замінюють Основний закон Ізраїлю. Цими законами регламентовано повноваження та функції президента, Кнесета, уряду та державного контролера, судочинства, службу в армії, свободу підприємництва, захист людської гідності та свободи особистості.

Важливим джерелом сучасного ізраїльського права є міжнародні угоди. Визнані більшістю країн, норми міжнародного права, які не суперечать законам, що прийняті парламентом, сприймаються в Ізраїлі як чинне право.

Доктрина як джерело іудейського права також визнається джерелом ізраїльського права. Вона постає як письмена богословів, думки різних академічних шкіл, раввінські ідеї та погляди у питаннях тлумачення біблійських текстів. Головна умова доктрини — відповідність принципам релігії. На ранніх стадіях розвитку іудейського права доктрина відігравала вирішальну роль, проте зі зміною соціально-економічних відносин у суспільстві значення доктрини як джерела права значно зменшилося. Вона була замінена прагматичними тлумаченнями раввінів та їх судів. Але доктрина як джерело іудейського релігійного права на сьогодні зберігає своє значення. Одночасно з доктринами ізраїльського світського права вона продовжує відігравати певне правостворювальне, правозастосовне та правоохоронне значення.

Таким чином, на початковому етапі свого розвитку та становлення національна правова система Ізраїлю засновувалася на підмандатному праві з відповідними змінами, що вносилися законодавцями. Поступове

становлення національної правової системи Ізраїлю відбувалося на підставі релігійних норм іудейського права, ізраїльського прецедентного права, англо-американського та романо-германського права.

Релігійні джерела іудейського права обумовлюють характер його релігійно-правових приписів: в іудейському праві домінують імперативний спосіб регулювання, відповідно норми-заборони, норми-обмеження, норми-вимоги, норми, що містять зразки належної поведінки. При цьому їх дія забезпечується як примусовими, так і заохочувальними засобами¹⁹². Інші види джерел права вплинули не тільки на еволюцію іудейського релігійного права, а й на процес становлення та розвитку в Ізраїлі сучасного світського права. Так, ізраїльському світському праву, крім релігійних джерел, притаманна наявність таких джерел права: нормативно-правових актів, міжнародних і внутрішніх договорів, колективних договорів, локальних актів, судової практики (прецеденту), принципів права.

Поділ ізраїльського права на публічне та приватне право

Характеристика правової системи Ізраїлю буде неповною без розгляду питання про поділ права на приватне та публічне. Цей поділ має принципове значення, адже будь-яке право містить норми, що покликані забезпечити загально значимі (публічні) інтереси — інтереси суспільства, держави в цілому (конституційне право, кримінальне, процесуальне, адміністративне тощо) та норми, що захищають інтереси приватних осіб (цивільне право, трудове, сімейне, торговельне тощо).

Публічне право пов'язане з публічною владою, носієм якої є держава. Приватне право забезпечує регулювання потреб приватних осіб (фізичних та юридичних), які не наділені владними повноваженнями та виступають як вільні та рівноправні власники.

Приватне право — це сукупність правових норм, які охороняють та регулюють відносини приватних власників у процесі виробництва та обміну, їх інтереси як вільних суб'єктів ринку. Публічне право становлять норми, які закріплюють та регулюють порядок діяльності органів державної влади та управління, формування та роботу парламенту, інших представницьких та урядових установ, відправлення правосуддя тощо.

Приватне право не може існувати без публічного, адже воно покликано охороняти та захищати його. Приватне право спирається на публічне, вони тісно взаємопов'язані, тому їх розмежування певною мірою умовне.

¹⁹² *Толковая Библия*, или Комментарий на все книги Св. Писания Ветхого и Нового Завета. — Т. 1: Книга Левит. — С. 497–500.

Поділ ізраїльського права на публічне та приватне необхідно розглядати через визначення місця іудейського права у системі ізраїльського права.

Іудейське право необхідно розглядати як підсистему ізраїльського права. Релігійні традиції та окремі інститути релігійного іудейського права знаходять своє відповідне відображення практично в усіх сферах сучасного ізраїльського права.

На думку ізраїльського вченого Е. Шочетмана, догмати релігійного права не лише лежать в основі значної частини чинного законодавства Ізраїлю, а й справляють істотний вплив на процес розробки та прийняття його конституційних законів¹⁹³.

Специфіка поділу ізраїльського права на публічне та приватне полягає в його особливій традиційно-релігійній основі — підсистемі іудейського права. Свідченням того, що правова система Ізраїлю має власний специфічний поділ на публічне та приватне право, є наявність трьох складових: 1) дія статутного права Османської імперії; 2) існування особливостей та принципів дії англійського права; 3) домінування підсистеми сучасного ізраїльського права, прийнятого у період з 1948 р. після проголошення Ізраїлем своєї незалежності, разом із дією підсистеми іудейського релігійного права.

Статутне право Османської імперії застосовується у сучасному Ізраїлі з посиланням на їх мусульманські та французькі джерела. До характерних рис цього права можна віднести такі: 1) основа — правова культура Османської імперії; 2) поєднання окремих ідей, норм та інститутів «західного стилю» з аналогічними елементами традиційного ісламу; 3) домінування у правовій системі кодифікованого законодавства, зокрема, цивільного кодексу (на базі ісламського права), кримінального, комерційного, кримінально-процесуального та цивільно-процесуального кодексів, які були скопійовані з відповідних французьких джерел та розроблені під їх впливом. Проте порівняно з іудейським релігійним правом право Османської імперії хоча і зберігається у правовій системі сучасного Ізраїлю, але не має такого значення, як релігійне право.

Англійський вплив на структуру правової системи Ізраїлю виник ще за часів британського правління з 1917 по 1947 рр. За цей період була прийнята низка законодавчих ордонансів, що регулювали практично всі аспекти сучасного бізнесу. Були підготовлені та прийняті кодифікаційні акти, статuti, банківський кодекс, кодекси про компанії, кооперативи,

¹⁹³ *Shochetman E. Mentioned work.* — P. 525–552.

спілки, кодекс про банкрутство тощо¹⁹⁴. З 1936 р. розробляється військово-ве та надзвичайне законодавство.

Після проголошення Ізраїлем своєї незалежності (1948 р.) прийнято низку законів і нормативно-правових актів, що регулюють як публічні, так і приватні інтереси. Зокрема, закон про Кнессет (1958 р.), закон про державні землі (1964 р.), закон про президента держави (1964 р.), закон про уряд (1968 р.), закон про державну економіку (1975 р.), закон про армію (1976 р.), закон про Єрусалим (1980 р.), закон про судочинство (1984 р.), закон про людську гідність та свободу особи (1992 р.) тощо. На сьогодні Ізраїль не має конституції як єдиного правового акта вищої юридичної сили. Замість нього діє так звана неписана конституція у вигляді законів, прийнятих на основі звичайної парламентської процедури¹⁹⁵.

Іудейське право має переважно імперативний характер, в його системі домінують прямі заборони, будь-які обмеження та зобов'язання над правами та свободами суб'єктів іудейського права, комплекс загальних зобов'язань, що регулюють усі аспекти єврейського життя. Такий комплекс релігійних норм належить, у першу чергу, до норм публічного права, особливо застосовується для регулювання не тільки відносин між суб'єктами суспільних відносин з приводу реалізації ними своїх релігійних інтересів, а й ставлення членів іудейського суспільства до країни, Бога, його заповідей, законів, релігійних норм, ритуалів, традицій та релігії в цілому.

Серед численних і різноманітних зобов'язань щодо ставлення до іудейської віри та до Бога головним можна виділити обов'язок суворого дотримання релігійних догм, норм та вірності Богу (наприклад, дотримуватись усіх заповідей, що походять від Бога). Етичними, релігійними та одночасно юридичними зобов'язаннями у системі іудейського права є обов'язки, що пов'язані з дотриманням релігійних свят. Наприклад, суботній день вважається освяченим Богом і має присвячуватися молінню до нього¹⁹⁶. Інша група обов'язків пов'язана з жертвопринесенням та суворим дотриманням релігійних норм, що регулюють порядок його здійснення та проведення інших ритуалів. Вимога суворого дотримання обов'язків у публічно-правовій сфері, ритуалів, заповідей та заборон супроводжувалась або шляхом заохочення, або ж за допомогою примусових санкцій.

¹⁹⁴ Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права: Учебн. — С. 446.

¹⁹⁵ Шаповал В. М. Ізраїль // Юридична енцикл.: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемпученко (голова) та ін. — Т. 2: Д–Й. — К.: Укр. енцикл., 1998. — С. 661.

¹⁹⁶ Толковая Библия, или Комментарий на все книги Св. Писания Ветхого и Нового Завета. — Т. 1: Книга Исход. — С. 336–337.

Домінування в системі іудейського права зобов'язань, заборон та обмежень порівняно з правами та свободами пов'язане з умовним поділом релігійної правової системи на публічну та приватну підсистеми, а також з умовним розмежуванням прав і свобод з одного боку, та обов'язків — з іншого. Іудейське право має багатофункціональний характер. Це проявляється в тому, що воно виконує не тільки стандартні функції, які притаманні будь-якій правовій системі (регулятивні, виховні тощо), але разом з тим має і свої особливості, притаманні лише йому, специфічні функції. Зокрема, об'єднувальна функція — формування єврейського суспільства та підтримання його протягом багатьох століть у духовно-моральній та релігійній єдності. Дотримання одних і тих самих релігійних норм, законів, що виникли на підставі однієї релігії, однакових заповідей, звичаїв, національних традицій, безперечно об'єднує іудеїв між собою незалежно від місця проживання.

Крім того, іудейське право здійснює суттєвий вплив на сучасне ізраїльське право. Зокрема, на думку Б. Лівшица та І. Енгларда, ізраїльське право у значній свої частині було сформовано та оформлено відповідно до вимог іудейського права¹⁹⁷. Значний традиційний вплив іудейського права на сучасне ізраїльське право спостерігається не тільки у його різних інститутах та змісті, а й має місце у формуванні джерел права, понятійного апарату, тлумаченні правових норм та обмеженому прямому регулятивному впливі на ізраїльське суспільство, поширенні його дії на всіх євреїв, незалежно від територіальної ознаки. На відміну від ранніх стадій свого розвитку та інших правових систем сучасності іудейське право не має прямого регулятивного впливу на всі суспільні відносини, що виникають у межах ізраїльського суспільства та держави. Сфера його безпосереднього регулятивного впливу на сьогодні — це система відносин, що є об'єктом регулювання норм сімейного права, тобто система відносин, що виникають між людьми у процесі та в результаті укладання шлюбу та розлучення.

Іудейське право є невід'ємною складовою частиною системи сучасного Ізраїлю, його релігійні норми формують персональне право громадян відносно їх особистого статусу. Тобто за допомогою іудейського права сьогодні вирішується коло таких питань, як порядок укладання шлюбу та розлучення, матеріальне утримання членів сім'ї та аліментні зобов'язання, обмеження у шлюбно-сімейних відносинах недієздатних осіб, управління відсутньою (*absent*) приватною власністю¹⁹⁸. Також іудейське право регулює

¹⁹⁷ Lifshitz B. Mentioned work. — P. 513; Englard I. Mentioned work. — P. 187–205.

¹⁹⁸ Falk Z. Mentioned work. — P. 128.

відносини, що стосуються іудейського релігійного милосердя та богослужіння, укладання шлюбу та розлучення іноземних євреїв, що мешкають в Ізраїлі. Така вузька сфера прямого регулювання суспільних відносин за допомогою релігійних норм іудейського права зовсім не свідчить, що вони не мають впливу на інші суспільні відносини. Такий вплив здійснюється опосередковано, через систему правових норм, встановлених державою, під час активного впливу на процес правотворчості та правозастосування з боку іудейського права. Наприклад, під впливом релігійних норм та звичаїв в Ізраїлі було прийнято закон (*The Pig-Raising Prohibition Law, 5722–1962*), нормами якого заборонялося під загрозою застосування покарання у вигляді штрафів великих розмірів утримувати, відгодовувати та вирощувати свиней. Зазначена правова заборона не поширюється лише на спеціально зазначені у законі місцевості, де мешкає переважно християнське населення¹⁹⁹.

Релігійне іудейське право та його джерела здійснюють постійний та суттєвий вплив на світське сіоністське право та його джерела і навпаки. Форми такого взаємовпливу численні та різні, а проблеми визначення цих форм і шляхів мають як теоретичне, так і практичне значення. Це пов'язано з релігійними інтересами євреїв, які перебувають за межами Ізраїлю та утворюють відповідні діаспори в інших країнах.

На думку Б. Ліфшица, взаємозв'язок та взаємодія іудейського релігійного права з ізраїльським — це не тільки юридичний, а й соціально-політичний процес²⁰⁰.

Зазначимо, що це не односторонній, а двосторонній процес. Зокрема, І. Енгланд вважає, що іудейське релігійне право, як і іудейська релігія, у різних формах здійснює суттєвий вплив на ізраїльське світське право. У свою чергу, останнє здійснює зворотний вплив на іудейське право та релігію²⁰¹. Вчений вказує на те, що: 1) релігійний феномен урегульовано за допомогою норм державного права; 2) іудейська релігія підтримується правовими засобами єврейської держави; 3) іудейські релігійні традиції здійснюють вплив на ізраїльську правову систему не лише фактом релігійної значущості, а й фактом свого існування як національної та культурної спадщини.

Зазначимо, що існує два шляхи впливу іудейського права та його джерел на світське право, а також на правову систему Ізраїлю в цілому, — прямий та непрямий.

¹⁹⁹ Hecht A. Legal Restrictions on the Freedom of Occupation // Israeli Reports to the Seventh International Congress of Law / ed. by U. Yadin. — Jerusalem, 1966. — P. 89.

²⁰⁰ Lifshitz B. Mentioned work. — P. 507.

²⁰¹ Englard I. Mentioned work. — P. 186.

Прямий вплив іудейського права виявляється у тому, що поруч із світськими поглядами та доктринами створюється ідеологічна основа сучасної правової системи Ізраїлю, релігійно-етичне підґрунтя правотворчої, правозастосовної та правоохоронної діяльності державних органів.

Під впливом іудейських релігійних норм, традицій та догм знаходиться законодавча діяльність парламенту (Кнессета) Ізраїлю. Крім того, простежується релігійний вплив не тільки на традиційне сімейне право, а й на інші галузі права: кримінальне, цивільне, адміністративне, трудове тощо²⁰².

Вплив іудейського релігійного права значною мірою відбивався на становленні та розвитку основного, фундаментального законодавства Ізраїлю, зокрема, на підготовці та прийнятті Декларації незалежності²⁰³. У цьому документі першочергово домінують фундаментальні традиційні іудейські релігійні норми, принципи, цінності та ідеї.

На нашу думку, законодавча діяльність парламенту Ізраїлю здійснюється під безпосереднім впливом іудейських релігійних норм, поглядів і доктрин, чим підтверджується наявна форма прямого впливу іудейського релігійного права на систему ізраїльського права, як на публічне право, так і на приватне.

Пряму форму впливу іудейського релігійного права на світське ізраїльське право можна спостерігати через аналіз іудейської та правозастосовної діяльності Верховного суду Ізраїлю та інших цивільних судів.

Судова система Ізраїлю, так само як і діяльність вищого законодавчого органу країни — Кнессета, знаходиться під впливом іудейських релігійних норм, традицій та догм. Єврейський суддя під час відправлення правосуддя обов'язково має користуватися нормами іудейського релігійного права та посилатися на них. Така національна значимість релігійних норм для судді є своєрідним критерієм, мірою ідентифікації прийнятого світського рішення з іудейським правом.

На сьогодні серед ізраїльських юристів, політичних діячів, які мають різні погляди та доктрини ідеологів, відсутні радикальні заперечення з приводу того, чи підлягає сучасне ізраїльське право впливу з боку іудейського релігійного права та чи повинно воно включати у свою систему релігійні, принципи, концепції та норми, релігійні традиції іудейського права. Це пояснюється тим, що прибічники традиційного іудейського права пов'язують прямий вплив іудейського релігійного права на сучасне ізраїльське право з національним ренесансом. Право при цьому розглядається

²⁰² Hecht A. Mentioned work. — P. 90–91.

²⁰³ Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. — С. 973.

як важлива складова частина національної культури, як прояв особливо-го народного духу²⁰⁴.

Натомість, поділяючи погляди історичної школи права, прибічники цього підходу спираються на те, що національний ренесанс передбачає, з одного боку, відродження давньоєврейської мови, а з іншого — нерозривний зв'язок з традиційним іудейським релігійним правом. При цьому вчені наполягають на тому, що ідеальною моделлю взаємовідносин традиційного іудейського права з сучасним ізраїльським правом буде така модель, за якою світським правом сприймаються лише ті норми, принципи та правила релігійного права, що у повному обсязі відповідають вимогам сучасного світського ізраїльського суспільства²⁰⁵. В основу такої точки зору покладено ідею, що єврейська культура не є обов'язково релігійною за своїм характером. Релігія становить лише частину цієї культури, проте не домінуючу.

Іншого погляду на проблему характеру, шляхів та форм впливу іудейського релігійного права на сучасне ізраїльське право дотримуються прихильники ортодоксальних релігійних кіл та відповідних політичних партій. На їхню думку, ідеальна єврейська держава, а отже і право, повинні обов'язково мати свою традиційну іудейсько-релігійну основу. Якщо релігійним правом охоплюються практично всі галузі та інститути приватного права, то сприйняття традиційного іудейського права має бути логічним наслідком постулатів єврейсько-релігійної природи сучасного ізраїльського права та держави²⁰⁶.

Зазначимо, що на думку ізраїльських релігійних ідеологів, сприйняття релігійних норм має бути не частковим, а повним. Адже часткове та вибіркоче сприйняття іудейського релігійного права сучасним ізраїльським правом ними розглядається як проміжна стадія на шляху повного відродження традиційного іудейського права Ізраїлю.

Поруч з прямою формою впливу іудейського релігійного права та його джерел на загальну систему сучасного ізраїльського права здійснюється також і опосередкований, непрямий вплив. При цьому мова йде не про ідеологічну основу сучасного ізраїльського права, що утворюється за допомогою ідей, традицій та канонів іудейського релігійного права, а мається на увазі вплив підсистеми іудейського релігійного права на світське право і на всю систему сучасного ізраїльського права самим фактом свого існування та функціонування.

²⁰⁴ Englard I. Mentioned work. — P. 203–204.

²⁰⁵ Там само. — P. 203.

²⁰⁶ Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. — С. 975.

Факт існування та функціонування іудейського права у загальній системі ізраїльського права, як і факт існування та діяльності релігійних (раввінських) судів, не тільки офіційно визнається у сучасному Ізраїлі, а й законодавчо закріплюється²⁰⁷. Так, відповідно до закону про юрисдикцію раввінських судів до виключного права цих судових органів віднесені питання, що стосуються шлюбу та розлучення євреїв²⁰⁸. Тобто раввінські суди мають право застосовувати тільки норми релігійного права, тому ця сфера суспільних відносин опосередковується лише нормами іудейського релігійного права. Зазначимо, що виключна юрисдикція іудейських релігійних судів щодо регулювання відносин шлюбу та розлучення за допомогою релігійних норм існувала і раніше. Після проголошення незалежності Ізраїлю активність іудейських релігійних судів значно зросла, а традиційна сфера безпосереднього впливу іудейського релігійного права поширилася. Так, відповідно до норм чинного законодавства, сфера безпосереднього регулятивного впливу іудейського права стала поширюватися на деякі відносини, що пов'язані зі стягненням аліментів, із матеріальним утриманням дітей та подружжя, усиновленням тощо.

Таке поширення сфери безпосереднього регулятивного впливу іудейського релігійного права, а разом з тим — і сфери діяльності раввінських судів підтверджує, що останні поряд із традиційною виключною юрисдикцією набули додаткової (опіка та піклування над дітьми, спадкування, майнові відносини між подружжям тощо), спільної з цивільними судами, загальної юрисдикції. Наголосимо, що складність спільного регулятивного впливу релігійного та світського права фактично на одні й ті самі суспільні відносини сприяє тому, що у випадку спорів у даній сфері суспільних відносин їх правове регулювання та вирішення здійснюється паралельно у релігійних і цивільних судах як доповнення один до одного, або навіть дублюючи один одне²⁰⁹.

Існування іудейського релігійного права з його джерелами разом із світським правом, спільне вирішення ними загальнозначимих проблем та колізій, що виникають між ними, безперечно, свідчить про значний вплив цих систем одна на одну — на їх характер, зміст, шляхи та форми взаємозв'язків та взаємодії.

Розглядаючи різні шляхи та форми взаємодії іудейського релігійного права на ізраїльське світське право, необхідно врахувати наявний суттєвий зворотний вплив світського права та відповідних його інститутів на

²⁰⁷ Silberg N. Talmudic Law and the Modern State. — N. Y., 1973. — P. 122.

²⁰⁸ Марченко М. Н. Источники права: Учеб. пособие. — С. 738.

²⁰⁹ Frimer D. Mentioned work. — P. 553.

релігійне право та його інститути. Найбільш важливими інститутами, за допомогою яких світське право впливає на релігійне, є вищий законодавчий орган Ізраїлю — Кнессет та Верховний суд Ізраїлю, а також інші ізраїльські цивільні суди.

Незважаючи на те, що в Ізраїлі відсутнє світське законодавство, яке опосередковує відносини стосовно шлюбу та розлучення, всі ці питання вирішуються виключно на підставі іудейського релігійного права і тільки раввінськими судами. Проте законодавець та Верховний суд країни як органи держави не залишають осторонь процеси розвитку та застосування релігійних норм іудейського права.

Це відбувається всупереч сталій традиційно-релігійній думці про те, що світський законодавець не може скасувати, змінити релігійні акти чи окремі релігійні норми, адже він їх не встановлював. Єдине, що він може зробити, це рекомендувати судам, у тому числі релігійним, утриматися від застосування окремих релігійних норм. На розвиток цього положення ізраїльським законодавцем було прийнято нормативно-правові акти, що вносять зміни та доповнення до іудейського процесуального права. Серед них, зокрема, акти, що стосуються процедури, діяльності релігійних судів, порядку їх формування та функціонування, правил отримання та використання доказів у суді загальної та виключної юрисдикції релігійних судів тощо.

Водночас Кнессетом Ізраїлю були прийняті нормативно-правові акти, що вносили суттєві зміни та доповнення до іудейського матеріального права. Наприклад, законодавство, що розширило межі цивільного права за рахунок іудейського релігійного права. Так, законом про рівноправ'я жінок, всупереч традиційно-релігійним настановам про нерівний стан жінки порівняно з чоловіком, закріплено принцип рівноправ'я жінки у шлюбно-сімейних відносинах; законом про правоздатність та опікуєнство закріплено першочергове забезпечення інтересів дітей після розлучення чи вирішення питань усиновлення; законом про майнові відносини подружжя закріплено принцип рівноправ'я подружжя під час вирішення майнових спорів між ними тощо.

Отже, необхідно зазначити, що іудейське право не має на меті закріпити за собою універсальну або територіальну законність. Воно є персональним правом кожного та всіх євреїв незалежно від їх місця постійного перебування чи проживання, громадянства та віри. Іудейське право має цільовий, національно-соціальний характер, доволі обмежене поєднання релігійної правової системи з ізраїльською правовою системою, має особливі специфічні джерела права, а також принципи, що є основою системи іудейського права.

Норми публічного ізраїльського права представлені, зокрема, нормами статуту Османської імперії, загального англійського права та нормами сучасного ізраїльського світського права, регулюють суспільні відносини, що виникають за участю держав та державних органів (конституційне, трудове, кримінальне тощо). Приватне ізраїльське право представлене нормами іудейського релігійного права. Наприклад, норми, що регулюють цивільний та сімейний стан, адже інститут цивільного шлюбу у країні відсутній.

Важливо зазначити, що особливістю поділу ізраїльського права на публічне та приватне є відсутність формального чи реального відокремлення держави від релігії, а отже, і релігії від світського права. Це свідчить про те, що: в країні у формально-юридичному та практичному плані відсутній чіткий поділ на державно-правову сферу з одного боку та релігійно-правову — з іншого; що релігійні ідеї, норми, традиції та доктрини пронизують світське сучасне ізраїльське право.

Загальна характеристика норм ізраїльського права

Тривалий час зарубіжні та вітчизняні науковці розглядали релігійний лад як частину державного ладу країни, релігійне право — як частину публічного права, а релігійну норму — як складову релігійної системи та релігійного права. Актуальність досліджуваного питання полягає ще й у тому, що, з одного боку, системи країн традиційного права проникнуті релігійними основами та принципами, а з іншого — правові системи країн Європи все більше відокремлюються від релігійних догм. Однак у значених країнах правові та релігійні норми не протиставляються одна одній абсолютно, деякі норми права, як і раніше, знаходять в релігії своє обґрунтування та витоки. При цьому питання меж втручання держави у релігійну сферу і досі викликає багато суперечок, бо релігійні норми як соціальний регулятор активно впливають на суспільну поведінку людей. Вітчизняні та зарубіжні дослідники І. І. Бражчик, Л. П. Жилич, В. В. Ключков, С. В. Костарева, Д. Є. Мануйлова, О. О. Пузаков, Ф. М. Рудинський, О. Д. Сухов, В. А. Ципін та інші важливими проблемами, що залишаються невирішеними й на сьогодні, вважають соціальну природу, призначення і визначення поняття релігійних норм і релігійного права, взаємодію та взаємозв'язок правових і релігійних норм, їх місце в системі правового регулювання, що має велике значення для розвитку та зміцнення законності і правопорядку²¹⁰.

²¹⁰ Бражчик І. І. Право. Релігія. Атеїзм: Правовое содержание научного атеизма. — К.: Наук. думка, 1989. — С. 6–79; Жилич Л. П., Костарева С. В. Закон и религия. —

У зв'язку із цим у вітчизняній науковій літературі визначаються функції релігії, але при цьому в жодному разі не розкривається зміст і сутність системи релігійного права, релігійних норм та їх класифікація, не наводиться характеристика структури релігійної норми.

Крім того, проблема визначення поняття, змісту та місця релігійних норм в системі правового регулювання суспільних відносин також не отримала глибокого аналізу в юридичній науці. Так, наприклад, Д. М. Угрінович звертав увагу на визначення релігії як різновиду джерел права: при феодалізмі будь-які відхилення від релігійних норм переслідувалися державою; у буржуазному суспільстві релігія впливала на політичну поведінку віруючих і, зокрема, на їх ставлення до існуючих правових норм та настанов²¹¹. О. Д. Сухов досліджував окремі питання генезису релігійного права. С. О. Токарев займався проблемою визначення сутності та змісту релігії і зазначив, що релігія закріплює правові норми, надаючи їм надприродні санкції та підкріплює їх релігійними уявленнями про гріховність порушення правової заборони, при цьому правові ідеї здійснюють активний вплив, у тому числі й на саму релігію²¹².

Ізраїльське право є сукупністю як релігійних норм, так і правових норм позитивного світського права. У зв'язку з тим, що Ізраїль належить до релігійно-традиційної правової системи, а іудейське релігійне право є підсистемою сучасного ізраїльського світського права, є необхідність провести аналіз релігійних норм як дієвих регуляторів суспільних відносин.

Релігійні норми — елементарна частка релігійної системи, їй притаманні певні ознаки, що відрізняють її від інших соціальних норм. До таких ознак можна віднести: 1) нормативність — поширення дії на невизначене і неперсоніфіковане коло суб'єктів; 2) формальну визначеність — зовнішнє закріплення у відповідних джерелах (Біблія, Талмуд, Тора тощо); 3) офіційний характер — мають релігійні норми, прийняті органами церковної влади; 4) загальність — регулювання внутрішньорелігійних відносин, відносин між синагогою і державою, між синагогою та іншими організаціями в суспільстві, змістом яких є символи віри, шлюбно-сімейні

Омск: ки. изд-во, 1989. — С. 10–69; *Ключков В. В.* Социальное государство, право и религиозные организации. — М.: Знание, 1984. — С. 6–34; *Мануйлова Д. Е.* Церковь как социальный институт. — М.: Знание, 1980. — С. 24; *Пузаков А. А.* Право и религия. — Иркутск, 1967. — С. 37–101; *Рудитский Ф. М.* Закон, религия, правонарушение. — Волгоград, 1979. — С. 76–92; *Сухов А. Д.* Религия как общественный феномен. — М.: Мысль, 1980. — С. 89; *Цытин В. А.* Церковное право: Курс лекций. — М.: Изд-во МФТИ, 1994. — С. 44.

²¹¹ *Угринович Д. М.* Религия как социальное явление. // Наука и религия. — 1982. — № 8. — С. 17.

²¹² *Ключков В. В.* Религия, государство, право. — М.: Мысль, 1978. — С. 29.

відносини тощо; 5) їх реалізація здійснюється через віру, переконання, виконання, дотримання і примус. Будь-які релігійні норми реалізуються за активної участі всіх суб'єктів релігійних відносин: релігійних організацій, об'єднань, конфесій, священнослужителів, віруючих тощо. Дотримання релігійних норм забезпечується ефективними санкціями, в тому числі й заходами примусу, що застосовуються до їх порушників представниками релігійних установ, які водночас здійснюють контроль за дотриманням приписів релігійних норм; 6) сукупність релігійних норм створює цілісну систему правил поведінки, взаємозалежних і взаємообумовлених, що містять релігійні приписи, звернені до осіб, які сповідують релігію²¹³. До того ж, релігійні норми мають систематизований характер, що знаходить своє формальне закріплення у Біблії, Талмуді, Торі тощо.

Крім того, релігійні норми, з одного боку, забезпечуються звичкою, вірою, силою переконання віруючого, з іншого — силою суспільної думки, релігійною організацією. При цьому внутрішнім гарантом забезпечення релігійної норми є не тільки добровільність, а й релігійна совість віруючого. Проте в релігійних нормах заздалегідь не регламентовано форми та засоби примусу, вони залежать від вчинку та ступеня його усвідомленості віруючим, здійснюється оцінка будь-якої поведінки, як позитивної, так і негативної. Додамо також, що норми релігійного права більшою мірою наділені універсальним характером та не зв'язані територією конкретної держави і є продуктом нормотворчої діяльності відповідної релігійної організації. В релігійній нормі об'єктивується воля не тільки релігійних організацій, а й інших суб'єктів релігійних відносин. З виокремленням священнослужителів в особливий стан і з утворенням системи релігійних установ стихійний процес формування релігійних норм все більше замінюється свідомою нормотворчістю.

Релігійні норми встановлюють вимоги до поведінки віруючих у суспільстві, здійснюють регулятивний вплив на їхні взаємні відносини і поведінки з мирянами за допомогою властивих їм специфічних методів, виявляючи тим самим імперативний характер. При цьому треба враховувати, що з точки зору механізму дії релігійні норми — міцний регулятор поведінки, тому й є необхідним та важливим інструментом підтримки та збереження порядку в суспільстві. Визначаючи поведінку віруючих та діяльність релігійних організацій, релігійні норми регулюють тим самим і суспільні відносини, а з іншого боку — конфесійні організації активно впливають на формування релігійних уявлень, норм та поведінку людей, їхні стосунки.

²¹³ *Красножен М. Е.* Основы церковного права. — М.: Наука, 1992. — С. 6.

Безпосередньо на підставі реалізації релігійних норм, у процесі здійснення суб'єктами суспільних відносин будь-яких культових дій, релігійних обрядів, дотримання внутрішньоцерковних правил поведінки, виникають релігійні відносини. Отже, об'єктом регулювання релігійних норм є специфічний різновид суспільних відносин — релігійні: релігійна діяльність і поведінка віруючих і кліру, релігійний культ або сукупність обрядових дій. При цьому культовими можуть бути не тільки дії, а й бездіяльність, що прописуються релігійними нормами: утримання від трудової діяльності в суботні дні (іудаїзм), від вживання їжі в денний час протягом місяця рамадан (іслам), від вживання тих чи інших продуктів їжі (харчові заборони різноманітних релігій), від взяття шлюбу з іновірцями та ін.

Відсутність чіткого визначення поняття та змісту релігійних норм залишає невирішеним питання їх класифікації. По-перше, відповідно до значення в системі віровчення виділяються догматичні норми, що є первинними і визначають філософську спрямованість релігії, її постулати, та канонічні — релігійні приписи дисциплінарного характеру, що покликані регулювати церковне управління. По-друге, за процедурою прийняття (суб'єктивним складом) релігійні норми поділяються на: прийняті колегіально на засіданнях релігійних органів або одноособово, які регулюють внутрішньоцерковне життя. По-третє, за змістом і характером реалізації виділяють норми: доктринальні — визначають принципи положення віровчення; культові — регулюють порядок (процес) і зміст проведення релігійних обрядів і служб; побутові — визначають зміст правил, які використовуються віруючими в побуті. По-четверте, за сферою поширення дії розрізняють норми: внутрішньоцерковні — регулюють відносини, що виникають у церковному середовищі, міжцерковні — регулюють відносини між конфесійними організаціями, що пов'язані з їх релігійною діяльністю: між керівними органами різних конфесій, між об'єднаннями, які входять до складу даної конфесії та об'єднань інших конфесій, а також між віруючими різних віросповідань; світські — регулюють відносини, що виникають між церквою, її діячами, віруючими особами та іншими суспільними організаціями, в тому числі й державою.

Така класифікація релігійних норм викликана об'єктивним існуванням різних суспільних відносин, що у свою чергу потребують відповідного регулювання. А отже, процес утворення релігійної системи як сукупності релігійних норм із властивими специфічними ознаками та функціями є закономірним та природно необхідним. Релігія як система релігійних норм певним чином впорядковує діяльність віруючих, їх поведінку та відповідальність через наявні релігійні приписи. Відповідно, такі релігійні припи-

си лежать в основі релігійної системи і групуються вони як внутрішньо-цілісні компоненти за ознаками об'єктивності, узгодженості релігійних норм, їх єдності, різноманітних способів їх викладення та закріплення тощо.

Релігійні норми в релігійній системі — це не проста їх сукупність, а організована система. Зазначене надає можливість стверджувати про існування у релігійній системі Ізраїлю структурних елементів: інституту — порівняно невеликої, стійкої групи релігійних норм, що регулюють певний різновид релігійних відносин, окремі фрагменти, сторони релігійного життя, є складовим елементом галузі та наділені відносною автономністю, адже стосуються, зокрема, регулювання самостійних питань релігійних відносин (священнодіяство, релігійна відповідальність, культ тощо), підгалузь — це відособлена сукупність однорідних релігійних норм, які містять загальні принципи положення, що притаманні певним інститутам визначеної галузі, що регулюють окремі релігійні відносини, які характеризуються певною специфікою та родовим відокремленням суспільних відносин, об'єднують декілька інститутів однієї галузі (шлюб, релігійні спільноти, зовнішні відносини релігійних організацій та установ тощо) та галузь — це відособлена, всередині релігійної системи, сукупність однорідних релігійних норм, що регулюють певну сферу релігійних відносин (шлюбно-сімейних, іудейське судочинство, управління та устрій тощо).

Релігійні норми як первинний елемент релігійної системи є обов'язковим формально визначеним правилом поведінки, встановленим у формі рішень, що надає учасникам регульованих релігійних відносин суб'єктивні релігійні (культові) права та обов'язки з метою впорядкування релігійних суспільних відносин, визначають устрій релігійної організації, її відносини з іншими організаціями та державою і є обов'язковими до виконання священнослужителями та віруючими як у межах устрою релігійної громади, так і поза нею. Зміст релігійних норм обумовлений релігійними інтересами віруючих та визначається напрямом, метою реалізації релігійних приписів щодо дій у певній ситуації вчинити те або інше діяння (наприклад, хрещення, молитву тощо) або утримуватися від певних дій (від вживання деяких продуктів, від взяття шлюбу з чужинцем та інше), ці норми передбачають визначену відповідальність за недотримання цих приписів з метою активного впливу та впорядкування релігійних суспільних відносин, регулюють специфічний вид суспільних відносин (усі наявні сторони релігійної громади та віруючих).

Природа релігійних норм забезпечує динамізм релігійної системи, надає рухливості її елементам, забезпечуючи тим самим стійкість релігійній

системі в цілому. Так, зі зміною суспільних (релігійних) відносин з'являється необхідність у виробленні нових релігійних норм, які відображатимуть такі зміни. Відбувається суттєве наповнення структурних елементів релігійної системи, що спроможні врегулювати нові специфічні суспільні процеси релігійного змісту.

Особливості ізраїльської правосвідомості

Ізраїльське право історично пов'язане з іудейським релігійним правом, чим пояснюється віднесення сучасного ізраїльського права до релігійно-традиційних правових систем. Основою ізраїльського права є іудейська релігійна система, у свою чергу це пояснює специфіку структури правової системи Ізраїлю, особливості її правових норм, джерел права, правотворчі, правореалізаційний та правозастосовний процеси, правосвідомість громадян Ізраїлю. Тобто означені елементи мають релігійну основу.

Ізраїльську правосвідомість необхідно розглядати як систему релігійних іудейських ідей, уявлень, емоцій і почуттів, що виражають ставлення особи, групи, суспільства до чинного, минулого і бажаного ізраїльського права, його структури, механізму правового регулювання суспільних відносин, а також до діяльності, що пов'язана з правом.

До ознак ізраїльської правосвідомості можна віднести такі:

- 1) ізраїльська правосвідомість є однією з форм суспільної свідомості — пізнанням і знанням того, що таке право взагалі і яким воно є в конкретному ізраїльському суспільстві з іудейського-правових позицій;
- 2) вона перебуває у тісному взаємозв'язку з усіма формами суспільної свідомості;
- 3) виражає ставлення індивіда до правової реальності — середовища перебування всіх правових явищ, у тому числі до правової системи права (від минулого до сьогодення);
- 4) є підставою для розвитку праворозуміння, яке має відповідати основним релігійним принципам іудаїзму та іудейського права;
- 5) слугує передумовою і регулятором не тільки релігійної, а й світської поведінки людини;
- 6) надає цілеспрямованого характеру людській діяльності;
- 7) є однією з форм правової культури суспільства.

В ізраїльській правовій свідомості відображена правова реальність у вигляді знань про право з релігійної точки зору, осмислення права як наданого людству за Божим велінням, у вигляді релігійно-нормативних настанов необхідної та належної поведінки. Релігійна правосвідомість не лише відображає об'єктивний світ, але і багато в чому діє, створює його;

регулює ті відносини суспільного життя, що не мають правової регламентації.

Особливістю ізраїльської правосвідомості є усвідомлення людьми цінностей правових норм, релігії, права, прав і свобод людини, а також оцінка чинного права з погляду відповідності його релігійним приписам, настановам, загальнолюдським цінностям, закріпленим у священних книгах (Біблії, Торі, Талмуді та ін.) та у міжнародних документах про права людини.

Структурними елементами правосвідомості є релігійно-нормативна психологія та релігійно-правова ідеологія, що засновані на принципах іудейського релігійного права.

Релігійно-нормативна психологія постає як сукупність почуттів і емоцій, що виражають ставлення віруючої особи, релігійної групи до права, правових явищ з точки зору їх повної відповідності релігійним настановам та ідеям, Божому велінню.

Релігійно-правова ідеологія впливає на правосвідомість сучасного громадянина Ізраїлю як система правових принципів, ідей, теорій, концепцій, що відображають теоретичне осмислення правової реальності, усвідомлене проникнення в сутність правових явищ, що відповідає фундаментальним принципам іудейської релігії.

Ізраїльській правосвідомості притаманна наявність релігійно-правового ідеалізму, що характеризується переоцінкою можливостей правових норм, які відповідають змісту релігійних норм, законам Божим та релігійним принципам. Такі правові норми розглядаються як засоби, що здатні змінити світ, створити досконале суспільство і державу.

Ізраїльські релігійні норми і правосвідомість формуються в об'єктивних умовах і взаємодіють з ними. Релігійні норми впливають на правосвідомість, формують уявлення членів суспільства про їхні права і обов'язки, про належний правопорядок, і навпаки: правосвідомість впливає на право і релігійні норми, визначає практику правозастосування в інтересах віруючих, релігійних громад щодо реалізації останніми своїх релігійних інтересів, обумовлюючи характер правореалізації, нормотворчої діяльності, механізму правового регулювання тощо.

Релігійні норми ізраїльського права постають найважливішими регуляторами суспільних відносин, факторами формування правових норм, ставлення індивідів до правових інститутів, формування протиправної чи законслухняної поведінки. За допомогою релігійних норм формується певна релігійно-нормативна ідеологія, яка, у свою чергу, формує певний культурний свідомий тип людини. Через зміст релігійних норм правові норми знаходять своє божественне обґрунтування відповідно до

приписів Священних джерел у нормах світського сучасного ізраїльського права.

Тривале функціонування релігії у суспільстві призводить до перетворення цієї норми на здобуток індивідуальної свідомості. Релігійні норми, прийняті суб'єктом, які стали його внутрішнім світом, створюють для нього основу поведінки, її мотив.

Виходячи з цього, Т. В. Сергеева справедливо зазначає, що ставлення людини до Бога і релігії з боку її думок і почуттів не може бути визначено ніякими соціальними регуляторами — це взагалі сфера, що не підлягає регулюванню, і якщо б суспільство спробувало визначити відносини любові, страху, поваги, то воно виявилось б просто безсилим. Жоден соціальний регулятор не спроможний змусити людину відверто прийняти релігійну віру, яка є актом лише незалежного, свідомого волевиявлення.

Саме тому «будь-яка релігія, від первісних до сучасних її форм, висуває певні вимоги до соціальної поведінки людей, справляє регулювальний вплив на суспільні відносини», а отже, «будь-яка релігія включає в себе сукупність норм, за допомогою яких вона регулює залежно від конкретно-історичних умов більш чи менш широке коло суспільних відносин»²¹⁴.

Таким чином, релігійні відносини мають нормативну основу. А необхідним і самостійним структурним елементом релігійної системи є релігійні норми.

Встановлювані релігією норми являють собою особливий вид соціальних норм, в яких сформульовані релігійні правила поведінки людей: приписи у певній ситуації вчиняти ті чи інші дії (наприклад, молитву) або утримуватися від певних дій, також передбачена певна відповідальність за невиконання цих приписів.

Однак у працях щодо проблем соціальної регуляції такі норми, як релігійні до недавнього часу згадувалися нечасто.

Між тим релігійні норми наділені усіма необхідними ознаками соціальної норми:

1. Це правила поведінки, спрямовані на реалізацію релігійних цінностей. Релігійні норми передбачають вчинення певних дій чи утримання від вчинків, що засуджуються релігією. Так, в Євангелії від Матвія (19:17–19) Ісус сказав: «Як хочеш увійти до життя, додержуй заповідей: не вбивай, не чини перелюбу, не кради, не свідчи неправдиво, шануй батька й матір і люби ближнього свого, як самого себе».

²¹⁴ Сергеева Т. В. Капоническое право / Методические рекомендации к спецкурсу. — СПб., 1997. — С. 16.

2. Релігійна норма, як і інші соціальні норми, має загальний характер, який проявляється у тому, що, по-перше, релігійна норма постає як мірило, зразок поведінки віруючих людей у тій чи іншій ситуації, як еталон певних відносин; по-друге, її приписи відносяться не просто до конкретної особи, а, передусім, до визначеного кола осіб — послідовників даної релігії.

3. Релігійні норми передбачають відповідальність за порушення встановлених правил. Біблія сповідує принцип особистої відповідальності перед Богом.

4. Будь-яка релігія і, відповідно, її норми посилаються на волю надприродних сил. У зв'язку з цим людина, яка сповідує релігію, характеризується як така, що підкоряється «божій волі і владі». Релігійні відносини виникають як результат впливу релігійних норм на поведінку людей. Перетворення релігійних приписів на ціннісну орієнтацію віруючих спонукає їх до вчинення необхідних дій у взаємовідносинах з людьми, які сповідують чи не сповідують релігію.

Отже, як певна ціннісно-нормативна система релігія обумовлює і юридичну поведінку віруючих, оцінюючи її з точки зору відповідності нормам релігійної моралі, основним принципам релігійного віровчення. У даному випадку релігія постає як фактор формування того чи іншого ставлення індивіда до правових інститутів, формування протиправної чи законслухняної поведінки. Коли норми закону стають етичними нормами самої людини, вона вільна діяти у відповідності вже не з чиеюсь волею, а на свій розсуд, і її воля не вступає у конфлікт з настановами Божого закону²¹⁵.

Отже, ізраїльська правосвідомість тісно пов'язана з релігійними нормами іудейського права, що постають регуляторами суспільних відносин віруючих, впливаючи на свідомість суб'єктів, чим забезпечується дотримання встановлених загальнообов'язкових правил поведінки, визначається як масштаб, зразок належної поведінки із спонуканням до вчинення правомірних дій.

Місце та значення судової практики у системі ізраїльського права

Іудейське право є складовою частиною правової системи сучасного Ізраїлю. Перш за все, іудейське право регулює відносини, що пов'язані з особистим статусом громадянина єврейської національності. Крім того, іудейське право має екстериторіальний характер дії: воно є персональним

²¹⁵ Львова О. Л. Функціональна взаємодія права та релігії в аспекті реалізації прав і свобод людини і громадянина // Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні: Монографія / За ред. Н. М. Опіщенко, О. В. Зайчука. — К.: Юрид. думка, 2007. — С. 335–337.

правом кожного та всіх євреїв, незалежно від їх місця постійного проживання, громадянства чи віри.

Загальна система ізраїльського права не тільки формується, а й реалізується за допомогою як світських державних органів, так і релігійних судів.

У судовій системі Ізраїлю релігійні суди діють паралельно з цивільними судами, що складаються із судів загальної юрисдикції (Верховний суд, окружні суди магістратур), а також спеціальних судів (судів з розгляду трудових спорів тощо). У країні відсутній Конституційний суд, не існує поділу на адміністративні та комерційні суди, а кримінальні та цивільні справи розглядаються у судах загальної юрисдикції. Особливі суди, які діють у складі одного судді, є органами з чітко визначеною юрисдикцією: транспортні, трудові, військові, муніципальні, адміністративні спори, справи щодо неповнолітніх. Система суду присяжних повністю відсутня. При цьому, у відправленні правосуддя вагоме значення надається генеральному прокурору (атторнею).

Розпочався розвиток власне ізраїльського прецедентного права. Принцип прецедента отримав законодавче закріплення. Так, наприклад, ст. 20 закону «Про судову владу» визначає, що всі прецеденти, прийняті Верховним судом, обов'язкові для виконання всіма нижчими за рангом судами; доктрина, встановлена Верховним судом, обов'язкова для дотримання всіма судами, за винятком самого Верховного суду.

Судова практика є джерелом ізраїльського права поряд із кодифікованими актами. При цьому під час тлумачення законів використовуються способи та методи, що притаманні романо-германському праву. Судова влада зберегла риси англійського загального права, однак з відсутністю дуалізму судової системи.

Відповідно до закону про судову владу 1984 р. судова система Ізраїлю представлена релігійними та світськими судами. До останніх належать: 1) мирові суди — розглядають незначні правопорушення, за які передбачено покарання, що не перевищує 7 років, а також цивільні та сімейні справи (їх 25). Мировий суд діє у складі одного судді. У 90-х рр. XX ст. їх повноваження були значно розширені за рахунок надання під їх юрисдикцію частини повноважень окружних судів; 2) окружні суди — розглядають переважно справи про тяжкі злочини, апеляції за рішенням мирового суду та складні цивільні справи (їх 4). Окружний суд (у складі одного або трьох суддів) розглядає також питання, пов'язані з економічними справами, банкрутством, скаргами засуджених, апеляціями з податкових платежів, реєстрацією кандидатів для участі у парламентських виборах²¹⁶.

²¹⁶ *Воробьев В. П.* Вказ. праця. — С. 171.

Верховний суд Ізраїлю, або Верховний суд справедливості, є вищою судовою інстанцією, рішення якої є обов'язковим до виконання не тільки для всіх судових органів, а й для виконавчої та законодавчої влади. Верховний суд — остання апеляційна інстанція з кримінальних, цивільних, дисциплінарних та виборчих справ; в інтересах справедливості він уповноважений втручатись у процес судочинства, звільняти незаконно заарештованих або невинно засуджених; Верховний суд справедливості розглядає скарги та позови проти уряду, його установ та офіційних посадових осіб, виступаючи при цьому судом першої та останньої вищої інстанції. Верховний суд також розглядає юрисдикційні спори між цивільними та релігійними судами.

Релігійні суди посідають не останнє місце у судовій системі Ізраїлю, хоча сфера їх діяльності обмежена справами персонального статусу громадян. На розгляд цих справ, залежно від їх характеру, вони мають або виключну, або спільну з цивільними судами юрисдикцію. У країні існує чотири види релігійних судів: раввінські суди, мусульманські (шаріатські) релігійні суди, різні християнські суди та релігійні суди друзів-арабів, які є прихильниками однієї з мусульманських шіїтських сект, заснованих в XI ст.

Справи, що пов'язані з розглядом питань особистого статусу громадянина (шлюб, розлучення, аліменти, опікунство, всиновлення), належать до юрисдикції судових органів релігійних спільнот: раввінатські суди для євреїв, шаріатські — для мусульман, друзькі релігійні суди, церковні суди для християн, що належать до десяти офіційно визнаних в Ізраїлі християнських общин. Суди раввінату діють на підставі релігійних норм і давніх законів Талмуду.

Всі рішення релігійних судів приймаються на підставі релігійних норм відповідного релігійного права, що діє стосовно особи, яка належить до певної релігійної громади. Обсяг юрисдикції різних релігійних судів неоднаковий. Так, відповідно до норм законодавства виключна юрисдикція раввінських судів поширюється на всі справи, що стосуються укладання шлюбу та розлучення та на інші специфічні справи, в яких сторонами є євреї або особи, що проживають в Ізраїлі та не є євреями чи громадянами Ізраїлю.

Виключною юрисдикцією мусульманських релігійних судів охоплюються всі справи, що стосуються статусу мусульман, які є громадянами Ізраїлю або проживають в інших країнах, де законодавством закріплено поширення юрисдикції мусульманських релігійних судів. Проте ці суди не можуть розглядати справи, що стосуються усиновлення та спадкування²¹⁷.

²¹⁷ *Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. — С. 961.

Виключна юрисдикція християнських судів охоплює справи персонального статусу християн — громадян Ізраїлю щодо укладання шлюбу, розлучення та аліментів. Натомість виключна юрисдикція релігійних судів друзів є аналогічною виключній юрисдикції раввінських судів.

Усі рішення релігійних судів підлягають виконанню через виконавчі органи так само, як і рішення цивільних судів. Судді релігійних судів призначаються президентом Ізраїлю за рекомендацією спеціального комітету, який складається з представників органів правосуддя, міністерств, членів Кнессета та адвокатури²¹⁸.

Раввінат країни та раввінські суди підлягають юрисдикції Верховного суду справедливості. Спроби релігійних кіл довести зворотне викликали прийняття рішення Верховного суду Ізраїлю, яким закріплено юрисдикцію Верховного суду справедливості над раввінськими судами щодо справ, які мають вирішуватися за релігійними нормами іудейського права та практики їх застосування; перегляд рішень Головного раввінату країни, у яких містяться норми адміністративного права, що суперечать чинному законодавству.

Корегуючи рішення релігійних судів та узгоджуючи їх з нормами чинного законодавства, вищі судові інстанції, у свою чергу, відповідним чином здійснюють корегування релігійного законодавства.

Кожний вид суду організаційно підпорядкований певному міністерству. Наприклад, цивільні суди перебувають у віданні Міністерства юстиції; релігійні — Міністерства релігійних справ, військові — Міністерства оборони. У відправленні правосуддя всі суди є незалежними.

Вищі судові інстанції Ізраїлю можна розглядати як засіб впливу світського права на релігійне, корегуючи його у процесі застосування та тлумачення релігійних норм²¹⁹. Зазначимо, що це стосується не тільки окремих норм чи інститутів, а й використання у релігійному праві та світському законодавстві відповідних юридичних термінів. Наприклад, Верховний суд Ізраїлю, корегуючи норми релігійного права, надав розширене тлумачення юридично значущого для законодавства цієї країни, для його теорії та практики терміна «еврей». Традиційно визнано (з позицій ортодоксального раввінського підходу), що євреєм є особа, народжена матір'ю-єврейкою та особою, що прийняла іудаїзм як релігійну віру і не визнає жодної іншої віри. Згідно з рішенням Верховного суду Ізраїлю це визначення було

²¹⁸ *Yadin U. Israel // National Reports / Ed. By V. Knapp. — Vol. I. — Ch. 1. — Paris, 1972. — P. 76.*

²¹⁹ *Барак А. Судейское усмотрение / Вступ. стаття М. В. Баглая. — М.: Наука, 1999. — С. 74–101.*

значно розширено. Поняттям «еврей», яким користуються сьогодні як у світському, так і в релігійному праві Ізраїлю, охоплюються також діти та онуки євреїв, один з подружжя єврея, один з подружжя дітей євреїв та один з подружжя онуків євреїв²²⁰.

Відповідно до чинного законодавства Ізраїлю та рішень Верховного суду цієї країни релігійні суди зобов'язані дотримуватися норм основних законодавчих актів і поточного законодавства, діяти в межах конституційних прав і дотримуватися принципу гарантії та забезпечення реалізації фундаментальних прав людини.

Аналізуючи соціально-політичний та правовий статус релігійних судів Ізраїлю, підкреслимо, що, з одного боку, вони є незалежними і не підпорядковуються вимогам норм цивільного права, а з іншого — вони постають як його суб'єкти та певною мірою підпорядковуються вимогам норм цивільного права. Тобто відбувається поступове звуження сфери правового регулювання суспільних відносин з боку релігійних судів. У загальній системі ізраїльського права здійснюється безперервний процес прямого та зворотного впливу іудейського релігійного права з одного боку та ізраїльського світського права з іншого.

Захист прав людини за ізраїльським правом

Система захисту прав людини в Ізраїлі заснована на британсько-американській моделі, численні нормативні акти часів британського мандату не скасовані й до сьогодні. За часів британського мандату в Ізраїлі було три офіційні мови — англійська, іврит та арабська. Закони склалися англійською мовою та перекладалися на іврит та арабську, а у випадку різночитання та різного тлумачення норм закону англійська версія вважалась основною. Релігійні суди розглядали лише питання сім'ї, шлюбу та особистого статусу, при цьому у вирішенні справи керувалися релігійними та правовими нормами, що були прийняті за часів Османської імперії.

На сьогодні, коли виникають правові колізії та неточності у формулюванні законів, або у випадку відсутності законів і прецедентів, суд звертається до релігійного іудейського права, заснованого на законах та релігійних нормах П'ятикнижжя. Закон про основи права закріплює норму, що у випадку, коли чинне ізраїльське законодавство є недостатнім для врегулювання порядку вирішення певного питання або не може бути застосовано, у своїх рішеннях ізраїльський суд повинен керуватися принципами свободи, справедливості, рівності та миру у душі спадщини народу Ізраїлю, у тому числі релігійними нормами П'ятикнижжя.

²²⁰ *Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. — С. 980.*

У Декларації незалежності Ізраїлю (1948 р.) зазначається, що держава Ізраїль засновується на принципах свободи, справедливості та миру, як було заповідано пророками Ізраїлю; зобов'язується всіма засобами підтримувати рівність соціальних і політичних прав усіх громадян незалежно від їх релігійної, расової чи статевої належності, забезпечувати свободу віросповідання, совісті, освіти та культури; охороняти спадщину всіх релігій; повністю дотримуватися принципів Статуту ООН.

Зазначимо, що Декларація не має обов'язкової юридичної сили, проте Верховний суд Ізраїлю під час тлумачення норм законів засновується на її положеннях. До обов'язку зазначеного суду, що перебуває на охороні демократії Ізраїлю, належить також захист прав людини і громадянських свобод.

Після проголошення державної незалежності (у 1948 р.) ізраїльський парламент Кнессет прийняв «Декрет про законодавство та управління», в якому зазначено, що закони, які діяли на території країни до проголошення державної незалежності, залишаються чинними тільки у випадку, якщо вони не суперечать принципам, які викладені в Декларації про утворення держави Ізраїль, та прийнятим Кнессетом законам.

Таким чином, сучасна законодавча система Ізраїлю включає у себе деякі закони Османської імперії (діяли до 1917 р.), англійські підмандатні закони, засновані на британському цивільному законодавстві, частину іудейських релігійних норм та законів. Проте більшу частину законів країни становлять власне ізраїльські закони та прецедентне право з 1948 р.

Щодо конституційної системи Ізраїлю, то вона заснована на таких основних принципах: держава є демократичною та єврейською. Ці принципи включені до Декларації незалежності, в якій зазначається, що держава гарантує рівні соціальні та політичні права всім громадянам незалежно від їх релігійної, расової чи етнічної належності. Сама Декларація не є обов'язковим до виконання конституційним документом, проте у конституційному законі від 1992 р. «Про гідність та свободу людини» чітко зазначено, що термін «права людини» необхідно розуміти «у дусі принципів Декларації про утворення держави Ізраїль», а метою цього закону є «встановлення системи цінностей Ізраїлю як єврейської та демократичної держави».

Під час утворення держави Кнессет набув повноважень щодо розробки та прийняття декількох конституційних законів, що регулюють усі сфери життя країни, які у подальшому можна було б згрупувати у єдиний формально визначений письмовий документ — конституцію. Більша частина її розділів прийнята у вигляді окремих конституційних законів, які регулюють та визначають основні риси державного устрою. Це, наприклад,

закон про Президента, Кнессет, Кабінет міністрів, судову владу, збройні сили, державне казначейство, а також про свободу обрання професії (в якому зазначається та закріплюється право кожного громадянина самостійного обирати рід занять), про гідність та свободу людини, норми якого спрямовані на захист громадян від посягання на їхнє життя, честь і гідність. Вища юридична сила основних конституційних законів над звичайним законодавством була підтверджена у 1995 р., коли Верховний суд отримав право судового розгляду законодавчих актів, норми якого суперечать основним конституційним законам.

На сьогодні до основних конституційних законів, що здійснюють регулювання захисту прав людини в Ізраїлі можна віднести: Закон про Кнессет (1958 р.), Закон про Державні землі (1964 р.), Закон про Президента держави (1964 р.), Закон про уряд (1968 р.), Закон про державну економіку (1975 р.), Закон про збройні сили (1976 р.), Закон про Єрусалим, столицю Ізраїлю (1980 р.), Закон про судову владу (1984 р.), Закон про державне казначейство (1988 р.); Закон про людську гідність та свободу особи (1992 р.); Закон про свободу вибору професії (1992 р.)²²¹.

Проекти трьох нових конституційних законів перед тим, як надійти на розгляд до Міжнародного комітету із законодавства, проходять обговорення у Кнессеті. Це закони про право на справедливе судові вирішення справ, соціальні права та про свободу самовираження. Сучасний текст проекту конституції Ізраїлю є результатом компромісу між ліберальними та релігійними колами. З одного боку, до тексту включено «білль про права», що поєднує конституцію Ізраїлю з ліберальними конституціями країн Заходу (рівність перед законом, заборона на будь-які форми прояву дискримінації, свобода совісті, включаючи свободу релігії та свободу від релігій — тобто право не сповідувати жодної релігії; з іншого — ліберали погодилися внести до проекту конституції перелік основних релігійних норм та питань, що виходили за межі конституції.

Вирішення зазначених питань належить до юрисдикції світських судів навіть у тому випадку, якщо вони будуть суперечити конституційним принципам. До переліку таких питань віднесене законодавство, норми якого регулюють приєднання до певної релігії та вихід зі складу її членів; закони, нормами яких визначаються повноваження релігійних трибуналів (включаючи раввінатські суди), шлюб та розлучення, дотримання релігійних норм кашрута у громадських установах, а також законодавство,

²²¹ Шаповал В. М. Ізраїль // Юрид. Енцикл.: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемиченко (голова) та ін. — Т. 2: Д-Й. — К.: Укр. енцикл., 1998. — С. 661.

правові норми якого регулюють питання дотримання релігійних правил дня суботнього. При цьому регулювання таких відносин, як заборона на продаж свинини, цивільний похорон тощо, залишаються під юрисдикцією Верховного суду справедливості.

Отже, у зв'язку з відсутністю основного конституційного закону про права Верховний суд зробив значний внесок у захист прав і свобод людини і громадянина, підтримку правопорядку. Як доповнення до конституційних законів Верховним судом було розроблено основи прецедентного права, норми якого регулюють захист цивільних свобод як фундаментальних цінностей судової системи Ізраїлю, включаючи свободу слова, зібрання, віросповідання, а також рівні права для всіх громадян. Як суд першої інстанції Верховний суд розглядає позови фізичних осіб до урядових органів або до їх структурних одиниць. Ця система особливо важлива у питаннях дотримання прав людини як для громадян Ізраїлю, так і для палестинців.

Верховний суд розробив принцип, відповідно до якого законодавчі акти повинні тлумачитися способом, який передбачає, що законодавча влада не має на меті обмежити права та свободи чи уповноважувати на це інші державні органи. На практиці цей принцип дозволяє суду узгоджувати норми законів з відповідними нормами концепції цивільних свобод. Таким чином, ізраїльські громадяни мають увесь комплекс захищених прав і свобод, що і громадяни інших демократичних держав.

СІМ'Я ТРАДИЦІЙНОГО ПРАВА

5.1. Загальна характеристика китайського права.

Етапи формування, основні джерела, особливості правової діяльності

Китайська цивілізація є однією з найвеличніших та найстародавніших на Сході. Протягом чотирьох тисячоліть її сутнісні характеристики майже не змінилися. Однією із найбільш значущих може бути визнана непохитна державність, що не дозволяє окремим територіям існувати самостійно або хоча б автономно. Це наклало відбиток на уявлення китайців про владу і право та їх місце в житті суспільства та окремої особи.

Китайське право — це сукупність підтримуваних державою моральних, етичних, релігійних і правових норм, що склалися на основі філософсько-моральних концепцій даосизму, конфуціанства та легізму.

Починаючи розгляд китайського права, слід звернути увагу на те, що жодна правова система в світі не зазнала такого значного впливу відразу двох суперечливих філософських вчень, як правова система стародавнього та середньовічного Китаю, в якій етико-політичні догмати конфуціанства та політико-правові концепції легізму стали визначальними факторами поступового розвитку права, його основ, принципів та інститутів, а також механізмів правозастосування та традиційного праворозуміння китайців¹. Загальною рисою цих двох філософсько-правових шкіл була їх мета організувати життя китайського суспільства на раціональних, справедливих началах, які кожна школа розуміла по-різному.

Зокрема, з даосизму (основоположник вчення Лао-цзи, VI ст. до н. е.) була прийнята ідея про існування «дао» — природного закономірного шляху, яким розвивається Всесвіт і якого має додержуватися людина. Дао — закон неба, природи і суспільства, який в змозі відновлювати справедливість. Усе неприродне (штучні встановлення у сферах управління, законодавства та ін.) вважається відхиленням від дао. Додержуючись закону дао, людина повинна не проявляти самостійної активності, не намагатися вдосконалювати суспільство, державу, закони, а покладатися на дао і повернутися до природності².

Водночас істотний вплив на ідеологію Китаю справило конфуціанство (VI ст. до н. е.). Впливовою ідеологічною течією воно стало відразу

¹ Скакуи О. Ф. Общес сравнительное правоведение. Основные типы семьи правовых систем мира. — К.: Ін Юре, 2008. — С. 395–410.

² Скакуи О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — Х.: Консум, 2006. — С. 621.

після виникнення, а в II ст. до н. е. було визнано офіційною ідеологією і стає державною релігією³. До революції 1911 р. конфуціанство залишалося основою офіційної ідеології та зберегло свій вплив і дотепер (у модернізованому вигляді).

Слід звернути увагу на те, що філософське вчення Конфуція (551–479 рр. до н. е.) на відміну від даосизму полягає в диференціації світу природи і світу людини, утвердженні активності особи, а не її бездіяльності. Відповідно до конфуціанства природний закон — дао, або тіан дао (божественний шлях) — не управляє безпосередньо світом людини. Світ людини не розчиняється у світі природи, оскільки природа — це ідеальний світ. Тому людина повинна прагнути до світу природи, до гармонії з нею у своїх думках, почуттях, діях, хоча досягти її ніколи не зможе. З метою досягнення гармонії з навколишнім світом природи людина повинна розробити правила «правильної» поведінки (лі). Таким чином, відповідно до цих правил взаємоприйнятні відносини становлять основу природної рівноваги.

Для прихильників даосизму всі люди відносно дао є рівними. Тоді як конфуціанство виходить із нерівності людей, сутність правил «правильної» поведінки тлумачить залежно від соціального становища кожного в сім'ї, серед сусідів, в офіційній ієрархії суспільства та в державі. «Лі» (правило / ритуал «правильної» поведінки) визначається для кожної ситуації конкретно — для літнього і молодого, управлінця та підлеглого по службі тощо. Зокрема, воно регулює стосунки між батьком і сином, старшим і молодшим братом, чоловіком і дружиною.

«Лі» являє собою поєднання моральних і правових норм, провідними серед яких є моральні. Для правителів це норми чесноти в управлінні, для підданих — норми моральності у поведінці. Інакше кажучи, основна чеснота підданих полягає у відданості правителю, слухняності і шанобливості до всіх «старших»⁴. «Мораль шляхетного мужа подібна до вітру; мораль низької людини подібна до трави. Трава нахиляється туди, куди дме вітер».

Є очевидним той факт, що конфуціанство віддавало перевагу морально-етичним нормам, а не нормам права та їх примусовому виконанню в судах. Тому норми права розглядалися як примусові, формалізовані, не здатні зважити все різноманіття чинників, пов'язаних із соціальним становищем сторін⁵.

³ Сажина В. В., Тагунов Д. Е. История государства и права зарубежных стран. — М.: Книжный Дом, 2005. — С. 43–53.

⁴ Графский В. И. Всеобщая история права и государства. — М.: Норма, 2004. — С. 349–365.

⁵ Ильинский Н. И. История государства и права зарубежных стран: Курс лекций. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Изд-во деловой и учебной литературы, 2006. — С. 379–381.

Звернення до суду тлумачилося передусім як зневага до правил «правильної» поведінки. «Лі» полягає у неупередженому вирішенні конфлікту через спокійне обговорення, а не в акцентуванні уваги на розбіжностях й апелюванні до суду з метою їх вирішення. По-друге, воно розглядалося як порушення громадського спокою. Зокрема, спроба публічно звинуватити співгромадян у порушенні правил сприймалася як брутальність і невихованість, відсутність скромності та готовності піти на компроміс.

Враховуючи ці обставини, слід визнати, що загальне правило управління народом (доброчесне управління) обґрунтовується у такий спосіб: «Якщо управляти народом через закони і підтримувати порядок через покарання, народ прагнучим ухилятися від покарань і не відчуватиме сорому. Якщо ж управляти народом через чесноту і підтримувати порядок через ритуал, народ знатиме сором, і він виправиться»⁶. При цьому чеснота в тлумаченні Конфуція — це комплекс етико-правових норм і принципів: правила ритуалу (лі), людинолюбства (жень), турботи про людей (шу), шанобливості до батьків (сяо), відданості правителю (джун), боргу (і) та ін. Таким чином, ця нормативна цілісність містить всі форми соціального регулювання тих часів, за винятком позитивного закону (фа). Разом з тим негативне ставлення Конфуція та його послідовників до позитивного закону (фа) обумовлено його традиційно каральним значенням, зв'язком із жорстокими покараннями. Мало місце ігнорування права як системи суворих логічних і формальних норм, в тому числі і судових рішень. Не цінувалися юридичні професії та школи.

Важливо підкреслити, що школа легістів (IV ст. до н. е.) стала на шлях обґрунтування необхідності підкорення закону людей — і правителів, і підданих. На відміну від конфуціанства, яке покладало надії на порядність людини, можливість її переконати і виховати прикладом правителів, легісти відстоювали управління, яке спирається на закони (фа) і суворі покарання. Видатним теоретиком легізму вважається Шан Ян (IV ст. до н. е.). Значною фігурою у справі утвердження і розвитку легізму в Китаї визначив Хань Фейцзи (III ст. до н. е.)⁷.

Тоді як конфуціанці вірили в чесноти людини, її здатність узгоджувати свою поведінку з моральними принципами, легісти вбачали в діях людини тільки корисливі прагнення і вимагали покарання відповідно до законів. Якщо конфуціанці розглядали нерівність та ієрархічну підпорядкованість у суспільстві як показник його гармонії, то легісти, проголошуючи

⁶ Дзьобань О. П. Традиції в морально-правовій філософії: китайський феномен / Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2005. — № 4. — С. 15–25.

⁷ Скаун О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — С. 624.

рівність людей перед законом, вважали можливим прищепити правильну поведінку суворим покаранням, встановленим у санкціях норм. Однак варто зазначити, що замість конфуціанських норм-ритуалів і етичних норм як регуляторів суспільних відносин легісти запропонували правові норми. Ці норми рівною мірою стосуються всіх. Вони стандартні, непохитні, доступні.

У зв'язку з цим варто згадати, що Хань Фейцзи здійснив спробу нового тлумачення основних понять даосизму та конфуціанства. Відстоюючи панування закону, він критикував самовладдя чиновників, називав їх узурпаторами, протиставляв їм легістів — «розумних і обізнаних із законами людей». Разом з тим, вважаючи неприйнятними тяжкі покарання як засіб управління, Хань Фейцзи наполягав на тому, щоб доповнити закони мистецтвом управління та відповідальністю правителів перед законом: «Якщо монарх бажає управляти країною, керуючись законом, то досить обнародувати його і виконувати... Закон не робить винятків... Винні міністри не можуть уникнути покарання».

Слід підкреслити, що легісти не сприймали концепцію довільного саморегулювання світу. Як правило, вони вважали закон основою регулювання відносин у суспільстві. Але при цьому закони повинні змінюватися з часом. Хань Фейцзи стверджував: «Час і закон не розвиваються однаково, і нехай старі закони дійшли до нас, однак копіювати їх не можна».

Слід наголосити на тому, що вперше концепція управління країною на підставі закону, що мав суворо виконуватися усіма — від правителя та чиновника, до представника нижчих станів — була висунута та обґрунтована мислителем Гуань Чженем ще в той період, коли легісти не створили закінченої теорії (VII–V ст. до н. е.). Тому Гуань Чжень вважається засновником легізму, що мав значний вплив на Шан Яна, який не лише розвинув цю теорію, а й намагався в ролі державного діяча запровадити її.

Враховуючи ці обставини, слід визнати, що Шан Ян створив закінчене легістське вчення про управління народом і державою в період прагнень китайського суспільства щодо подолання роздробленості та укріплення центральної влади правителя шляхом придушення сепаратизму родової аристократії (IV ст. — перша половина III ст. до н. е.). Зокрема, він відстоював абсолютну владу правителя, який за допомогою суворо встановленого, такого, що не підлягає обговоренню, закону визначає все життя підданих. Таким чином, визнаючи неможливість існування людей поза рамками суворого покарання, Шан Ян виходив із обов'язковості превентивних заходів і колективної відповідальності, що забезпечують «добре управління». У свою чергу, інший провідний теоретик легізму в Китаї —

Хань Фейцзи — у своєму трактаті прямо порівнював людей з «собаками та тиграми, що набувають людського образу лише під загрозою покарання»⁸.

Закон не повинен потурати знатним. Там, де діє закон, розумний не може його обійти, хоробрий не може йому чинити опір; покарання за вчинок не обминуть також сановників, нагороди за добрі справи не обходять і простолюдинів. Ось чому ніщо не може зрівнятися із законом, в той час коли необхідно виправляти вчинки знаті і показувати злочини простолюдинів, засудити помилку, позбутися зайвого та усунути безглуздість, встановити єдині правила для всього народу⁹. Так вважав Хань Фейцзи. Очевидно, слід зазначити, що характерним є те, що китайські легісти в своїй полеміці з конфуціанцями виходили з постулату про злу, зіпсовану людську природу, яку не в змозі виправити освіта та культура. Водночас чиновники повинні сприйматися потенційно безчесними, тому кожного з них слід змусити контролювати інших. Інакше кажучи, як тільки закони починають діяти, всі повинні їм підкорятися. На думку Хань Фейцзи, у державі мудрого правителя лише закони виконують роль підручників життя. Тому не існує інших книг, що можуть бути порівняні з цією метою та бути гідними їх. Скоріше за все, ця позиція стала приводом до наказу першого імператора династії Цинь-Ши-Хуанді у 213 р. до н. е. — спалити багато книг, а особливо конфуціанські тексти, а також стратити близько 300–400 вчених-конфуціанців (за різними джерелами).

Це відбулося в короткий, але значущий етап протистояння двох ідеологій, що дало новий імпульс становленню традиційних рис та інститутів давньокитайського права. У цей період, коли легізм в його крайній формі стає офіційною ідеологією імперії Цинь (221–207 рр. до н. е.), легісти приходять до влади, запроваджуючи в життя свої правові погляди.

Однак слід наголосити на тому, що погляди легістів залишилися чужими свідомості більшості китайського населення, вони занадто відхилилися від укорінених уявлень і тому здобули лише тимчасовий успіх. Отже, легістам не вдалося затвердити в Китаї поняття постійно діючих правових норм та суверенного закону.

Разом з тим з розвитком династії Хань (206 р. до н. е. — 221 р. н. е.) конфуціанство знову одержало визнання, а потім виробило компромісний варіант співіснування з ідеями легістів. Можна стверджувати, що відбувається злиття легізму та конфуціанства в нове вчення — ортодоксальне ханське конфуціанство, де провідною ідеєю була конфуціанська ідея

⁸ Древнекитайская философия. — М.: Мысль, 1973. — Т. 2. — С. 225.

⁹ Сунь-цзы. Искусство стратегии. — М.: Эксмо; Спб.: Милгрод, 2007. — С. 7–65.

нерівності людей, їх соціальних, станових, рангових відмінностей, а також відмінностей залежно від сімейного стану, статевої належності, віку. Непорушністю цих догматів повинна була слугувати ретельна регламентація поведінки людей в суспільстві, сім'ї за допомогою моральних норм «лі» та офіційно визнаного ритуалу. Слід підкреслити, що ритуал, який спирався на звичай та традиції, як і раніше, залишається головним регулятором

Варто звернути увагу і на те, що ортодоксальне конфуціанство не відмовлялося від закону, покарань, передбачаючи взаємодію суворості та поблагливості. Із цього припущення витікало, що мораль та право збігалися¹⁰. Водночас мораль задавала стереотип поведінки, а право, за допомогою санкцій, забороняло від нього відхилитися. Таким чином, норми пануючої конфуціанської моралі повинні були відтепер підтримуватися силою, суворою карою закону («фа»). Це знайшло відображення у формулах ортодоксального конфуціанства: там, де не вистачає «лі», необхідно застосувати «фа»; те, що може бути покаранням за «фа», не може бути дозволено за «лі», а дозволене за «лі» не може бути покаранням за «фа». У свою чергу, злиття конфуціанства та легізму призвело до того, що норми «лі» набули більшої обов'язковості та формалізму. Слід визнати, що це знайшло відображення також в праві, зокрема в прямому перенесенні на нього цілих пасажів із канонізованих в той час конфуціанських творів («Чжоу лі», «І лі», «Лі цзи»), в яких ще на початку другої половини I ст. до н. е. (можливо, ще за життя або відразу після смерті самого Конфуція) були систематизовані та закріплені норми конфуціанської моралі.

Разом із тим у традиційному праві збереглося багато легістських положень, роль яких підсилювалася правозастосовним механізмом, створеним на легістських ідейних засадах державного апарату. Так, наприклад, легістські вимоги колективної відповідальності, заохочення доносів набули сили закону, але при визначенні міри покарання суди часто керувалися висловлюваннями Конфуція. Можна з впевненістю говорити про те, що ідеологічний стереотип про виняткову ефективність взаємодоповнюючих «лі» та «фа» став найважливішою особливістю традиційної масової свідомості, найважливішим елементом найдавнішої, тієї, що пережила тисячоліття китайської цивілізації.

Отже, можна зробити висновок про те, що кожна із зазначених концепцій (даосизм, конфуціанство, легізм) рівною мірою вплинули на правосвідомість китайського народу. Конфуціанство, яке згодом увібрало в

себе деякі ідеї своїх опонентів, виявилось найстійкішим і найпоширенішим у країні та переходить із покоління в покоління¹¹. Під впливом життєвих обставин послідовники конфуціанства змушені були визнати, що для регулювання поведінки людей потрібне позитивне право. Проте закон вони поставили нижче «лі», хоча й не відкинули його важливості.

Враховуючи ці обставини, можна стверджувати, що до джерел традиційного китайського права, як і всієї далекосхідної групи правових систем, належать:

1) норми-традиції (насамперед ритуали) — мають першорядне значення. Такої позиції додержувалося ще раннє конфуціанство, вбачаючи в цьому умови для збереження громадського порядку;

2) етичні норми — мирне життя в суспільстві гарантується не правом, а етикою;

3) норми-звичаї — розв'язання конфлікту за допомогою миротворця, а не суду, відповідно до «дао»;

4) норми права — вдаватися до допомоги права слід якнайрідше (навіть легісти вважали право неминучим злом). Лише останнім часом норми права набули певного значення. Таким чином, закон став одним із провідних джерел права.

Водночас юридична регламентація відносин не має будь-яких глибоких коренів у китайській цивілізації. У ній головною регулюючою силою є моральні догми, що базуються на вченні Конфуція. Тому у спірних ситуаціях керувалися традиційними правилами примирення сторін за допомогою посередника, та лише у виняткових випадках зверталися до суду або адміністрації¹².

Є очевидним той факт, що нині судові та адміністративні рішення відіграють важливу роль, але не як джерело (форма) права, а як результати правозастосовної діяльності держави. Тут не постає питання про ідеальний закон, який відрізняється від правил, що викладені раніше законодавцем або застосовуються у діяльності суду та адміністрації. Отже, питання виникає щодо самої цінності закону.

У континентальній Європі, наприклад, в іспанській общині, закон був уведений як необхідний засіб для стійкості суспільства в процесі його життєдіяльності. Стійкий соціальний порядок припускає першість закону. Людина повинна жити в згоді із законом і, якщо є така потреба, боротися

¹¹ Гелей С. Д., Рутар С. М. Політико-правові системи світу: Навч. посібник. — К.: Знання, 2006. — С. 265–276.

¹² Історія держави і права зарубіжних країн. Середні віки та ранній час / За ред. Б. Й. Тищенка. — Л.: Світ, 2006. — С. 662–669.

¹⁰ Сергійчук І. М. Новітня історія країн Азії та Африки. 1918 — кінець XX ст. / 2-ге вид. — Суми: Університетська книга, 2003. — С. 22–31.

за його торжество. Адміністративні авторитети, не менше ніж будь-яка частина суспільства, мають діяти легально. Суди покликані забезпечити повагу до закону. Поза законом можуть бути лише анархія, хаос, право сили. Тому закон необхідно поважати. Однак тут варто звернути увагу на те, що країни Далекого Сходу відхиляють цей підхід. Так, для Китаю закон є скоріше інструментом погоджувальної дії, ніж символом юстиції. Він розглядається як засіб, який не стільки встановлює порядок у суспільстві, скільки дезорганізує його. Для Китаю поведінка особи забезпечується не законом, а гармонією і миром, які досягаються відповідністю традиціям і звичаям. Тому традиційне примирення сторін за допомогою посередника вважається більшим досягненням, ніж юстиція. Разом із тим закон розцінюється скоріше як засіб залякування або абстрактний зразок, але ж ніяк не зразок для дії, що характерно для країн континентального права¹³.

Отже, слід нагадати, що у китайській мові слово «право» має два значення — «фа» і «ксін». У глибоку давнину вони вживалися як синоніми. Нині слово «фа» має ширше значення, а «ксін» перекладається як «покарання». Саме тому розуміння всього права як кримінального пояснює традиційний підхід до права як до покарання.

Водночас у китайській правосвідомості тривалий час було відсутнє поняття «суб'єктивне право». Пізніше китайське слово «цюань-лі» (суб'єктивне право) з'явилося під впливом японського права. Воно є результатом запозичення.

Очевидно, слід вважати, що, за китайськими поняттями, від суб'єктивного права не залежить гармонія в суспільстві, тому що суспільство існує споконвічно без втручання суб'єктів. Більше того, суспільство розвивається спокійно і планомірно, якщо жодний із його суб'єктів не ставить за мету захист винятково особистих інтересів. Суспільство вважається здоровим, якщо гармонійно функціонує відповідно до «дао». Конфлікт у суспільстві — показник його хвороби, яку необхідно лікувати. Ефективним засобом усунення конфлікту як суспільного зла є кримінальне право.

У цій схемі суб'єктивне право не знаходить собі місця, оскільки розглядається як джерело колізії інтересів. Навіть легісти, які більше за інших займалися проблемами права і виступали за рівність індивідів перед законом, вбачали у «фа» насамперед покарання або нагороду і не порушували питання про які-небудь права підданих за законом. У питанні про співвідношення прав і обов'язків особи пріоритет належить обов'язкам¹⁴.

Для уточнення китайського розуміння терміна «право» слід звернутися до терміна «лю», який вживається як синонім слова «ксін». В юридичному значенні «лю» — кримінальне право, в етимологічному (широкому) сенсі «право» (гама, гармонія) означає музичну гармонію. «Лю» відомо раніше за «ксін». Музика, як і традиції, віднесена китайцями до важливих сторін буття, які необхідно вивчати, щоб бути добродішними. З огляду на те, що кримінальне право в Китаї завжди було суворим, воно не викликало до себе такої поваги, як музика.

Тут варто згадати, що про систему права Давнього Китаю свідчать кодекси, прийняті ще за часів династій Цин і Хан. Фрагменти цих кодексів, що дійшли до нас, містять норми публічного права, а саме — кримінального та адміністративного. Тоді як питання приватного права — сімейного і спадкового — в них лише згадувалися, питання торгового права не одержали висвітлення взагалі. Галузі права не були чітко диференційовані. Таким чином, був відсутній поділ права на приватне і публічне. Проте їх основні напрями вже були намічені.

Текст норми права при її формуванні в минулому погоджувався з «лі». Можна стверджувати, що конфуціанство мало великий вплив на норму кримінального права. Про це свідчить: по-перше, те, що у кодексах наводилася детальна градація покарань за вбивство, образу словом і фізичним насильством з урахуванням намірів злочинця, зовнішніх обставин вчиненого злочину, соціального стану злочинця і потерпілого; по-друге, те, що суворість покарання залежала від місця в соціальній ієрархії особи, яка вчинила злочин (батько або син, чоловік або дружина, старший або молодший брат). Наприклад, старший брат, який вдарив молодшого, не несе покарання; молодший брат, який вдарив старшого, міг бути покараний на 30 місяців примусових робіт, або 90 ударами бамбуковими палицями.

Тим часом сфера приватного права не була нормативно врегульована, оскільки застосовувалися різноманітні форми позасудового вирішення конфліктів:

1) усередині сім'ї. Миротворцем, як правило, виступав глава сім'ї. Ним міг бути також далекий родич або сторонній, найшанованіший похилого віку чоловік, поважного становища в окрузі, який мав досвід і моральний авторитет. Обидві сторони, що сперечалися, повинні були погодитися на запропонований миротворцем компроміс, «не втрачаючи обличчя». Миротворець віднаходив норми із правил поведінки «лі» та практики вирішення таких спорів у регіоні, а також із власного досвіду і знання світу. Однак у разі неприйняття компромісної пропозиції сторонами обговорення справи продовжувалося до досягнення угоди між ними.

¹³ Скакули О. Ф. Теория государства и права. — Х.: Консум, 2000. — С. 673–674.

¹⁴ Там само. — С. 674.

При цьому миротворець використовував засоби соціального і морального тиску;

2) поза сім'єю — всередині громади, села, торговельної гільдії. Миротворцями виступали старійшина клану, представник місцевої еліти, старшина гільдії.

У більшості випадків відбувалося «саморегулювання конфліктів» у межах місцевих громад відповідно до традиційних правил поведінки з урахуванням соціального стану сторін.

Разом з тим конфліктуючі сторони могли звернутися до державного суду, де справи розглядалися чиновниками. Проте, як правило, справа до суду не доходила, її вирішували на місцевому рівні миротворці. Це пояснюється прагненням уникнути громадського осуду, що спричиняється у разі відмови від допомоги шановного посередника, бажанням не втягуватися в судову тяганину, супроводжувану судовими стягненнями та недбалістю судових працівників.

У Китаї будь-яке конкретне рішення повинно було відповідати справедливим і гуманним почуттям (відшкодування шкоди не повинно було лягати непропорційним тягарем на плечі боржника та вести до занепаду його сім'ю).

Справедливість є попередньою умовою здійснення всіх інших цінностей, що визначають орієнтири в життєдіяльності людини. Крім того, «справедливість має нормативну природу, належить до компетенції практичного розуму. Це означає, що вона більш чутлива до відмінностей, менш універсалізована. Мінімум справедливості в суспільстві гарантується правом»¹⁵. Однак право ґрунтується на «усередненій» нормі справедливості, а тому, що різноманітнішим є суспільство, то відчутнішим є дефіцит справедливості та тенденції її перетворення у свою протилежність.

Принципи права, а також принципи справедливості накладають обмеження на те, що можна було б назвати «розумними концепціями добра індивіда...». Це твердження можна сформулювати, сказавши, що у справедливості, як і в чесноті, концепція права має пріоритет над концепцією добра... Пріоритет справедливості пояснюють частково твердженням, що інтереси, які вимагають порушення догматів справедливості, не мають соціальної цінності. Не маючи передусім власного значення, вони не можуть бути вищими від її вимог.

Тут слід наголосити, що саме завдяки беззаперечній цінності людини — людській гідності — існує право як вияв і продовження її природи та

прагнення до постійного розвитку та вдосконалення¹⁶. Саме крізь призму справедливості, свободи та формальної рівності, які неминуче впливають з концепції людської гідності як необхідні елементи її існування та забезпечення, і слід розглядати право. У такому випадку право виступає інструментом, що, з одного боку, є виразом природи людини, людської гідності, а з іншого — ефективним засобом забезпечення свободи, справедливості та формальної рівності людей¹⁷.

У літературі наголошується також на визначальному місці справедливості у праві. Так, на думку В. А. Бачиніна, «справедливість є вищою цінністю, яку покликана захищати і культивувати вся система права»¹⁸. Тому справедливість постає як конкретно-історична міра узгодження багатоманітності людських інтересів, що із зміною в часі і просторі здатна відхилятися в різні сторони, то наближаючись до етичного і природно-правового оптимуму, то відхиляючись від нього. Справедливість, з одного боку, є об'єктивною, оскільки виступає якісною характеристикою суцього. З іншого — суб'єктивною, оскільки співвідносить суще з ідеальним і набуває оціночної спрямованості¹⁹.

Таким чином, справедливість виступає оптимальною мірою співвідношення протилежних інтересів у суспільстві, можна сказати, що вона є показником співвідношення цих інтересів, а тому є визначальним чинником, що підпорядковує собі функціонування суспільства та його систем (в тому числі і правової). Саме в справедливості права, зміст якої по-різному тлумачиться дослідниками, вбачається його загальнолюдська цінність. «Ідеться, безумовно, не про абстрактну, а про конкретно-історичну справедливість, уявлення про яку в різні епохи істотно змінювалося. У сучасних умовах справедливість права слід вбачати в його прогресивній спрямованості, легітимності, відповідності ідеалам демократії та гуманізму»²⁰.

Отже, норма права в Китаї вважалася другорядною порівняно з іншими соціальними нормами (нормою моралі, нормою-звичаєм, нормою-традицією). Судове рішення на основі норми права відкидалося як головний

¹⁶ Гришук О. В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. — К.: Атіка, 2007. — С. 80–105.

¹⁷ Гришук О. В. Вказ. праця. — С. 113.

¹⁸ Бачинин В. А. Энциклопедия философии и социологии права. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2006.

¹⁹ Гришук О. В. Вказ. праця. — С. 118.

²⁰ Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 4 (27). — С. 9.

¹⁵ Кальной И. И. Философия права: Учебн. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. — С. 32.

засіб розв'язання конфлікту. Лише невелика частина цивільно-правових спорів розглядалася державними судами.

Норми звичаєвого права та відносини, що вони регулювали в імператорському Китаї, в основному, виникали в низових соціальних структурах (кланах, сільських общинах, гільдіях тощо) та діяли, як правило, в межах цих структур. Внаслідок неоднакових умов життя в різних районах держави вони були різноманітними та суперечливими, що призвело до надзвичайної барвистості китайського звичаєвого права. Оцінюючи значення останнього в системі соціального регулювання, треба мати на увазі, що китайський деспотизм на довгі століття законсервував господарське суспільство з панівним натуральним та дрібнотоварним виробництвом. Економічні відносини в такому суспільстві не потребували більш розвиненої, більш могутньої регулятивної сили, ніж звичай та традиція, що визнавалися та підтримувалися державою. Охорона панівних суспільних відносин, їх недоторканність, неможливість нівелювання тими цінностями, які були притаманні традиційному розумінню світопорядку, були сферою кримінального законодавства, яке у ХІХ ст. вирізнялося крайньою жорстокістю²¹.

Доречним буде зауважити, що лише наприкінці ХІХ ст. у правовій системі відбулися деякі зміни. Починаючи приблизно з 1850 р. Китай підписав численні «нерівні договори» з Великобританією, Францією, Німеччиною, Росією та Японією, які відкрили китайські порти й торговельні центри, надали іноземцям право екстериторіальності й окремої юрисдикції та закріпили поступку або оренду значних територій у провінціях Китайської імперії. У 1899 р. так звані великі держави уклали угоду з Китаєм, за якою територію держави було поділено між ними на сфери інтересів, а від Китаю, щоб він не став жертвою імперіалістичних амбіцій, вимагалися докорінні внутрішні реформи.

У 1911 р. династія Маньчжурів зреклася престолу, після чого було терміново складено Конституцію, яка проголосила китайську державу республікою. Відносна стабільність настала в 1926–1928 рр., коли Національній партії (Гоміндану) та її армії вдалося звільнити Китай та принести в країну мир на декілька років.

Цей період було використано для швидкої кодифікації всього приватного права. Зокрема, за прикладом Японії кодекси було складено головним чином на основі німецького та швейцарського права. Однак у передмістях великих міст згадані кодекси залишилися лише фарсом.

Варто підкреслити, що для Китаю характерною є відсутність зовнішнього впливу на розвиток соціальних інститутів і, відповідно, на розвиток права.

Проте система сучасного права Китаю поділена на галузі та інститути. Це певною мірою є результатом впливу континентального права, а також правової системи Японії, де структурування системи права в ХХ ст. набуло принципового характеру. Після прийняття Конституції 1982 р. у Китаї активно розвивається конституційне право. Тут особлива увага приділяється вдосконаленню інститутів цивільного права, розвитку екологічного, трудового права. Таким чином, правова норма посіла провідне місце в системі джерел права.

Можна стверджувати, що сучасна правова система Китаю розвивається в руслі загальної концепції побудови в країні соціалізму з «китайською специфікою»²².

Її створення з урахуванням рівня розвитку китайського суспільства та використанням традиційного нормативного регулювання, що відповідає правосвідомості народу, відображує сутність курсу китайської держави на надання правовій системі країни національної форми.

Слід наголосити на тому, що роки соціалістичного розвитку Китаю пройшли під знаком практичних випробувань різних моделей суспільства. Відомі три етапи розвитку китайського права. Перший етап (1949–1956 рр.) – становлення соціалістичного китайського права, коли прийняті термінові конституції визначили правові основи держави. Разом з тим у Китаї 50-х рр. цілісна правова система ще була відсутня, а на її формування серйозно впливали політична й правова культура суспільства та військово-командні методи керівництва країною.

Другий етап (1957–1976 рр.) – період «культурної революції», що характеризувався розвитком правового нігілізму, приниженням ролі законодавства в регулюванні суспільних відносин.

Типовою на той час була відмова від дотримання законності, що фактично призвело до порушення правових основ держави.

На третьому етапі (з кінця 70-х рр. ХХ ст.) відбувається бурхливий розвиток законодавчої діяльності, що починався з прийняття Конституції КНР 1982 р., яка майже повністю повернулася до першої Конституції КНР (1954 р.). Крім того, активно здійснюється господарська реформа, відбувається відродження багатуокладної економіки, активізація цивіль-

²¹ Галатка П. Н. История государства и права зарубежных стран. – М.: Юрид. лит.-ра, 1969. – С. 685.

²² Правовые системы стран мира: Энцикл. справ. / Отв. ред. А. Я. Сухарев. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Норма, Норма – Инфра-М, 2001. – С. 319–322.

ного обороту, підвищення самостійності підприємств, широке залучення й застосування іноземного капіталу, що створило сприятливі умови для прийняття багатьох (більш ніж 50) нормативних актів.

Це дає змогу зробити висновок про те, що були прийняті загальні основи цивільного права: цивільно-процесуальний кодекс, закон про підприємства, створені на основі капіталу іноземних фірм, закон про господарський договір, закон про міжнародні господарські договори, пакет законів про спільні підприємства тощо.

Однак до цих пір зберігається багато інститутів та норм соціалістичного права, головним чином, у сфері публічного права. Так, уряд Китаю формується за участю Центрального народного комітету. Верховні народні збори (парламент) за представленням Президента КНР обирає лише голову уряду — Прем'єра Адміністративної ради. Решта складу Адміністративної ради представляється Прем'єром та призначається Центральним народним комітетом.

Разом з тим відсутній інститут приватної власності на землю. Законодавчо визнана лише державна та колективна власність на землю, що використовується селянами (Закон про управління землею 1986 р., Закон КНР про сільське господарство 1993 р., Загальні положення громадянського права). Закріплено не право власності, а право користування та часткового розпоряджання землею.

Однак «соціалізм» у Китаї був і є вербальним, а не реальним. Саме тому правову систему Китаю не можна кваліфікувати як соціалістичну та відносити до соціалістичного типу²³.

Слід нагадати, що традиційна для Китаю концепція суспільного устрою, що розвивалася до XIX ст. без будь-якого іноземного втручання, повністю відрізняється від західної концепції. Її фундаментальна ідея, що далека від релігійної догми, — постулат про існування космогонічного устрою, в якому взаємодіють земля, небо та люди. Земля та небо підкорені незмінним законам, а люди — хазяї своїх вчинків, тому від того, як вони поведуться, залежить, чи буде у світі порядок або, навпаки, безладдя.

Таким чином, гармонія, від якої залежить рівновага в світі та щастя людей, постає в двох аспектах. По-перше, як гармонія між людиною та природою. Поведінка людей повинна відповідати природному порядку. Зокрема, щоб запобігти епідемії, неврожаю, повені та землетрусу, а також, виконуючи ті чи інші суспільні чи особисті дії, слід враховувати розташування планет, пори року тощо. Правителі повинні особисто подавати при-

²³ Мухаев Р. Т. Теория государства и права. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2005. — С. 410.

клад життя відповідно до природного порядку — це їх основне завдання. Тому порядність і мораль — більш важливі якості правителів, ніж їх практичні знання. По-друге, гармонія необхідна у стосунках між людьми. У суспільних відносинах на першому плані повинні бути ідеї злагоди, пошук консенсусу. Наприклад, слід запобігати осуду, санкціям, рішенням більшості. Незгода повинна начебто «розчинятися», а не вирішуватися. Насамперед має бути виховання та переконання, а не влада та примус.

Внаслідок таких поглядів китайці негативно ставляться до нашої ідеї права з його жорсткістю та абстракцією. Людина, на їхню думку, не повинна наполягати на своїх правах, оскільки обов'язок кожного — прагнути гармонії та забувати про себе задля інтересів інших. До юристів китайці ставляться з недовірою. Використовуючи абстрактні норми, юристи створюють перепони для досягнення компромісів. Бажають вони того чи ні, але тим самим сприяють непристойній поведінці, що не сумісна з інтересами суспільства. У будь-якому разі конкретне рішення повинно відповідати справедливим і гуманним почуттям, а не бути обмеженням рамками юридичної схеми. За традицією спірні питання вирішуються на підставі почуття гуманності, потім — рітів, потім — розуму і лише після всього цього може відбутися звернення до права.

Враховуючи ці обставини, слід визнати, що закони в розумінні китайців, не є нормальним засобом вирішення конфліктів між людьми. Їх корисна роль обмежується тим, що вони пропонують взірець поведінки та застерігають тих, хто повів би себе антисуспільним чином. Однак мова не повинна йти про буквальне слідування законам; при їх виконанні та застосуванні повинна зберігатися більша свобода розсуду, — ідеал в тому, щоб закони взагалі не застосовувалися, а судові рішення не виносилися.

Традиційна китайська концепція не заперечує право, але при цьому припускає, що воно для варварів, для тих, хто не піклується про мораль, для невинуватих злодіїв, кінець кінцем, для іноземців, для яких неприйнятна китайська цивілізація²⁴. Китайський народ чудово почуватися і без права. Він не цікавиться тим, які норми містять закони, не звертається до суду та регулює міжособові стосунки так, як йому підказує сумління, враховуючи вимоги не права, а згоди та гармонії. Цю гармонію легко відтворити завдяки тому, що китайці виховані так, що шукають причину конфлікту не в злій волі або неспроможності конкурента, а в своїх особистих помилках, необачності. В атмосфері, де кожен готовий визнати свої помилки,

²⁴ Давид Р. Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1996. — С. 356–357.

людей не важко умовити піти на поступки та погодитися на втручання посередника. Осуд суспільства може надати цій згоді примусового характеру.

Слід наголосити на тому, що ряд факторів ще більше поглиблюють нехтування правом. Серед них на першому плані — погана (можливо, навмисно погана) організація правосуддя, що зовсім не цікавить владу. Чиновник, який зобов'язаний вершити правосуддя, досить далекий від тих, хто сперечається, тому що за загальним правилом він запрошується на цю посаду з іншої провінції і відповідно погано знає місцевий діалект та звичаї. Його службовці, з якими безпосередньо спілкуються ті, що сперечаються, корумповані, вони навмисно затягують процес, оскільки зацікавлені в цьому. «Виграний процес — загублені гроші», — каже народна приказка. Все це змушує китайців обходити суди та вирішувати спори шляхом позасудових процедур.

Важливо підкреслити, що тип суспільства, який існував в Китаї та всіляко підтримувався протягом століть, відповідає тому, що запропонувало конфуціанство: осередок суспільства — це сім'я з ієрархічною організацією і майже абсолютною владою голови сім'ї. Разом з тим община і держава повинні відповідати цій моделі сім'ї та запобігати втручанням у внутрішні справи. Члену общини належало суворо дотримуватися ритів, що передбачаються звичаєм і були одним з основних джерел права.

Також можна зазначити, що Китай протягом століть жив, не знаючи організованих юридичних професій²⁵. Зокрема, суд відтворювали адміністратори, які здавали задля отримання посади екзамен літературного характеру. Тому вони не знали права і керувалися порадами чиновників, які належали до спадкової касты. Отже, людей, які розуміються на законі, зневажали, і якщо радилися з ними, то таємно. Не було юридичної доктрини; слід зауважити, що в історії Китаю важко знайти відомого юриста, який би залишив у ній слід.

У III ст. до н. е. школа легістів зайняла позицію, згідно з якою влада повинна бути заснована не стільки на добродійності правлячих, скільки на підкоренні закону. Такі погляди легістів були викладені в трактаті, що належить Хан Фейцзи. Він та інші легісти наполягали на необхідності постійно діючих законів; правитель повинен знати їх, а піддані — суворо виконувати. Це була концепція права та закону, близька до тієї, що мала пріоритет на Заході, але не позбавлена, за виразом Ж. Ескара, «деякої наївності».

Однак погляди легістів залишилися чужими свідомості більшості китайського населення. Вони дуже відрізнялися від укорінених уявлень і

²⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Вказ. праця. — С. 358.

тому мали лише тимчасовий успіх. Легістам не вдалося запровадити в Китаї поняття постійно діючих правових норм та суверенного закону.

Разом з тим слід зауважити, що при династії Хан (206 р. до н. е.) конфуціанство знову взяло верх, і з того часу його верховенство було постійним. Таким чином, конфуціанська думка панувала аж до XX ст., і право не цікавило китайців, що надавали переваги іншим шляхам реалізації справедливості. Суспільний устрій ґрунтувався на ритах, а закон відігравав лише другорядну роль. «Мета права — зберегти статус кожної сім'ї, а не визначати, що добре і що погано». Щоб знати норми, які реально застосовувалися в галузі приватного або цивільного права, слід абстрагуватися від закону та керуватися лише звичаєм²⁶.

Є очевидним той факт, що найдавнішим китайським законодавчим актом був кримінальний кодекс, який було розроблено, за переказом, у X ст. до н. е., і містив він три тисячі статей. Така велика кількість статей відрізнялася казуїстичним способом викладення, ретельністю класифікації та диференціації різних видів злочинів, які в той час мали 500 різновидів. Посилання на виняткову давність китайських кодексів — дань традиції, конфуціанському вченню, тому, що правитель «не створює право, а передає його, поважаючи предків та люблячи їх».

Можна стверджувати, що поява писаних законів у Китаї фактично відноситься до VI — V ст. до н. е. Одним із перших був закон про поземельний податок, прийнятий у VI ст. у царстві Лу, що закріпив ліквідацію общинного та встановлення приватного землеволодіння. Таким чином, посилення законодавчої діяльності в період «воюючих царств» було пов'язано з необхідністю використання закону з метою стабілізації політичної обстановки в умовах нескінченної боротьби окремих князівств між собою. Однак результативність управління з посиланням на закони не завжди досягала бажаної мети. У документах періоду династії Хань зазначалося, що на початку династії були необхідні закони, але при цьому «через мережу закону могла прослизнути риба, яка могла б заковтнути кораблі».

Варто зазначити, що одним з перших матеріальних свідочств писаних законів став бронзовий триножник з текстом «огляду законів», що відноситься до 536 р. до н. е., основою якого стало розуміння п'яти видів покарання за злочини: клеймування, відрізання носа, відрубання однієї або обох ніг, кастрація та смертна кара, що стала найпоширенішим покаранням. Разом з тим на межі V—IV ст. до н. е. з'явився один із перших зводів законів «Книга законів царства Вей», що була складена Лі Фуем на підставі

²⁶ Там само. — С. 359.

правових положень, прийнятих в окремих князівствах і за традицією предків. Він складався із шести глав: закони про злодіїв, про розбійників, про ув'язнення, про затримання злочинців, про знаряддя страти та катування.

З урахуванням зазначеного можна визнати, що цей збірник поклав початок наступній практиці розробки законів. Зокрема, в Ханському Китаї у III–II ст. до н. е. здійснювалася значна робота з опису, перепису, коментування та відновлення стародавніх законів. Зазначена вище «Книга законів царства Вей» була в той час доповнена ще цілим рядом глав, зокрема, нормами права про військову справу, про державне конярство та про фінанси.

Однак слід зауважити, що поява писаних законів не могла змінити притаманний усьому стародавньому праву Китаю порядок, за якого безпосередньому наказу вищестоящої особи, аж до самого правителя, відводилася суттєва роль у регулюванні життєдіяльності китайського суспільства. Не змогли скасувати писані закони і широко поширені в усі часи на общинному рівні норми звичаєвого права, що регулювали багато сторін суспільних відносин, зокрема, земельних.

Також можна зазначити, що, починаючи з династії Хань, збірники законів неодмінно ґрунтувалися на закріпленні стабільного ядра традиційних кримінально-правових норм «люй», які були доповнені новими — «лін». Поступово між «люй» та «лін» відбулося розділення за сферами правового регулювання: «люй» об'єднували кримінальні закони, а «лін» — адміністративні постанови тощо.

Варто звернути увагу на те, що для середньовічного Китаю характерним є поява династійних зводів закону, які починав формувати засновник династії, а його послідовники розширяли, доповнювали їх своїми законодавчими постановами, вдосконалюючи та корегуючи їх відповідно до вимог часу. Таким чином, широке практичне застосування отримало запозичення з попереднього династійного законодавства. Найбільш розробленими кодифікаціями початкового періоду середньовіччя стали закони династії Суй (581–618 рр.), династії Тан (618–907 рр.) та династії Сун (907–1279 рр.)

У зв'язку з різким збільшенням чинного законодавства робота з класифікацією законів і постанов тривала і надалі. Тому наприкінці XI ст. у Китаї було створено спеціальне бюро з перегляду та класифікації законів, яке, зокрема, підготувало Звід законів із 900 статей. Наприкінці XIV ст. побачив світ Звід законів династії Мін, що відтворював багато положень попередніх кодексів. Характерно, що ця практика не була змінена і після встановлення в Китаї маньчжурської династії Цін (1644–1911 рр.). Уже в 1644 р., після захвату маньчжурами Пекіну, почалася робота з вивчення

Мінського кодексу, метою якої було внесення в нього виправлень та змін відповідно до нових політичних і соціальних реалій. У результаті в 1647 р. було створено кодекс, більшість положень якого було запозичено із старого кодексу династії Мін (1369–1644 рр.), причому частина — у вигляді основних положень («люй»), які не дозволялося змінювати. Складені на підставі старих кодексів, маньчжурські кодекси XVII ст. майже без змін діяли в Китаї аж до початку XX ст., визначаючи зміст принципів і норм традиційного китайського права.

Звернімося до інших джерел права. Як правило, значення юридичного прецеденту вкрай незначне. Протягом усієї багатовікової історії Китаю юридичний прецедент практично не використовувався в суді як судові рішення. Можна з упевненістю сказати, що інституту юридичного прецеденту як джерела права в стародавньому та середньовічному Китаї не існувало.

Слід звернути увагу на те, що конституція і юридична доктрина стають реаліями як джерела права лише в другій половині XX ст., після утвердження 1 жовтня 1949 р. влади комуністичної партії, очолюваної Мао Цзедунем. У 1954 р. була прийнята конституція, побудована за моделлю радянської конституції 1936 р. Вона містила широку декларацію прав і гарантувала незалежність суддів. Наступні конституції — 1975, 1978 рр. закріплювали комуністичний режим в країні. Конституція 1982 р. відображала основні ідеї реформ, прийнятих Ден Сяопіном — модернізація промисловості, сільського господарства, національної оборони, науки та технології.

Договір, переважно в усній формі, у свою чергу, мав юридичну силу в сфері регулювання майнових правовідносин з давніх часів. Особливо широко він використовувався у сфері купівлі-продажу землі, але також були поширені й інші договори: позики, займу.

Слід підкреслити, що ідея «суспільство без права» начебто була поставлена під сумнів революцією 1911 р.²⁷ Так, після проголошення республіки велася робота зі створення кодексів. Зокрема, Цивільний кодекс, в якому міститься і цивільне, і торговельне право, набрав чинності в 1929–1931 рр., Цивільний процесуальний кодекс — у 1932 р., Земельний — у 1930 р. У будь-якому разі зовні китайське право європейзувалося.

Однак треба наголосити на тому, що за цим фасадом продовжували існувати традиційні поняття та, за деякими винятками, саме вони мали перевагу в реальній дійсності. Праці декількох осіб, які бажали вестернізації

²⁷ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Вказ. праця. — С. 359.

своєї країни, не могли негайно перебудувати китайське мислення та укорінити протягом декількох років у розумінні юристів та китайського населення романську концепцію права, що розроблялася більше тисячі років юристами Заходу. Таким чином, кодекси та закони застосовувалися в Китаї лише тією мірою, якою вони відповідали народному почуттю справедливості та порядності. Тому практика ігнорувала закони, як тільки вони порушували традицію. У суди не зверталися лише тому, що люди не знали своїх прав або тому, що вони не хотіли зазнати осуду суспільства. Тому можна визнати, що суспільні відносини практично регулювалися так само, як до цього. Чи зверталися у виняткових випадках до суду? Досить часто китайські судді виносили рішення за стандартами конфуціанства, замість того, щоб застосовувати норми писаного права: вони відмовлялися виселити наймача, оскільки він бідний і ні в чому не винний, тоді як багатий власник не має потреби в приміщенні, яке здає; вони надавали відстрочку боржнику, якщо він був у скрутному становищі. У результаті прийняття нових кодексів, як того і побоювалися, зросла кількість судових процесів, і це здавалося китайцям ознакою занепаду. Повернення до конфуціанства бажали навіть найбільш передові вчені-юристи.

Велику роль у впровадженні положень західного права в судову практику відіграв Верховний суд, що виконував в ті роки певні нормотворчі функції. Своїми рішеннями він пристосовував законодавство правлячої династії до потреб буржуазії і таким чином заповнював численні прогалини цивільного законодавства, посилаючись за відсутності законів та звичаїв на принципи права. При цьому як принципи права застосовувалася європейська буржуазна правова доктрина, яка знайшла плідне підґрунтя у порівняно розвинених приморських районах країни. Що ж стосується більш віддалених провінцій, то в них судові чиновники продовжували чинити суд відповідно до місцевих звичаїв²⁸.

У наступні два етапи реформи національного права, тобто в періоди до кінця 20-х рр., а потім — до середини 30-х рр. XIX ст. у кодифікаційних роботах отримує перевагу прагнення врахування особливостей національної правової культури, правосвідомості китайського народу, специфіки мислення юристів країни, що виражалось, зокрема, в тому, що законодавці стали поступово вводити в нормативні акти суто китайські правові поняття. Так, Кримінальний кодекс 1928 р. повернувся до трактування поняття співучасті «Дацин люйлі» (Основні закони та постанови Великої династії Цин), що передбачало переважний аналіз суб'єктивної сторони злочину.

²⁸ Галанза П. Н. Вказ. праця. — С. 688.

При цьому до головних злодіїв належали організатори та підмовники, навіть якщо вони фізично не брали участі у скоєнні злочину. Ці положення про співучасть були в подальшому розвинені у Кримінальному кодексі 1935 р., за яким ті, що підбурювали, притягалися до кримінальної відповідальності і навіть у тому разі, коли виконавець не здійснив ніяких дій для реалізації злочинних намірів.

Кримінальний кодекс 1935 р. надав можливість відновити і традиційний для Китаю інститут викупу покарань (ст. 41). Так, якщо були перепони для виконання вироку (за особистими якостями засудженого, його сімейним станом або іншим причинами), вирок міг бути у вигляді штрафу із розрахунку від одного до трьох юаней за кожний день тюремного ув'язнення або арешту.

Зазначені кодекси відповідно до вікових традицій Китаю встановлювали підвищену кримінальну відповідальність за посягання на життя, здоров'я та честь родичів. У своїх нормах кодекси визначали родичів прямої висхідної та бокової висхідної лінії — посягання на життя та здоров'я кожного з них докладно регламентувалося у нормах Особливої частини. Обмеження застосування смертної кари до осіб, які не досягли 18 років, не діяло у випадку навмисного вбивства ними родичів по прямій висхідній лінії²⁹.

Є характерним те, що Кодекс 1935 р. повернувся в деяких питаннях і до регулювання економічних відносин за дореволюційним законодавством, що було скасовано Кримінальним уложенням 1912 р. Як показала практика, цивільний обіг в Китаї не досяг того ступеня свободи, коли його функціонування повністю обумовлюється економічними інтересами, що не допускають будь-якого вольового втручання зовні. Зовнішній економічний вольовий тиск виявився досить ефективним у період інтенсивного розвитку в Китаї капіталістичних відносин.

Є очевидним той факт, що країни народної демократії в Європі легко дійшли до необхідності дотримання принципу законності в перехідний період. У цих країнах протягом століть визнавалася першочергова роль закону, який і був використаний для створення та організації нового суспільства. Водночас у Китаї, навпаки, принцип законності лише починає затверджуватися, долаючи традицію. Проте моральне виховання та виховання громадянської доброчинності все ж «переважають» суто правові методи.

Органічні закони 1949 р., які передбачали відновлення правової системи, використовували радянську модель. На Верховний суд покладалося керівництво всіма новими судами; створена прокуратура, яка була покликана

²⁹ Там само. — С. 689.

затвердити принцип соціалістичної законності. У 1950–1951 рр. були видані закони про шлюб, профспілки, про аграрну реформу, про судову організацію та ін.; була створена кодифікаційна комісія, яка почала підготовку кодексів.

Слід звернути увагу на те, що великі труднощі виникли у зв'язку з відсутністю підготовлених юристів. Отже, функції судів часто виконували органи поліції та державної безпеки. Поряд з народними судами загальної компетенції діяли особливі суди. Над самими ж народними судами тяжіли органи виконавчої влади. Крім того, важко відбувалося створення прокуратури, оскільки було відсутнє законодавство в цій сфері. У 1952–1953 рр. принцип законності зазнав утисків: критикували відокремлення права від політики, незалежність суддів, юридичний формалізм, принцип ненадання закону зворотної сили, давність, принцип «немає покарання без закону»³⁰.

Тим не менше від радянської моделі не відмовлялися, і принцип соціалістичної законності повинен був кінець кінцем перемогти. Цю тенденцію підтвердила Конституція 1954 р., в якій міститься широка декларація прав, а ст. 78 гарантує незалежність суддів. Того ж року були реорганізовані суди та прокуратура. Постанова 1954 р. містила гарантії проти арешту та затримання. У 1957 р. діяло понад 2700 народних судів.

Таким чином, пріоритет у Китаї було віддано не економічному зростанню, а соціальній перебудові, створенню нового типу суспільних відносин, що виключали будь-яку можливість і навіть бажання експлуатації. Головне — не розвиток важливих секторів економіки (наприклад, важкої індустрії), а те, що народні маси усвідомили, що стався докорінний перелом, ніхто не є більше об'єктом експлуатації. Інтелектуальна еліта (інженери, адміністратори, особи вільних професій) не будуть віднини стояти над пролетаріатом. Робочі повинні брати участь в управлінні підприємством, а директори та інженери — у виробничому процесі з тим, щоб подолати розрив між робітниками розумової та фізичної праці. Оплата праці визначалася колективом, причому робітник повинен був сам «по совісті» сказати, на що він вправі претендувати.

Конституції, що були прийняті у 1954, 1975 та 1978 рр., закріпили комуністичний режим у країні та верховенство держави перед особою. При цьому вона виступає як держава ідеологічна та бюрократична. У 70-ті рр. ХХ ст. відбулася так звана «культурна революція» — хвиля насильства, що мала на меті повністю відкинути конфуціанство. Переслідуванню підлягав інтелектуальний прошарок суспільства, практично вигнаний із суспіль-

ного життя. Слід звернути увагу на те, що основною визнавалася класова боротьба та затвердження соціалістичного шляху. Все це відбувалося під лозунгами небезпеки капіталізму та імперіалістичної агресії.

Конституція 1975 р. (дуже коротка, всього 30 статей) була максимально ідеалізована та закріпила «комуністичні» принципи Мао Цзедуна, державний спосіб виробництва, і особливо — роль пролетаріату.

Отже, з 1970 р. формується нова політика — прагматична та гнучка, що виражалася у відомій формулі: «Не важливо, яка кішка — біла чи чорна, якщо вона ловить мишей»³¹. Зрозуміло, що були збережені соціалістичні принципи, роль комуністичної партії, державна централізація та ін. Однак перед обличчям економічного провалу, до якого призвела політика Мао, потрібні були реформи. Покращення економічної ситуації було неможливе без політичних змін, і вони почалися у вересні 1980 р.

Для розвитку економіки були вжиті заходи із залучення іноземних інвестицій, зокрема в 1979 р. виданий закон про сумісні підприємства, крім того, було створено чотири вільні економічні зони. Таким чином, у країні виникли умови для залучення іноземних експертів та спеціалістів, а також для навчання молодих китайців за кордоном. Водночас суттєво змінилася вища освіта. Так, наприклад, у 1975 р. в Китаї було лише чотири юридичних факультети, при цьому досить слабких. А вже у 1986 р. у більш ніж 20 університетах з'явилися факультети права. Строк навчання — чотири роки, і при цьому воно охоплює широке коло обов'язкових і факультативних предметів. Однак існувала значна проблема — це нестача професорів права та недосконала комплектація бібліотек.

У цей період з'явилися важливі закони в галузі кримінального права, кримінального і цивільного процесу, закони про громадянство, про патенти, про господарські дотації (1982 р.), про змішані підприємства (1979 р.), про іноземні підприємства (1986 р.) та ін. У 1987 р. набувають чинності Основні принципи цивільного права, що регламентують статус юридичних осіб, угоди, зобов'язання, власності; у 1980 р. Закон про шлюб (він не належить до системи цивільного права) скасував закон 1950 р., що закріплював старий, феодальний устрій сімейних відносин, зокрема, у законі чітко простежується тенденція заохочувати пізні шлюби, що повинно було сприяти вирішенню демографічних проблем — ст. 2 закону приписує подружжю обов'язок «планування сім'ї». Підтверджено принцип свободи шлюбу, подружжя повинне надати згоду на укладення шлюбу. У ст. 9 проголошено принцип рівності подружжя — якщо обидва згодні на розлучення і при

³⁰ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Вказ. праця. — С. 361.

³¹ Там само. — С. 362.

цьому домовилися про долю та утримання дітей, то таке розлучення здійснюється з мінімальними формальностями: достатньо звернутися до чиновника, який завідує актами громадянського стану, і заповнити відповідний формуляр; чиновник видає подружжю свідоцтво про розлучення, але за умови, що він визнає згоду справедливою, в іншому випадку — справа про розлучення передається до суду. Закон від 1 січня 1986 р. був присвячений спадку.

Варто звернути увагу на те, що Кримінальний кодекс, який був прийнятий у 1980 р., містить 192 статті та розділений на Загальну та Особливу частини. Мета кримінального закону визначена у ст. 2: «Застосування кримінальної санкції для боротьби з контрреволюційною діяльністю та іншими злочинними діяннями і тим самим захист режиму диктатури пролетаріату, соціалістичної та іншої колективної власності, індивідуальної власності, що визнається законом, прав громадян, демократичних свобод та інших прав, охорона суспільного порядку, виробництва, праці, виховання, наукових досліджень; забезпечення прогресивного розвитку, дороги якому відкрили соціалістична революція та соціалістичне будівництво».

Визначалися склад злочину та санкції: від перебування під суспільним контролем до смертної кари.

Пошук примирення, застосовуваний у внутрішніх відносинах, постає водночас не менш бажаним і в ракурсі міжнародного права.

Так, у 1954 р. у Китаї була створена Зовнішньоторговельна арбітражна комісія в межах Ради з розширення міжнародної торгівлі. Попередній регламент цієї комісії, прийнятий у 1956 р., був створений за радянським взірцем. Однак китайська практика далека від практики європейських соціалістичних країн, діє традиція віддавати перевагу пошукам шляхів для мирової угоди, а застосування права вважається великою невдачею. За даними, опублікованими у 1960 р., Зовнішньоторговельна арбітражна комісія в Пекіні розглянула 61 справу, і жодна не завершилася прийняттям арбітражного рішення, в усіх випадках було досягнуто мирової угоди.

Можна стверджувати, що загальне уявлення про світ, на якому базуються всі різноманітні приватні поняття китайців, спонукає їх зневажати право. В їхньому розумінні мирне життя в суспільстві гарантоване не правом, а етикою. На їх переконання, немає сенсу чекати на появу соціального зла, навіть якщо право має можливість його усунути. Враховуючи ці обставини, слід визнати, що кожен має поводитися так, щоб не порушувати природний порядок і дотримуватися традицій, які спрямовані на подолання такого зла. Саме останні мають першочергове значення, тоді як звертатися до права слід якомога рідше або не звертатися зовсім.

Одним із перших великих зводів кримінальних законів середньовічного Китаю став Танський кримінальний кодекс («Тан луй шу і») з коментарями та роз'ясненнями. Його положення найповніше відобразили уявлення ортодоксальних конфуціанців про право.

Слід наголосити на тому, що коментарі та роз'яснення мають не лише велику практичну цінність, а й полегшують орієнтування у великій кількості законодавчих настанов за рахунок достатньо ретельного коментування різновидів злочинів і покарань, що класифікуються особливим способом. У цьому полягає ще одна особливість китайського середньовічного законодавчого мистецтва.

Так, ще в Ханському Китаї відповідно до конфуціанського принципу «якщо воля добра, то людина не порушує закону» почало створюватися специфічне вчення про форми провини та стала враховуватися злочинна воля при визначенні міри покарання. Китайське право виділяє навмисні злочини; злочини, вчинені з умислом і без нього, а також помилково.

З урахуванням зазначеного можна зробити висновок, що специфіка китайського кримінального законодавства полягає в запереченні принципу презумпції невинуватості, у відсутності чіткої відповіді щодо підстав звільнення від кримінальної відповідальності, у продовженні показових масових судових процесів тощо. Існування позасудових форм розгляду справ пов'язане не тільки зі збереженням традицій, а й з відсутністю юридичних кадрів. Саме останнім пояснюється й необов'язковість участі народних засідателів у розгляді справ народними судами першої інстанції.

Разом з тим конфуціанські канони тісно пов'язані з нормами шлюбно-сімейного права. Китайська сім'я формувалася відповідно до уявлення про сім'ю як про первинний соціальний осередок, що функціонує на підставі природних законів у загальній системі соціального порядку. Найпершою метою шлюбу було забезпечення фізичного та духовного відтворення сім'ї, яке досягалось народженням, перш за все, дітей чоловічого роду. Відсутність потомства, на думку конфуціанства, є проявом неповаги до батьків, найбільш тяжкої серед інших їх видів.

Для укладення шлюбу необхідне було дотримання ряду вимог. Шлюб укладався сім'ями нареченого та нареченої або самим нареченим та сім'єю нареченої та скріплювся приватною угодою, порушення якої тягло не лише певні матеріальні збитки, а й покарання в кримінальному порядку старших у сім'ї. Традиційне переконання, що шлюб — це угода не лише між живими, а й померлими, знаходило зовнішнє відображення у відповідному ритуалі сватання, що включав у себе не лише дари від сім'ї нареченого сім'ї нареченої, а й молитву в храмі предків.

У глибоку давнину існувало також правило, що наречений і наречена не повинні носити однакове прізвище, щоб ненароком не змішати споріднені сім'ї. Однак скудність сімейних прізвищ у китайському суспільстві зумовила поступову втрату важливості цього правила.

Вік шлюбного повноліття в кодексах не закріплювався. Як правило, він був у межах 15-16 років для чоловіків та 14-15 років для жінок. Однак були зафіксовані верхні межі шлюбного віку: для чоловіків — 30 років, а для жінок — 20 років, які начебто фіксували межі терпіння предків щодо нешанобливого нащадка. Відповідальний чиновник складав списки чоловіків та жінок, які досягли граничного віку, і спостерігав, щоб усі тридцятирічні чоловіки одружувалися з дівчатами, які досягли двадцяти років. Крім того, був поширений звичай заручин ще ненароджених дітей.

Розлучення в китайському традиційному праві, на відміну від більшості інших східних правових систем, не лише дозволялося, а й заохочувалося. Вимога щодо розлучення могла пред'являтися не лише подружжям, а й членами їхніх сімей. «Лі» приписували розлучення чоловікові під загрозою покарання, якщо дружина «не виправдала сподівань предків», була неслухняною, безплідною, розпутною, заздрісною, тяжко хворою.

Згідно зі стародавніми правилами, жінка повинна була залишатися з чоловіком у «житті земному та загробному», їй не можна було вдруге виходити заміж. Але й чоловіку, який вимагав розлучення без підстав, загрозувала каторга. Він не міг розлучитися, якщо жінці нікуди було піти, якщо вона носила траур за його батьками та ін. Відповідальність чоловіка за дружину знаходила вираз у тому, що при усіх її вчинках, крім тяжкого злочину та зради, вона видавалася йому на поруки.

Голова сім'ї виступав у ролі її володаря, хазяїна її майна. Характерний факт: поняття «батько» виражалося на письмі ієрогліфом, що зображував руку, яка тримає прут — символ покарання за непокору членів сім'ї: дружини, дітей, молодших родичів. За побиття дружини чоловік карався менш суворо, ніж дружина за побиття чоловіка. До певного історичного моменту (приблизно — межі нової ери) батько міг продавати своїх дітей, окрім старшого сина, який користувався рядом переваг перед іншими дітьми. Безкарність вбивства батьком, матір'ю, дідом, бабкою по батьку сина, онука взагалі збереглася до XIX ст. Таким же чином каралися сини, онуки, які намагалися без дозволу відокремитися від сім'ї або привласнити частину сімейного майна.

Слід також звернути увагу на те, що китайське традиційне право не знало європейської концепції суб'єктивних прав особистості, громадянина, індивіда, що бере свій початок ще в античному світі. Тому в китайських кодексах

сах і офіційних документах правове положення особи визначалося терміном «се» (колір), що вказував на належність індивіда до тієї або іншої соціальної групи, члени якої мали ті чи інші права і суворо фіксовані обов'язки.

Крім того, треба підкреслити й те, що китайське право дуже рано стало відрізняти власність на поверхню землі, на її надра, на забудови, які були самостійною від землі нерухомою власністю, право на яку могло належати не власнику землі.

З метою заохочення землеволодіння з найдавніших часів існувало право кожного займати землі, які нікому не належали. Тому з часом ці землі вважалися такими, що належали тим, хто їх обробляв.

Можна стверджувати, що досить поширеним був інститут застави землі. Причому його особливістю було те, що заставодавець тривалий час не втрачав на закладену землю своїх прав³². За наказом 962 р., право викупу землі навіть із плином строку сплати боргу передавалося нащадкам заставодавця.

У китайському зобов'язальному праві особливе місце посідали договори ризику та кредитування. При договорі купівлі-продажу головною умовою чинності була згода сторін. Ті, що порушували ці умови каралися побиттям палицями. При укладенні договору купівлі-продажу залучалися також свідки.

Таким чином, підсумовуючи розгляд цього питання, можна зазначити, що сучасне право КНР відображено, по-перше, системою традиційних уявлень про гідну поведінку, що міститься в уявленні народу й підтримується моральною відповідальністю перед суспільством, і, по-друге, через систему загальнообов'язкових, формально визначених норм, що підтримуються силою державного примусу.

Якщо говорити про модернізацію правової системи Китаю, то необхідно зазначити збереження тенденції превалювання заборонних законоположень, незважаючи на економічну лібералізацію. Практика застосування кримінальних та адміністративних покарань залишається достатньо жорсткою. Також зберігається широке використання позасудових репресій до правозахисного руху та інших форм прояву опозиції.

Щодо прав людини варто зазначити, що уявлення про модельну конфуціанську особистість як типову для Китаю є дещо хибним. У Китаї існує поняття «тріади», тобто єдності трьох поглядів, однозначного сповідування конфуціанських, буддистських і даосистських елементів, причому даосизм мав величезний вплив на світогляд китайців.

³² Бостан Л. М., Бостан С. К. Історія держави і права зарубіжних країн. — К.: Центр навчальної літератури, 2004. — С. 644–646.

Зрештою, саме конфуціанство є дуже складною системою, де кожний може відшукати те, що прагне знайти. Можливо, це є відповіддю на запитання, чому культурні відмінності не заважають громадянам Китаю навчатися вищої математики, квантової фізики чи музики Шопена і Бетховена і чому вони не бажають співпрацювати в межах сучасного правознавства? Коли йдеться про математику чи класичну музику, за норматив сприймають можливості досвідчених індивідів, а у випадку закону і демократії такі авторитети не визнаються.

Дійсно, не можна заперечувати існування східних духовних цінностей. Справжні далекосхідні цінності — відданість, працьовитість, терплячість тощо. Проте інтеграційні та глобалізаційні процеси в світі передбачають соціалізацію та гармонізацію і в правовій сфері. Без цього сам світовий правовий розвиток, зближення певних його елементів, розвиток прогностичної функції права як і багато інших процесів у правовій царині стають сьогодні неможливими.

Виправдовуючи судову систему КНР, зазначають, що в традиціях цієї країни суд існує не для процесу, а для визначення покарання, що коли когось привели до суду, то це означає, що він таки винен, і що так думає майже кожний китаєць.

Чимало людей вважають 2003 рік роком зародження руху захисту прав людини в Китаї, і відтоді рух за права людини там зростає.

Найбільша відмінність між сучасним і попередніми рухами за захист прав людини полягає в тому, що сьогодні рух — це не просто звернення до правлячої партії, а протест проти неї. Насправді переважна більшість попередніх рухів на захист прав людини в Китаї бажали, щоб уряд надав їм справедливість і сподівалися через адміністративний або законодавчий підхід домогтися своїх прав і дотримання інтересів. Цього ж разу рух за захист прав людини є наслідком того, що китайська правова система виявилася синдикатом організованої злочинності, а також того, що режим удавано ігнорує це явище, більше того — сам перетворився на частину цього синдикату. Таким чином, можна вважати, що китайські громадяни перебувають в умовах незахищеності та небезпеки.

Права людини — універсальні, але, на жаль, універсальною залишається і суспільна санкція на їх порушення.

5.2. Загальна характеристика японського права.

Етапи формування, основні джерела, особливості правової діяльності

Передусім варто зазначити, що японське право — це сукупність моральних, релігійних і правових норм, яка склалася на основі давньокитайських релігійно-філософських концепцій, власних звичаїв, рецепції іноземного (американського та романо-германського) права³³.

Важливо підкреслити, що не зважаючи на відокремлене становище і значне поширення звичаїв, традицій і ритуалів, Японія з перших днів своєї історії перебувала під впливом іноземних культур. Правда, активне сприйняття всього нового і корисного не завжди критично оцінювалося³⁴.

Слід звернути увагу на те, що сучасна правова система Японії в своїх основних рисах сформувалася в епоху Мейозі («освітнянського правління»), що почалася з буржуазної революції 1867–1868 рр. та закінчилася в першому десятиріччі ХХ ст.

Незважаючи на незавершений, компромісний характер самої революції, за нею відбулися досить суттєві реформи соціального, економічного та державно-політичного характеру, в тому числі і в правовій сфері.

До цього протягом декількох століть Японія знаходилася під впливом Китаю³⁵. Відчувався він також і в сфері права. Так, перші пам'ятки японського права, які з'явилися на початку VII ст. (у так звану епоху Тайка) являли собою юридичні збірники, що були складені за взірцем тогочасного китайського законодавства, але вирізнялися певною оригінальністю. У цих збірниках, що видавалися імператорською владою, і мали назву ріцу-рьо, зазначались обов'язки осіб, які належали до різноманітних прошарків японського суспільства, та покарання, що повинні були застосовуватися до порушників, і містили репресивні норми (ріцу) та адміністративні норми (рьо)³⁶.

З IX ст. в Японії починає розвиватися система сеньйорії (се) — недоторканого володіння, звільненого від податків. Таким чином вона перетворюється на велике феодальне володіння з суверенною судовою владою.

Розвиток системи сеньйорії призвів до появи в кінці XII ст. нового феодального режиму. Водночас імператор був позбавлений реальної влади, вона перейшла до рук військової касты (буке, самураї). Як правило, опосередковане управління здійснював сьогун, представник найбільш сильного феодального роду. Однак норми ріцу-рьо поступово перестали

³³ *Ибраева А. С.* Теория государства и права. — Алматы: Меті Марғы, 2006. — С. 180.

³⁴ *Скакуи О. Ф.* Теория государства и права. — С. 679.

³⁵ *Мухаев Р. Т.* Вказ. праця. — С. 410.

³⁶ *Давид Р., Жоффре-Спиози К.* Вказ. праця. — С. 366.

застосовувати, тому продовжувало діяти лише особисте право «буке». Можна стверджувати, що, починаючи з XIII ст., з посиленням феодалної роздробленості країни, основну роль як законоположення стали відігравати не імператорські ріцу-рю, а акти правлячих феодалних кланів.

У XIV ст. була запроваджена єдина структура населення, яка ґрунтувалася на суворій ієрархії, що виключала навіть думку про права жебраків по відношенню до вищих. Між представниками класу рицарів виключалася можливість укладення договорів та встановлення правових зобов'язань; тим більше вона заперечувалася у взаємовідносинах між поміщиками та землеробами.

Разом з тим існував цілий комплекс норм (гірі), що регулював поведінку людей в усіх випадках життя, замінював право, а часто і мораль. Невиконання будь-якого гірі вважалося для японців ганебним³⁷.

Є очевидним той факт, що протягом тривалого часу (XVII — середини XIX ст.) Японія фактично повністю була ізольована від зовнішнього світу. Остаточно закріпивши ієрархічну систему суспільства, яка позбавляла нижчі верстви населення будь-яких прав, правляча військово-феодална верхівка проводила вкрай консервативну лінію. Інакше кажучи, вона підтримувала традиційну національну психологію конфуціанського спрямування, заважала проникненню у свідомість населення іншої ідеології, яка могла змінити «національну цілісність» (кокутай).

Разом з тим росте політична міць і військовий вплив губернаторів, намісників, які фактично стають необмеженими правителями на підвладних їм територіях. У таких умовах в Японії встановлюється нова форма правління — сьогунат — своєрідна форма військової диктатури, за якої влада зосереджена в руках сьогуна — «великого полководця». Система сьогунату з деякими перервами проіснувала з 1192 до 1868 р. Новий військово-бюрократичний апарат називався «бакуфу» (уряд).

Характерною рисою сьогунату стало збереження інституту імператора як глави держави, що володів деякими представницькими та церемоніальними функціями. Імператору відводилися всі почесті, що належать за рангом, однак реальної політичної сили у нього не було. Головною функцією імператора було відправлення релігійних обрядів. Забігаючи наперед, можна сказати, що до цих пір в Японії, на відміну від Китаю, не визнається зміна династій, вважається, що править клан, який установився ще в VI ст.³⁸

³⁷ Дудченко В. В. Місце і роль звичаїв у правовій культурі Японії. Мінга справа. // Науково-аналітичний журнал. — 2007. — № 5. — С. 64–67.

³⁸ Кузнецов Ю. Д., Новицкая Г. Б., Сирицын И. М. История Японии. — М.: Высш. шк., 1998. — С. 56.

Характерною рисою раннього сьогунату є влада глав великих сімейних груп. І в цьому проявляється інша важлива, наряду з інститутом імператорської влади, складова традиціоналістичного устрою Японії — це безумовний авторитет глав сім'ї. Він був зобов'язаний піклуватися про збереження сімейної власності, прізвища, традиційної сімейної професії, здійснювати контроль над членами сім'ї³⁹. Порушників встановленого порядку він міг позбавити землі. В умовах військового часу він командував військовим підрозділом. Глава сім'ї підтримував культ предків. Тут необхідно згадати про схожість положення імператора та глави сім'ї — вони обидва виконують релігійні функції та мають одноособову владу (у рішенні глави сім'ї не міг втручатися навіть сьогун)⁴⁰.

В епоху сьогунів (фактичних правителів країни) із роду Токугава (1603–1868 рр.) була остаточно закріплена суто ієрархічна система японського суспільства, що позбавляла його найнижчі прошарки будь-яких прав. Найважливішим нормативним актом того періоду був так званий «Кодекс із ста статей», або «Сто законів» (1742 р.), який став результатом впорядкування основного змісту попередніх законів і норм звичаєвого права, що були вироблені феодалами. Також можна зазначити, що в ньому здебільшого містилися норми матеріального і процесуального права. Норми цивільного права були подані слабо, і тому багато цивільно-правових та торговельних відносин регулювалися звичаєвим правом. Основну масу статей кодексу становили норми матеріального та процесуального кримінального права. Слід зазначити, що конкретний його зміст був відомий лише суддям та їх феодалним чиновникам, які керувалися принципом: «Народ повинен не знати закони, а лише підкорятися їм». Вони виходили при цьому із концепції давньокитайського права, згідно з яким незнання майбутнього покарання утримує від скоєння злочину, на відміну від точного знання певного покарання. Крім того, Кодекс закріплював систему кастової нерівності, передбачаючи різноманітні покарання за досягання на інтереси феодалів або селян і різноманітну відповідальність феодалів і селян за скоєні злочини. Разом з тим система покарань кодексу відрізнялася крайньою жорстокістю, вона містила кваліфікаційні види смертної кари, тілесні та ті покарання, що ганьблять людину, у тому числі побиття палицями із м'якого або твердого бамбуку і т. п.

Тут варто звернути увагу на те, що у феодалній Японії один і той самий адміністративний чиновник виконував службові обов'язки і прокурора, і

³⁹ Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Учеб. пособие / Сост. В. Н. Садилов; Под ред. З. М. Черниловского. — М.: Гардарики, 1998. — С. 267–271.

⁴⁰ Кузнецов Ю. Д., Новицкая Г. Б., Сирицын И. М. Вказ. праця. — С. 77.

судді. Широко застосовувалося катування — з його допомогою в обвинуваченого намагалися будь-що вирвати зізнання, без якого не можна було винести звинувачувальний вирок.

У свою чергу лише в епоху Мейдзі була скасована феодальна власність на землю і формальні відмінності між прошарками, проголошена свобода вибору професії та місця проживання, проведена адміністративна реформа. Тому суттєвим перетворенням підлягала і вся система японського законодавства, по суті заново була створена єдина для всієї країни система судових органів, почали втілюватися в життя нові принципи проведення попереднього слідства та судочинства, хоча і в цій галузі, як і в багатьох інших, феодальні пережитки надовго зберегли свій вплив⁴¹.

Очевидно, слід вважати, що створення нової правової системи і нового суду в епоху Мейдзі відбувалося в умовах гострої боротьби між прибічниками реакційних, бюрократичних і прогресивних, демократичних методів управління суспільством. Зокрема, перша конституція Японії 1889 р. (Конституція Мейдзі) всупереч вимогам ліберальних прошарків правлячих класів та більш демократичних кіл суспільства, учасників «руху за свободу та народні права» була складена за пруським взірцем і проголосила імператора носієм верховної влади, надавши йому великих повноважень та різко окресливши права парламенту. Права підданих японського імператора за цією Конституцією також були зведені до мінімуму. Таким чином, моделлю для Основного закону стала пруська конституція, пристосована до японських умов. Отже, перша Конституція Японії була консервативною, затвердила верховну владу імператора, обмежила права парламенту і фактично згодом підготувала підстави для військово-фашистського режиму.

Конституція Мейдзі визначила більш ніж на півстоліття основні принципи правління Японією, лейтмотивом внутрішньої політики стало повне підкорення імператору. Прийнята в результаті перемоги імператора в громадянській війні 1863–1867 рр. вона не могла бути інакшою. Наявність найгостріших протиріч між рівнем розвитку суспільства та наявними формами його організації диктували необхідність прийняття такого документа.

Через постійний потяг до збереження традиційної організації суспільства час для планомірних — «м'яких» — перетворень був упущений. Відповідно були потрібні кардинальні зміни практично в усіх сферах: економічній, соціальній та політичній.

⁴¹ Бостан Л. М., Бостан С. К. Вказ. праця. — С. 591–600.

Тут має місце специфіка — не спроба зміни існуючої системи, а укріплення існуючого устрою, структур влади при регулюванні та регламентації їх зв'язків з новими проявами та формами в житті суспільства. Особливо слід підкреслити, що лозунгом реформ було «повернення до минулого», до часів початку династії (досить типовий для Японії випадок, коли перехід до нового спирається на традиційне). Однак у цю систему, на перший погляд, не вписується мета реформ часів Мейдзі — «модернізація». Реально ж потреба в цьому була викликана необхідністю швидкого посилення країни з метою збереження незалежності Японії. Таким чином, знову ж таки виникає типово японське питання про «традиції», намагання «не втратити обличчя»⁴².

Конституція епохи Мейдзі в будь-якому разі багато в чому була обумовлена намаганням якнайскоріше наздогнати Захід. Можна стверджувати, що реформи здійснювалися заради збереження основ соціумів, в ім'я підтримання традицій. При такому підході до цього питання можна говорити, що вся в цілому «модернізація життя» в часи Мейдзі складалася, перш за все, з активного формування (як за необхідності, так і за щирого намагання) нового суспільства заради збереження базових положень його устоїв. Це був призов до еволюції заради знову ж таки повернення до «золотого століття», але на якісно новому рівні, причому в даному випадку мова йшла про цінності давніші (не про XVII ст.). Скоріше тут мала значення традиційність як така, підкреслювалося значення «корпоративного» соціуму, корпорації-соціуму для Японії⁴³.

Таким чином, Конституція 1889 р. мала формальний характер при надмірному значенні імператора. Крайня консервативність поєднувалася в ній з елементами прогресу. Сприйняття «західного» парламентаризму було інновацією, але мало й іншу сторону. Була знайдена можливість досягти компромісу, не зачіпаючи при цьому головного: національні традиції, специфіку — свого роду засіб для посилення впливу країни в новому, зміненому світі.

І все ж таки визначальними для формування основних рис сучасної правової системи Японії стали 60–80-ті рр. XIX ст. У цей час інтерес до культури Китаю — багатівікового наставника Японії — почав швидко зменшуватися. Японія спрямувала свої погляди на Європу. Протягом деякого часу вплив китайського права ще зберігався (воно викладалося в

⁴² Филиппов А. В. Специфика проведения реформ в Японии: цели, предпосылки и формы // Доклад на XX научной конференции по историографии и источниковедению истории стран Азии и Африки. — 6–7 апреля 1999 г. — СПб.: СПбГУ.

⁴³ Там само.

Токійському університеті до 1880 р.), однак поступово звелось нанівець внаслідок прагнення японців долучитися до європейської культури.

Можна стверджувати, що перелом у правосвідомості і правовій культурі японського населення настає з кінця 60-х років XIX ст., коли спостерігається промисловий підйом, активно розвиваються капіталістичні відносини, встановлюються торговельні зв'язки з іншими державами. Зокрема, на японську мову перекладаються французькі і німецькі кодекси, вивчається англійське право. Таким чином було поставлене (і поступово виконується) завдання створення законодавчої системи на зразок розвинутих країн.

Законодавство, що регулює окремі галузі права, протягом епохи Мейозі піддавалося, як правило, неодноразовим змінам. Тут слід нагадати історію створення Цивільного кодексу Японії. У 1873 р. на посаду юридичного радника японського уряду та для створення проектів кодексів з головних галузей законодавства було запрошено французького юриста професора Г. Буассонада. У 1891 р. було опубліковано підготовлений ним проект Цивільного кодексу Японії, що був складений на зразок французького законодавства. Однак набуттю чинності цього кодексу, що було намічено на 1894 р., чинили опір вороги надто радикальних змін під тим приводом, що в ньому нібито порушені національні звичаї. В результаті трьома японськими юристами був підготовлений новий проект, орієнтований вже на німецьке цивільне законодавство (перш за все, на проект Німецького цивільного уложення 1896 р.), хоча він містив багато положень кодексу Буассонада. У 1898 р. цей проект був виданий як Цивільний кодекс Японії.

Це доводить, що раніше становлення нової правової системи відбувалося в гострій боротьбі між прихильниками консервативних і демократичних методів управління⁴⁴. При цьому законодавство неодноразово змінювалося. При упорядкуванні Цивільного кодексу Японії відбувалося переорієнтування то на Цивільний кодекс Франції, то на Німецьке цивільне уложення.

Слід звернути увагу на те, що було відхилено і перший проект Торговельного кодексу, який був також складений за моделлю французького законодавства в 1890 р. Його замінив інший, що наслідував німецькі нормативні документи. Він, у свою чергу, був виданий 1899 р. як Торговельний кодекс Японії.

Однак тут варто зазначити, що найпершим із усіх кодексів, що були видані в епоху Мейозі, став Кримінальний кодекс 1870 р. (із доповненнями 1873 р.). Він являв собою систематизоване зібрання феодальних законів, які вирізнялися від попередніх лише тим, що їх перестали приховувати від населення. Головним способом розслідування з кримінальних справ так само офіційно визнавалося катування, що було скасовано лише в 1879 р. завдяки настійним зверненням Г. Буассонада до японського уряду. У 1882 р. були видані складені під керівництвом Г. Буассонада за моделлю французьких законів Кримінальний кодекс і Закон про кримінальну процедуру. Можна стверджувати, що ці акти стають значним кроком вперед у розвитку та поновленні японського права. Зокрема, Кримінальним кодексом 1882 р. вперше було введено в японську судову практику принцип «немає злочину та покарання без вказівки на те в законі» та заборону надання зворотної сили закону, що вводить або підсилює кримінальну відповідальність. Водночас цей кодекс містив ряд гуманних положень стародавнього японського права, наприклад, поправку про обов'язкове пом'якшення покарання за всіма злочинами, якщо винуватий добровільно сповістить владі про свою участь у злочині. Таким чином, кодекс остаточно скасував тілесні покарання, покарання, що ганьблять людину, та так звані кваліфіковані види смертної кари.

Слід наголосити на тому, що з посиленням реакційних, військово-бюрократичних тенденцій в політиці японського уряду підготовка кримінальних законів в Японії, подібних цивільному та торговельному законодавству, стала орієнтуватися не на «класичні» буржуазні французькі кодекси, а на «близьке японському духу» німецьке буржуазно-феодальне законодавство. Отже, в 1907 р. був виданий Кримінальний кодекс, який ввів найширший суддівський розсуд як у визначенні розмірів покарання, так і у встановленні складу того чи іншого злочину. Цьому значною мірою сприяли формулювання кодексу, що містили лише загальні визначення злочину, та розширені рамки передбачених в ньому покарань⁴⁵.

Є очевидним той факт, що в такому ж напрямі змінювалось японське законодавство і в галузі кримінального процесу. Так, у 1890 р. було прийнято Кримінально-процесуальний кодекс, в основному складений за принципом французького Закону про кримінальну процедуру 1880 р., він лише частково відобразив положення німецького права. Але в 1922 р. його замінили новим Кримінально-процесуальним кодексом, що був складений

⁴⁴ *Теорія* государства и права / Под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарсва. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Форум, ИНФРА-М, 2008. — С. 544.

⁴⁵ *Сидоренко М. Й.* Теорія держави і права: Курс лекцій. — К.: Університет «Україна», 2006. — С. 191.

тепер вже за зразком німецького Кримінально-процесуального кодексу 1877 р. та значно обмежив права звинуваченого.

Отже, починаючи з 20-х рр. ХХ ст. у кримінальне законодавство Японії було внесено чимало змін досить реакційного характеру, спрямованих на посилення репресій та розширення надзвичайних повноважень поліції в боротьбі з прогресивними силами (як, наприклад, Закон про підтримку суспільного спокою 1928 р. та ін.).

Заслуговує на увагу і те, що Цивільний та Торговельний кодекси кінця минулого століття в своїй основі діють в Японії і донині, незважаючи на велику кількість внесених до них змін. Отже, слід вважати, що особливо значущі зміни японського законодавства після Другої світової війни сталися, коли Конституція 1946 р. проголосила рівність прав подружжя, а в галузі регулювання торгівлі та діяльності компаній значною мірою став виявлятися вплив американського права (цей вплив частково проявився вже в прийнятому в 1922 р. Законі про довірчу власність, що мав на меті залучення до країни англо-американського капіталу).

Зазначимо, що Цивільний кодекс Японії складається з п'яти розділів: загальної частини та розділів, присвячених речовому, зобов'язальному, сімейному та спадковому праву. У них знайшли відображення притаманні буржуазному цивільному праву принципи охорони права приватної власності, свободи договору та ін. Так, у розділах про сімейне та спадкове право Кодекс 1898 р. затверджував владу батьків і чоловіка: для укладення шлюбу потрібна була згода батьків (для чоловіків — досягнення 30-річного віку, для жінок — 25 років), дружина не вважалася дієздатною і не мала права на наслідування майна чоловіка та ін. Тому після прийняття Конституції саме ці розділи кодексу, а також його загальна частина зазнали найбільших змін.

У свою чергу, Торговельний кодекс Японії складається з чотирьох розділів: загальна частина, торговельні компанії, торговельні угоди, морська торгівля. До нього, як і до Цивільного кодексу Японії, після видання неодноразово вносилися зміни, однак значно більшого поширення зазнала практика видання додаткових законів, що не входили до складу цих кодексів. Серед найважливіших із них — видані в 1899 р. закони про ліцензії, про торгові знаки та про авторські права, закони про оренду землі та про оренду житла (1921 р.), а також прийняті після Другої світової війни закони про обіг цінних паперів (1948 р.), про відновлення компаній (1952 р.) та про відшкодування завданих збитків, пов'язаних з рухом автомобільного транспорту (1955 р.) або використанням атомної енергії (1961 р.). У 1947 р. було видано Закон про заборону приватної монополії

та підтримки приватної торгівлі, що був віднесений до числа «антимонопольних», хоча він зовсім не завадив посиленню ролі монополій в японській економіці.

Однак треба визнати, що ці кодекси не мали широкого практичного застосування. У правовому житті Японії перевага надавалася традиційним формам вирішення спорів — примирливому посередництву за згодою сторін, що припускали поблажливе ставлення до винного і прощення з боку потерпілого⁴⁶.

З урахуванням вищевикладеного можна визначити, що джерелами цивільного та торговельного права Японії поряд із кодексами та окремими законодавчими актами визнаються звичаї та норми моралі (посилання на них містяться і в Цивільному, і в Торговельному кодексах), хоча сфера їх застосування поступово звужується у зв'язку з розширенням сфери законодавчого регулювання (наприклад, в галузі риболовного промислу, використання гарячих джерел та ін.). І навпаки, рішення японських судів формально не вважаються джерелом права, однак на практиці постанови вищестоящих судів, і особливо — Верховного суду, сприймаються судами (а в ряді випадків і державними установами) як нормативні акти, що підлягають беззаперечному виконанню.

Слід підкреслити, що питання цивільного процесу довгий час регулювалися Законом про організації суду та Цивільним процесуальним кодексом, що був прийнятий в 1890 р. Цими актами, по суті, вперше в історії Японії вводилася судова процедура розгляду спору, що вирішувалися до цього, як правило, методом примусового посередництва з боку феодалів. Отже, в 1926 р. японський ЦПК був виданий у новій редакції, підготовленій на основі австрійського законодавства, та передбачав посилення активної ролі суду в ході розгляду справи (в подальшому, навіть після Другої світової війни, ЦПК суттєвих змін не зазнав).

Тут варто звернути увагу на те, що трудові права робітників та службовців в Японії регулюються рядом нормативних актів, багато з яких були прийняті в результаті активної боротьби трудящих за свої інтереси. Так, Конституція 1947 р. проголосила свободу підписання та розірвання трудового договору, заборону найму на роботу дітей до 15 років, рівну оплату праці чоловіків та жінок, а також інші суттєві демократичні положення⁴⁷.

⁴⁶ Регулирование института мирового соглашения в странах Западной Европы, США и Японии // Международное публичное и частное право. — М.: Юристъ, 2004. — № 2 (17). — С. 32–41.

⁴⁷ История государства и права зарубежных стран: Учеб.-метод. пособие / Отв. ред. Н. А. Крашенинникова. — М.: Норма, 2003. — С. 232–238.

А прийнятий в 1947 р. Закон про трудові стандарти визначає, зокрема, умови праці, тривалість робочого часу, надання відпустки (що залежить від стажу роботи, але в цілому вельми стислої) та ін. Разом з тим правове положення об'єднання трудящих (право на їх створення проголошено Конституцією) визначається Законом про профспілки, що був прийнятий в 1949 р. В Японії профспілки засновуються, як правило, на підприємствах і на сьогодні об'єднують не більше третини всіх працюючих в країні. Коаліції профспілок очолюють боротьбу трудящих за свої права, перш за все, при підписанні колективних договорів та в ході контролю за їх виконанням. Слід наголосити на тому, що багато з положень Конституції та названих законодавчих актів не тільки не виконуються підприємцями, а й порушуються чинним законодавством, що регулює трудові відносини в різних галузях діяльності або стосовно різних категорій працівників. Зокрема, існує широка дискримінація жінок, особливо заміжніх, при прийомі на роботу та звільненні. Доволі обмежене право на страйк державних і муніципальних службовців. Про гостроту проблеми свідчить те, що Верховний суд Японії неодноразово змінював свою позицію з питань про можливість і умови проведення страйків (рішення 1966, 1973 та 1981 рр.).

Також можна зазначити, що в Японії існує досить складна система пенсійного законодавства. Близько 10 законів відносно виплат пенсій регулюють різні частки страхових внесків, що підлягають сплаті самим працівником, підприємцем чи державою, та різні розміри пенсій залежно від обставин. Виплачуються також відносно невеликі пенсії в разі втрати годувальника. Крім того, майже все японське населення охоплено страхуванням на випадок хвороби, багато працівників застраховані від нещасного випадку на виробництві, а також по безробіттю.

Слід зазначити, що за останні десятиріччя все більш вагоме місце в системі японського законодавства посідають норми, спрямовані на захист навколишнього середовища. Первинно, з кінця 1940-х рр., такого роду акти приймалися лише муніципальною владою, а не на загальнонаціональному рівні. Наприклад, у 1958 р. були видані перші закони про охорону вод від забруднення промисловими відходами, а в 1962 р. — Закон про контроль над кількістю диму та сажі, що викидаються в навколишнє середовище. У 1967 р. було видано так званий Основний закон про контроль за забрудненням навколишнього середовища, а на його базі були прийняті в 1968 р. закони про відвернення забруднення атмосферного повітря та про обмеження шуму. У 1970 р. було видано Закон про покарання за злочини, що являли собою загрозу для здоров'я людей забрудненням навколишнього середовища. Ним передбачені позбавлення волі

для робітника, який порушив відповідне правило виробничої діяльності, та штраф для юридичної особи, що заподіяла шкоду здоров'ю людей. Особливо велика увага приділяється в Японії утилізації відходів і підтриманню чистоти в міських умовах. Контроль за виконанням законодавства в цій галузі здійснюється муніципалітетами.

Ще більш інтенсивно законодавство про охорону навколишнього середовища стало розвиватися в 1970-х рр., коли були видані закони про відвернення смороду, про відшкодування шкоди, заподіяної відпрацьованими мастилами, про регулювання вібрації та інші.

Можна стверджувати, що після закінчення Другої світової війни і капітуляції Японії, аж до укладення у 1951 р. Мирного договору, всі сфери життя країни перебували під контролем Верховного командування Союзних сил. За цей час багато інститутів права формувалися за американськими зразками. У результаті цього виникла невідповідність між старою правовою системою, яка склалася під впливом континентального європейського права, і глобальним тиском американського права. При впорядкуванні демократичної Конституції Японії 1947 р. за основу був узятий проект, підготовлений цивільною адміністрацією штабу окупаційних американських військ на чолі з генералом Макартуром. Як наслідок, прийняття нової конституції викликало необхідність перегляду всього законодавства держави.

Ця Конституція була найдемократичнішою з усіх післявоєнних, в ній вперше були закріплені соціально-економічні права наряду з особистими та політичними. Крім того, з'явилися мирні положення, в тому числі ст. 9: «Японія навки відмовляється від війни як суверенного права народу і всі міжнародні спори буде вирішувати лише мирним шляхом»⁴⁸. Ця стаття має дуже вагомий правовий наслідок. Відповідно до неї Японія на потреби оборони не може витратити більше 1 % ВВП. Фактично сьогодні Японія витрачає лише 0,3 %. Також Японія не має права утримувати регулярні збройні сили, а лише має право утримувати війська самооборони (їх чисельність всього 240 тис. ос.). Усі 240 тисяч — це офіцери, а якщо армія кадрова, то протягом місяця її можна збільшити до мільйона, тоді як підготовка солдат не потребує багато часу. Армія завжди стабільна, якщо один генерал іде, то інший займає його місце. На підставі ст. 9 Японія не може посилати війська самооборони за кордон, тобто вона не може брати участь навіть у миротворчих діях, які проводяться під егідою ООН та Ради безпеки. Аналогічна норма є і в конституції Німеччини, але вона її порушила, коли послала свої війська до Югославії.

⁴⁸ Конституционное право зарубежных стран / Под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. — 2-е изд., перераб. — М.: Норма, 2005. — С. 679–712.

Можна стверджувати, що однією з характеристик, які вирізняють конституцію Японії, є різке обмеження повноважень монарха. За повноваженнями це найбільш «слабкий» монарх серед усіх інших монархів світу, їх не можна порівняти навіть з повноваженнями королів Данії, Голландії та Великої Британії.

Крім того, японська Конституція передбачає унікальну систему судів. Для американців було неочікуваним, коли японці внесли свою пропозицію про судову систему⁴⁹.

Однак передусім слід взяти до уваги, що Конституція Японії, відаючи належне японському традиціоналізму, перше місце відводить імператору: його інституту присвячено 8 статей, але вже в ст. 1 говориться, що імператор є символом єдності нації, його статус визначається народом, якому належить суверенітет. Таким чином підкреслюється, що це лише номінальний глава держави, який дійсно об'єднує японський народ.

Діє салічна система спадкування престолу: ця система повністю виключає з кола спадкоємців на престол жінок. Якщо родина містить декілька сімей, то цілком природно, що наступником престолу є найстарший, рік вступу спадкоємця на посаду оголошується новою ерою, і з цього року починається новий часопис. (Наприклад, імператор Хірохіто вступив на престол у 1926 році: була оголошена нова ера — ера Села («променистого світу»), і всім дітям, які народилися після 1 січня 1926 р., стали писати у свідоцтві про народження, що вони народилися 1 січня 1 року ери Села). Це говорить про те, що імператора і досі обожують.

Якщо немає спадкоємця і якщо він не з'явиться, то право вибрати монарха надається парламенту: він вибере будь-якого чоловіка і покладе початок зовсім новій династії. У пресі ж Японії ведуться дискусії про те, чи не змінити Конституцію, щоб правом імператорства були наділені жінки.

Стаття 4 Конституції відмовляє імператору в праві здійснювати державну владу в дусі англійського конституціоналізму: він за поданням парламенту призначає прем'єр-міністра; за поданням кабінету міністрів — головного суддю Верховного суду; за порадою і за згодою кабінету здійснює офіційне опублікування поправок до конституції, законів, урядових наказів та договорів, скликання парламентських сесій, розпуск палати представників, оголошення загальних виборів, підтвердження призначень і відставок міністрів та інших вищих посадових осіб, підтвердження загальних і приватних амністій, пом'якшення покарань та ін.

⁴⁹ Скакуи О. Ф. Теорія держави і права. — С. 633–635.

Таким чином, Конституція відвела імператору роль англійського монарха, який «царює, але не управляє», уособлюючи разом з тим історичну спадковість у розвитку держави, непохитність її основ. Не виключено, що правлячі кола бажають бачити в монархії певний ідейно-емоційний фактор впливу на громадян, особливо при виникненні надзвичайних обставин.

Емоційний настрій японців підтримується Управлінням імператорського двору та правлячою ліберально-демократичною партією, урядом шляхом проведення численних ритуальних заходів, пов'язаних із життям імператорської родини. Ритуал (хоча й меншою мірою) продовжує понижувати сферу японської політики. Ст. 20 Конституції рекомендує державі та її органам лише утримуватися від проведення релігійного навчання та будь-якої релігійної діяльності, а також примушувати японців до участі в будь-яких релігійних актах, святкуваннях, церемоніях та обрядах.

Крах японського мілітаризму в результаті Другої світової війни мав наслідком суттєві зміни всієї державно-політичної та правової системи країни. Слід наголосити на тому, що великим завоюванням демократичних сил Японії стало внесення до Конституції положень про непорушність основних прав людини (ст. 11), повагу до особистості (ст. 13), рівність усіх перед законом (ст. 14), свободу мислення, совісті, віросповідання, зборів, об'єднань, слова, друку та інших способів вираження думок (ст. 19–23).

В японській традиції концепція прав людини пов'язана не із західним індивідуалізмом, а з належністю людини до певної організації, від якої вона отримує підтримку. Однак такий підхід домінує лише на побутовому рівні. У Конституції він віднайшов слабке відображення. Основи правового статусу особистості закріплені у гл. 3 Конституції, яка має назву «Права та обов'язки народу». Її положення виходять із концепції природних прав людини. Але з іншого боку на регулювання правового статусу особистості мала вплив і концепція «наданих прав». Так, здійснення прав і свобод особистості Конституція пов'язує з роллю суспільства, з діяльністю народу. Тобто зазначається, що народ сам повинен за допомогою своїх зусиль використовувати свої права і свободи, утримуватися від зловживання правами та обов'язками та нести відповідальність. Саме від народної активності залежить добробут суспільства.

Конституція надає великого значення рівності громадян, що є нехарактерним для традицій японського суспільства⁵⁰. Так, наприклад, зазначено, що всі рівні перед законом, заборонено рабство, примусова праця, проголошується рівність чоловіка і жінки, ліквідуються дворянські титули.

⁵⁰ Гелей С. Д., Рутар С. М. Вказ. праця. — С. 247–262.

Японським законодавством передбачена смертна кара за декілька видів злочину, однак фактично смертні вироки виносяться останніми роками лише за тяжке вбивство та виконуються вкрай рідко (не більше 2-3 покараних на рік).

Також можна зазначити, що особливе значення мають проголошені в Конституції права громадян у сфері кримінального судочинства: заборона застосування покарання без відповідної правової процедури (ст. 31), право на судовий розгляд будь-якого обвинувачення (ст. 32), заборона незаконного арешту (ст. 33), право на захист (ст. 34), заборона незаконних обшуків (ст. 35), застосування тортур і жорстоких покарань (ст. 36), право кожного обвинуваченого по кримінальній справі на швидкий та відкритий розгляд його справи судом, на безоплатну, якщо в цьому є потреба, юридичну допомогу (ст. 37) та ін. Крім того, з урахуванням поширеної практики порушення елементарних прав підозрюваного та винесення неправомірних вироків до Конституції було внесено таку норму: «Ніхто не може бути примушений давати показання проти самого себе. Зізнання, що було зроблено за примусом, після тортур або під загрозою чи після невинувато довшотривалого арешту або утримання під вартою, не може розглядатися як доказ» (ст. 38).

Слід звернути увагу на те, що, виходячи з теорії розподілу влади, Конституція Японії передала всю повноту судової влади Верховному суду та відповідним судам нижчих інстанцій та проголосила: «Усі судді є незалежними та діють за совістю; вони зв'язані лише чинною Конституцією та законами» (ст. 76). Новітня японська історія знає багато прикладів порушення конституційних положень у зазначеній сфері, але сам факт їх проголошення був, беззаперечно, прогресивним кроком.

Крім того, слід взяти до уваги, що на базі Конституції 1947 р. було переглянуто багато законодавчих актів, в тому числі і в галузі кримінального правосуддя. Так, прийнятий в 1947 р. Закон про поліцію ліквідував попередній надто централізований поліцейський механізм і поставив поліцію під контроль місцевої влади. А в 1948 р. набрав чинності новий Кримінально-процесуальний кодекс, який містив ряд інститутів американського права та, відносно попереднього КПК, посилив захист прав підозрюваного та обвинуваченого. У цей же період були прийняті Закони про судоустрій, про прокуратуру та адвокатуру. Всі ці закони продовжують і понині діяти, хоча вони неодноразово підлягали змінам. У свою чергу, Верховний суд відповідно до наданих йому Конституцією повноважень видав документ під назвою «Кримінально-процесуальні правила», в яких були розвинені та деталізовані основні положення Кримінально-процесуального кодексу (відповідні правила були прийняті Верховним судом і

для цивільного процесу, для розгляду сімейних спорів, а також з ряду питань управління судами). У цілому, реформа системи японського судочинства значно зміцнила позиції демократичних сил у країні та створила правову базу для їх подальшої боротьби з реакцією.

Проте слід зазначити, що в діючій судовій процедурі об'єднані елементи минулого, що пов'язані, перш за все, з бюрократичним началом, з так званим інквізиційним процесом, в якому вирішальна роль належить зізнанню звинуваченого, та з елементами англо-американської системи судочинства, в якій всіляко підкреслюється змагальний характер судового процесу та неупереджена позиція судді⁵¹. Незважаючи на всі зміни в кримінально-процесуальному законодавстві, навіть на пряму конституційну заборону піддавати покаранню будь-кого, якщо єдиним доказом проти нього є його власне зізнання, попереднє слідство в Японії, що здійснюється як поліцією, так і прокуратурою, орієнтовано, перш за все, на те, щоб вирвати зізнання у звинуваченого. Для цього нерідко використовують найжорстокіші прийоми впливу на психіку, особливо в перші 23 дні після пред'явлення ордеру на арешт, коли поліція має право утримувати підозрюваного в повній ізоляції, без побачень з близькими та друзями. Таким чином, психологія багатьох японських суддів також значною мірою прив'язана до традиційної формули японського права: «Зізнання є найпершим із усіх доказів». Внаслідок впливу середньовічного писемного судочинства встановлено порядок, згідно з яким сучасному суду прокурор надає письмові показання свідків, і лише в разі їх опротестування захистом той або інший свідок викликається для допиту в суд. Доказова сила письмових показань, отриманих в ході попереднього слідства, настільки велика, що згідно зі ст. 321 КПК прокурор за певних умов може вимагати додержуватися їх навіть у разі відмови свідка від них в судовому засіданні.

Слід підкреслити, що суттєво новим інститутом у післявоєнній судовій процедурі став і перехресний допит, який посилив змагальні начала та оцінюється як досить прогресивний. Специфічним для Японії є інститут «роз'яснення», що з'явився в ході післявоєнних реформ кримінального процесу. Після проголошення обвинувального висновку і до розгляду питання про те, чи визнає підсудний свою провину, захист отримав можливість вимагати у прокурора «роз'яснення» з питань окремих пунктів звинувачувального висновку і у відповідних випадках відразу ж заявляти про хитку позицію звинувачення.

Також можна зазначити, що з кінця 50-х рр. в Японії реалізується ідея інтенсифікації кримінального процесу, що породжена переважанням

⁵¹ Сажина В. В., Тагунов Д. Е. Вказ. праця. — С. 219–225.

судів цивільними та кримінальними справами, затягуванням розслідування та тяганиною, що викликають незадоволення населення та зростання недовіри до всієї системи судочинства. Так, з метою прискорення процесу приблизно за тиждень до суду здійснюється так звана «попередня підготовка», тобто нарада судді, прокурора та захисту, які мають взяти участь в справі. На такій нараді вони домовляються між собою з багатьох питань майбутнього суду, що мають досить суттєве значення, в тому числі про приблизну кількість свідків, які будуть викликатися з кожної сторони, про регламент їх допиту тощо. При цьому обговорюються і документальні докази, що будуть надані сторонами у судовому засіданні.

Наступним елементом правової соціалізації є встановлення чіткого графіку судового розгляду конкретної справи, що не допускає, як раніше, розтягування його на місяці. З цією метою було спрощено навіть процедуру складання протоколів судових засідань — до них стали заносити не буквальный запис, а загальний зміст показань свідків і виступів сторін.

Спочатку система інтенсивного судового розгляду почала застосовуватися в окремих судах, перш за все, в найбільш перевантаженому — токійському, потім у 1957 р. Верховний суд дав вказівку про її найширше застосування, з 1 січня 1962 р. набрали чинності кримінально-процесуальні норми, які достеменно узаконили цю систему. При всій критичній оцінці введеної системи з боку японських юристів, що відмічали порушення принципів публічності судового розгляду, неупередженість суддів та ін., вона визнається певним виходом із кризи японської юстиції.

Можна стверджувати, що на відміну від процесуальних інститутів матеріальне кримінальне право меншою мірою було змінено конституційними реформами. Незважаючи на зміни (зокрема, на скасування в 1947 р. деяких статей Кримінального кодексу, що стосувалися посягань на імператора та його сім'ї, а також інших явно застарілих положень), в Японії залишився в силі, діє і нині Кримінальний кодекс 1907 р. (у редакції 1947 р. з наступними виправленнями та доповненнями). Спроби повної реформи кримінального законодавства, тобто заміни цього кодексу іншим, були неодноразовими (проекти 1927, 1947, 1972 рр. та ін.), однак кожного разу з тих чи інших причин вони виявлялися безрезультатними. Нині такі спроби зустрічають протистояння з боку демократичної спільноти, яка побоюється, що реформа може призвести до реакційних змін кримінального законодавства та обмежень прав громадянина³².

³² Торкунов М. А. Множественность преступлений в уголовном законодательстве Японии. Научные труды: В 3-х т. / Российская Академия юридических наук. — Вып. 4: — Т. 2. — М.: Юристъ, 2004. — С. 449–451.

Як правило, поряд з Кримінальним кодексом (1907 р.) джерелами кримінального права є Закон про малозначущі злочини (1948 р.), Закон про неповнолітніх (1948 р.) та інші акти, що періодично змінюються та доповнюються.

Отже, можна зробити висновок, що сучасна судова система Японії була створена в результаті конституційних реформ 1947–1948 рр. Вона складається з Верховного суду, вищих, територіальних, сімейних і первинних судів.

Очолює японську судову систему Верховний суд, що наділений найширшими повноваженнями як вища судова інстанція, вищий орган конституційного нагляду й орган управління всіма нижчестоящими судами. Водночас Верховний суд встановлює правила для роботи не тільки суддів, а й адвокатів, яких також повинні дотримуватися і прокурори. Верховний суд засідає в Токіо та складається з голови та 14 членів суду. Він розглядає як кінцева інстанція скарги на рішення та вироки нижчестоящих судів із цивільних та кримінальних справ, як правило, в колегіях із п'яти суддів. Однак слід зазначити, що до розгляду Верховним судом приймаються лише скарги з питань права, а не за оцінкою фактичних обставин справи (існує декілька видів оскарження судових постанов залежно від характеру оскаржуваного рішення, рівня судової інстанції, що його винесла та ін.). Верховний суд, обов'язково повним складом, розглядає скарги на неконституційність законодавчих або адміністративних актів, а також справи про тлумачення Конституції або внесення до неї змін, або внесення змін до попередніх рішень самого Верховного суду.

У свою чергу, вищі суди (їх вісім, вони розташовані у великих містах у різних частинах країни) є, головним чином, судами апеляційної інстанції і розглядають в колегіях із трьох суддів скарги на рішення та вироки нижчестоящих судів з цивільних і кримінальних справ, в тому числі і на рішення, винесені другою інстанцією. Крім того, в колегіях із п'яти суддів вони розглядають справи про деякі державні злочини. Згідно з постановою Верховного суду в разі необхідності можуть бути додатково створені 1-2 відділення кожного з вищих судів.

Слід наголосити на тому, що важливою ланкою судової системи Японії є територіальні суди, що розташовані в центрах кожної із 47 префектур (багато з яких мають свої відділення і в інших містах). У них розглядається по першій інстанції основна маса цивільних і кримінальних справ — всі справи, за винятком віднесених до компетенції вищих і первинних судів (повноваження деяких відділень територіальних судів залежно від їх категорії доволі обмежені). Ці ж самі суди можуть розглядати скарги на

рішення та постанови первинних судів, що були винесені ними з цивільних справ. У територіальних судах справи розглядаються або одноособово суддею (як правило), або колегією з трьох суддів, якщо мова йде про значну суму позову або звинувачення в такому злочині, яке карається позбавленням волі на строк більше одного року. У складі територіальних судів є молодші судді з обмеженою компетенцією.

Є очевидним той факт, що особливе місце в судовій системі Японії посідають сімейні суди. Оскільки вони вважаються судами того ж рівня, що і територіальні, створюються в тих же містах. Але до їх компетенції належить розгляд спорів майнового та немайнового характеру між подружжям, справ про спадок тощо, а також справ про правопорушення неповнолітніх віком до 20 років (у випадку скоєння ними тяжкого злочину справа після перевірки обґрунтування звинувачення в сімейному суді передається в територіальний суд). Справа в сімейному суді розглядається, як правило, одноособово суддею і лише в окремих випадках — колегією з трьох суддів. Треба звернути увагу на те, що нерідко ці суди застосовують процедуру примирення.

Отже, первинні суди — як найнижча судова інстанція (їх близько 600) — розглядають цивільні справи з невеликою сумою позову, межі яких періодично переглядаються Верховним судом, та кримінальні справи, по яких може бути призначене покарання у вигляді штрафу, а також справи по деяких категоріях злочинів, що караються позбавленням волі (ці суди мають змогу присуджувати не більше трьох років ув'язнення). Справи в первинних судах розглядаються лише одноособово суддею. Важливо підкреслити, що в жодному з японських судів немає присяжних засідателів. У 1923 р. суди присяжних були застосовані в законодавчому порядку, однак виявилось, що 99 % осіб, що мали право на розгляд справ за участі присяжних, відмовилися скористатися ним, оскільки винесений судом присяжних вирок, згідно з установленими правилами, не можна було оскаржити до вищестоящего суду. Зокрема, Конституція 1946 р. та наступні законодавчі акти не містять настанов про суд присяжних.

В Японії існує цікава практика. Кожні 10 років відбувається референдум з усіх членів Верховного суду, виборці підтверджують їхні повноваження або висловлюються проти подальшої діяльності цих суддів. Референдум відбувається щодо кожного члена суду персонально. Судді Верховного суду народу відомі, а в разі, коли не відомі, то громадянин голосує за своїм загальним ставленням до суду. Це найбільш ефективний спосіб контролю над Верховним судом.

В Японії діє лише позивне судочинство, стосовно питання про визнання того або іншого закону неконституційним. Це означає, що будь-який підданий Японії (юридична або фізична особа) може звернутися до окружного суду з позовом про визнання того чи іншого закону неконституційним. Окружний суд розглядає цю справу і виносить попереднє рішення (наприклад, визнає закон неконституційним) і передає матеріали справи до Верховного суду, рішення якого є остаточним.

Існує думка, що Верховний суд консервативний, і що за всю історію існування, він задовольнив усього декілька позовів про визнання закону неконституційним, але це пояснюється лише високою кваліфікацією парламенту та законодавства Японії⁵³.

Отже, конституційний контроль, тобто перевірка будь-яких законодавчих або адміністративних актів на їх відповідність Конституції, може здійснюватися не лише Верховним судом, а й нижчестоящими судами, деякі з яких неодноразово протягом останніх десятиліть виносили з досить прогресивних позицій рішення про визнання неконституційними навіть найважливіших урядових постанов внутрішнього та зовнішнього політичного характеру.

Слід зазначити, що починаючи з 1947 р. в Японії відсутня система адміністративної юстиції, і всі скарги на дії адміністративних органів розглядаються по першій інстанції територіальними судами як специфічний вид цивільного судочинства.

Принцип розподілу влади, модифікований варіант американської системи утримання та противаг особливо чітко знаходить прояв в японській Конституції і в процедурі імпичменту, яка може бути застосована по відношенню до суддів, в повноваженнях же судів вирішувати питання щодо конституційності будь-якого закону парламенту або наказу виконавчої влади.

Разом з тим Цивільний процесуальний кодекс Японії передбачає можливість арбітражного розгляду спорів, однак частіше таку процедуру застосовують лише у тих справах, що пов'язані з зовнішньою торгівлею, у торговельних палатах відповідних префектур.

Прокуратура в Японії входить в систему Міністерства юстиції, що є одним із найважливіших за своїм значенням (до його складу належать також тюремні заклади, контроль за імміграційними службами, за «підривними організаціями» та ін.). Інакше кажучи, прокуратура являє собою централізовану організацію, очолювану генеральним прокурором, але

⁵³ Латышев И. А. Конституционный вопрос в послевоенной Японии. — М.: Изд-во Восточной литературы, 1959. — С. 97.

структура її пристосована, перш за все, до судової системи: існують служби прокуратури (генеральної) при Верховному суді, при вищих, територіальних, сімейних та інших судах. Таким чином, прокурори ведуть слідство з обмеженого кола найбільш важливих кримінальних справ, спостерігають за допитом та розслідуванням, що здійснюється по всім іншим справам поліцією, та за виконанням кримінальних покарань. Вони за необхідністю порушують кримінальне переслідування, складають обвинувальний висновок, передають його до суду та підтримують там обвинувачення, а також захищають «публічні інтереси» при судовому розгляді цивільних справ. За правилами судочинства, прокурор не лише не зобов'язаний пред'являти обвинувачуваному і його захиснику всі докази, які він має, а й може їх приховувати на користь звинуваченого, в тому числі й ті, що підтверджують його алібі. Прокурор також не зобов'язаний знайомити з усіма матеріалами справи до судового розгляду і суддю, якому він передає лише звинувачувальний висновок без будь-яких документів.

Однак тут слід звернути увагу на те, що за Конституцією захист обвинуваченого по кримінальній справі може здійснюватися адвокатом за його вибором або призначенням державою, якщо у обвинуваченого немає коштів самому сплатити послуги адвоката. Крім того, в цивільному процесі малозабезпеченим також може надаватися матеріальна допомога, але вона зводиться або до відстрочки сплати судових витрат, або до призначення безоплатного адвоката Японської асоціації правової допомоги (асоціація надає адвоката лише коли має місце перспектива виграшу процесу).

Всі судді призначаються на свої посади строком на 10 років. Призначення здійснюються Кабінетом Міністрів, у більшості судів — на підставі списку кандидатів, що був складений Верховним судом (голову Верховного суду призначає імператор). Через 10 років суддя може бути призначений на свою посаду вдруге, і так до тих пір, поки він не досягне віку, що встановлений законом для виходу у відставку (65 або 70 років). Треба наголосити на тому, що Конституція передбачає ряд заходів, спрямованих на підвищення суддівського авторитету. А саме: призначення членів Верховного суду належить так званому «перегляду народом» при проведенні чергових виборів в Палату представників. Якщо більшість виборців висловлюється при цьому за усунення судді, то він позбавляється своєї посади. Така процедура, як уже зазначалося, повторюється кожні 10 років. Отже, незважаючи на зовнішню ефективність цих положень, їх доцільність викликає серйозні сумніви у японських державознавців, оскільки більшість виборців погано знає членів Верховного суду і не надає суттєвого значення голосуванню. Таким чином, судді всіх судів можуть бути усуне-

ні з посад лише в результаті публічного розгляду у відповідності з процедурою імпичменту, яка передбачає розгляд обвинувачень на адресу судді спеціальними органами парламенту.

Отже, можна зробити висновок, що для отримання посади судді, а також для того, щоб стати прокурором або адвокатом, встановлені жорсткі правила відбору.

Основними джерелами права сучасної Японії є:

нормативно-правовий акт (закон, урядові укази та інші акти підзаконного характеру). При цьому заборонено видавати урядові укази з питань кримінального покарання без дозволу на те відповідного закону. Разом з тим передбачено інститут контрасигнатури, тобто всі закони і урядові укази підписуються компетентними державними міністрами і візуються прем'єр-міністром;

нормативно-правовий договір, що має значне поширення;

норми-звичаї та норми-традиції (гірі) — посилення на них містяться у Цивільному і Торговельному кодексах, наприклад, коли йдеться про рибальський промисел, використання гарячих джерел та ін. Проте сфера їх застосування поступово звужується.

Судовий прецедент не вважається джерелом права формально. Однак постанови Верховного суду сприймаються судами (і нерідко державними установами) як нормативні акти, що мають неухильно виконуватися. Водночас традиційне зневажливе ставлення до загального права і заперечення судових рішень змінилися сьогодні.

Передусім слід взяти до уваги, що чинна в Японії система права походить від німецького і французького права. Тому Р. Давід відносить японське право до романо-германської правової сім'ї⁵⁴. Проте ближче до істини, на наш погляд, І. Нода, який підкреслює, що специфіка національної ментальності створює праворозуміння, яке важко змінити під впливом іноземного права⁵⁵. Таким чином, японське право не повністю вписується у романо-германський тип правової системи. Сучасне японське право за своєю структурою нагадує західне, але разом з тим воно діє у своєму власному традиційному культурному середовищі, яке формувалося століттями в умовах відсутності тривалих контактів із західною культурою. Це приводить до висновку, що при схожості моделей права практики його функціонування та реалізації істотно відрізняються. Отже, дія японської моделі права видається іншою, ніж західного оригіналу.

⁵⁴ Давид Р. Основные правовые системы современности. — М.: Прогресс, 1988. — С. 456.

⁵⁵ Нода И. Сравнительное правоведение в Японии: прошлое и настоящее // Очерки сравнительного права. — М.: Прогресс, 1981. — С. 229–255.

Слід враховувати, що до 1945 р. система права Японії ґрунтувалася на поєднанні традиційних феодальних принципів, частково запозичених із системи права імператорського Китаю, і принципів континентальної системи права в його статичному (державному) варіанті.

Очевидно, слід вважати, що правова система Японії запозичила із системи континентального права:

- поділ права на публічне і приватне;
- структурний поділ системи права на галузі та підгалузі;
- кодифікацію нормативно-правового матеріалу.

До кримінального права Японії внесені принципи континентального права: «немає злочину і покарання без вказівки на те в законі», «закон зворотної дії не має при введенні або посиленні кримінальної відповідальності» та ін.

У такий спосіб система права Японії до Другої світової війни складалася із галузей конституційного, адміністративного, цивільного, торговельного, кримінального, цивільно-процесуального, кримінально-процесуального права.

Слід наголосити на тому, що за часів реформ після війни, проведення яких контролювалося американською владою, японська правова система була «американізована». Так, впровадження в японську ідеологію і практику як конституційних принципів «поділу влади», «стримувань і противаг», незалежності судової влади, рівності всіх перед законом, рівності чоловіка і жінки, визначення кола демократичних прав і свобод громадян, які підлягають безпосередньому судовому захисту, введення інституту конституційного нагляду — все це стало результатом впливу американського права. Як наслідок, Японська конституція відтворила славнозвісні слова американської Декларації незалежності 1776 р. про «право на життя, свободу і на прагнення до щастя» як вищий предмет турботи держави про її громадян.

Враховуючи ці обставини, слід визнати, що американське право також вплинуло на регулювання сфери торговельно-економічних відносин, діяльність корпорацій та інших приватних правових інститутів. Таким чином, були оновлені традиційні галузі права. Зокрема, фактично заново створене конституційне право. Крім того, оформилися нові галузі права — господарське, екологічне право людини на соціальне забезпечення. Виділилися підгалузі медичного, освітнього права та ін.

У зв'язку з цим варто згадати, що демократичними досягненнями Конституції Японії, крім зазначених, є зафіксовані в ній права громадян у кримінально-процесуальній сфері:

- право на захист і судовий розгляд;
- заборона незаконного арешту і незаконних обшуків;
- право обвинуваченого на відкритий, неупереджений, без зволікань розгляд справи;
- заборона застосування покарання без відповідної правової процедури та ін.

Слід підкреслити, що сучасні закони і кодекси Японії, які перетворилися на одне із основних джерел права, не є плодами винятково національного утворення. Як уже зазначалося, вони склалися спочатку на зразок німецьких і французьких кодексів. Після Другої світової війни створюються нормативно-правові акти, зорієнтовані на американське законодавство. При цьому враховуються національні норми-традиції, шануються ритуали.

Слід враховувати, що чинна на цей час система законодавства Японії створювалася починаючи з кінця XIX ст. Її можна назвати змішаною. Правда, вона не є аналогічною змішаному (гібридному) типу правової системи — скандинавській чи латиноамериканській групі. Оскільки в Японії запозичення тих чи інших елементів континентального і загального права відбувалося безсистемно. Таким чином, запозичені норми законів час від часу впліталися у тканину японського права, що зберігає традиційні норми моралі і звичаю. Отже, можна зробити висновок, що своєрідність законодавства значною мірою визначається особливостями правового мислення, інформаційно-правового насичення, узагальненого відображення зв'язків як з національним минулим, так і зі світовими досягненнями у галузі юриспруденції.

Є очевидним той факт, що внесення змін і доповнень до кодексів — це лише частина роботи законодавця. Тому питому вагу мають закони, які не включаються до кодексів, а доповнюють їх. Так, протягом 1946–1950 рр. відповідно до Конституції прийняті закони про парламент, суд, кабінет міністрів, виборчий закон, закони про місцеву автономію, громадянство, судоустрій, прокуратуру, адвокатуру та ін., які стосуються державної організації життя японського суспільства. А у 1948 р. набрав чинності новий Кримінально-процесуальний кодекс, деякі інститути якого запозичені з американського права. Зокрема, Закон про поліцію (1947 р.) вніс зміни до системи її підконтрольності.

Слід наголосити на тому, що велика група законів була створена для регулювання економічних відносин. Це закони про заборону приватної монополії та підтримку приватної торгівлі, так званий «антимонопольний закон» (1947 р.); про обіг цінних паперів (1948 р.); про відновлення компаній (1955 р.); про контроль за біржами і цінними паперами. Вони,

як правило, копіювали американські закони. Наприклад, з метою залучення до країни англо-американського капіталу ще у 1922 р. було прийнято закон про довірчу власність з урахуванням американського законодавства.

Однак тут слід зауважити, що за змістом і технікою виконання закони Японії не поступаються європейським, однак їх практичне застосування значно слабкіше. Як і раніше, в силі залишаються традиції, правові норми та інститути національно-історичного походження. Тут особливу роль відіграють правила зовнішньо пристойної поведінки — поступливість, примирення, доброзичливість, які виключають зовнішній тиск на особу. Разом з тим із сучасними кодексами та процесуальними нормами уживаються традиції позасудового вирішення спорів.

Розглядаючи це питання, треба дослідити, чи дійсно відбулася вестернізація Японії? Отже, після 1945 р. до впливу романських правових систем приєднався і навіть став конкурувати з ними англо-американський вплив⁵⁶. Залишається з'ясувати, наскільки глибоко за цим західним взірцем Японія зазнала трансформації та сприйняла ідеї права в тому вигляді, в якому вони відомі на Заході.

Це питання постає як в плані публічного, так і в плані приватного права. І в тому, і в іншому випадку право, скопійоване за західним взірцем, по суті, регулює лише незначну частину суспільного життя Японії. Це право — право буржуазного суспільства, що складається з вільних суб'єктів, які вільно вступають в різні правовідносини. Японія далека від такої організації суспільного життя. Звичаї японців, безумовно, еволюціонують і частково наближаються до цієї моделі, що особливо яскраво проявляється в міському середовищі та серед молоді. Однак японське суспільство ще далеке від суспільства європейського як за своєю структурою, так і за своїми звичаями. Колишні звичаї та спосіб мислення ще живуть у більшості японців, навіть в містах та в робочому осередку, а також у торгівлі. Критичний дух розвинувся слабо, і конфуціанська ідея ієрархічного порядку, що базується на самій природі речей, продовжує існувати. Індивідуалізм ніколи не мав сильних коренів в Японії. Зокрема, соціальні структури і ліберальний дух, які передбачені європейськими кодексами, лише деякою мірою існують в японській дійсності. Застосуванню сучасного права в Японії заважає містичний сентименталізм японців, які більше люблять поезію, аніж логіку, і досить байдужі внаслідок їхньої історії до ідей свободи та людської гідності.

⁵⁶ Давид Р., Жоффре-Спінози К. Вказ. праця. — С. 372.

З урахуванням викладеного можна визнати, що ідея права не охопила повсякденне життя японців. Абстрактний характер норм права, його логічний характер так само неприйнятний в країні, яка донедавна не знала праць Арістотеля. Головне для японців — норми поведінки (гірі), що встановлені для кожного виду людських відносин традицією та засновані в будь-якому разі на почутті прив'язаності (нінхо), яке об'єднує індивідумів у їхніх стосунках. Той, хто не дотримується цих норм, діє лише в своїх інтересах, замість того щоб підкоритися благородним поривам своєї душі; при цьому і він сам, і його сім'я викликають підозру. Якщо відкинути відносини між великими підприємствами, то ніхто, як правило, не звертається до суду за захистом своїх прав, як це обумовлено кодексами. Так, кредитор буде просити боржника виконати своє зобов'язання добровільно, з тим, щоб не ставити кредитора в скрутне становище. А жертва нещасного випадку, підкорена долі, відмовиться від звернення до суду для реалізації свого права і з вдячністю прийме разом з пробаченнями скромну компенсацію, яку винуватець поспішає запропонувати потерпілому. На думку японців, поняття суб'єктивного права принижує людські стосунки, воно ставить усіх людей в положення рівності, незважаючи на ієрархічний порядок, який, згідно з доктриною конфуціанства, є основою японської традиції, існує в природі. Таким чином, це поняття неприйнятне для японців, і вони віддають перевагу почуттям, а не розуму. Разом з тим суди Японії досить активні, але більшу частину їх діяльності в галузі стосунків між приватними особами становить примирення, а не вирішення справ по суті.

Нагадаємо, що японська мораль пропонує уникати прямої конфронтації, не допускати положень, коли б одна із сторін повністю отримувала верх над іншою. Не можна доводити справу до того, щоб переможений «втратив обличчя», з'явився перед оточуючими приниженим і ображеним. Це означало б «задати таку болючу струну», як «гірі», або честь, тобто нажити собі смертельного ворога.

Якщо така найперша для японців чеснота, як обов'язок вдячності, сягає корінням у давньокитайську мораль, то обов'язок честі — це власне японське поняття, яке не має нічого спільного ані з ученням Конфуція, ані з ученням Будди. Розкрити значення «гірі» важко, оскільки навіть самі японці не можуть дати йому остаточного зрозумілого тлумачення. «Гірі» — це певна моральна необхідність, що примушує людину інколи робити щось проти власного бажання або всупереч власній вигоді⁵⁷. Близький за

⁵⁷ Инако П. Современное право Японии. — М.: Юрид. лит.-ра, 1988. — С. 138–152.

значенням цьому терміну старий французький вислів: «положення зобов'язує». Очевидно, слід вважати, що «гірі» — це обов'язок честі, що заснований не на абстрактних поняттях добра та зла, а на регламенті людських стосунків, що вимагає гідних вчинків за певних обставин.

Також треба наголосити на тому, що на відміну від неоплатного обов'язку вдячності японці вважають обов'язок честі додатковим тягарем, що не повинен безоглядно збільшуватися. Оскільки будь-яка послуга потребує взаємності та повинна бути віддячена, японці намагаються уникати послуг з боку сторонніх людей. Це відобразилося навіть на тому, що речові формули, призначені для виразу подяки, мають відтінок певного жалю. Наприклад, слово «арігато», що зазвичай перекладають як «дякую», буквально означає: «ви ставите мене в складне становище». Інший, схожий зворот «сумімасен» означає: «мені тепер до віку з вами не розраховуватися». Таким чином, уже висловлюючи вдячність, японець начебто із жалем визнає, що залишився перед кимось у боргу.

Водночас намір уникати випадкових послуг або надавати їх складає враження, що японці — люди черстві. Проте це не так. Зробити будь-що для незнайомця без його прохання означає зробити його моральним боржником та скористатися його труднощами на свою користь — ось до якого абсурду призводить японське розуміння честі.

«Сором є підґрунтям, на якому постають усі чесноти» — ця відома фраза показує, що поведінка японця регулюється людьми, які його оточують. Роби так, як прийнято, інакше люди відвернуться від тебе — ось що вимагає від японця обов'язок честі. Це призводить до висновку про те, що зміст «гірі» краще виразити не французьким зворотом «положення зобов'язує», а словами «традиція зобов'язує».

Таким чином, «гірі», або обов'язок честі, виявляється, по-перше, щодо оточуючих (як різновид нашого поняття «совість»), а по-друге, щодо самого себе, до власної репутації (аналог того, що ми називаємо самолюбством), інакше кажучи, щоб хтось став приниженим або ображеним.

Є очевидним той факт, що обов'язок честі не дозволяє японцю проявити свою нездатність до того, в чому він зобов'язаний бути обізнаним. Так, небажання «втратити обличчя» зайвий раз заважає японському лікарю відмовитися від помилкового діагнозу. Зокрема, з цієї ж причини викладачам не подобається, коли учні звертаються до них із запитаннями.

Нетерпимість до образ, надзвичайна чутливість до будь-якого приниження не призвели до того, що помста стала у японців головною рисою людських взаємовідносин. Обов'язок честі по відношенню до самого себе з дитинства привчає японців щадити самолюбство оточуючих.

На думку більшості японських авторів, «гірі» зберегли свій вплив у сфері права, однак його не можна вважати значним, порівняно з тим, яким він був на межі ХХ ст.⁵⁸

Звідси — мета ухилятися від прямого суперництва, де вибір на користь однієї із сторін означав би «втрату обличчя» іншою. Саме спільне побоювання «втратити обличчя» породжує необхідність у третій особі, тобто в посередництві. До його послуг вдаються у найрізноманітніших випадках, починаючи від комерційних угод і закінчуючи сватанням.

Слід наголосити на тому, що японці із задоволенням сприймають усі ідеї, що їм пропонують як сучасні; їх мало хвилює іноземне походження цих ідей та протиріччя, що містяться в них. Таким чином, ніяких протиріч між створенням західного права та збереженням способу життя, що ігнорує норми цього права, немає. Адже в будь-якій країні право не є єдиним регулятором стосунків між окремими громадянами. Як правило, в країнах Заходу право намагається надати рішення, що відповідають розумінню справедливості та звичаїв цих країн. Право ж, що було штучно імпортовано до Японії, ніяк не пов'язане зі звичаями країни.

Ідея рівності людей, з якою ми зустрічаємося на Заході, має глибоке релігійне обґрунтування (всі рівні перед богом) з одного боку та світське, що було розвинуто соціалістичною теорією, — з іншого. Слід зазначити, що Японія в своїй прихильності принципу ієрархічної організації суспільства в наш час серед індустріальних країн залишилася самотньою. Індустріалізація та розвиток міст знов ставлять на порядок денний питання про принцип організації суспільства: поразка 1945 року та безпрецедентна окупація Японії іноземною армією викликали сумніви в його досконалості. Старше покоління скаржиться, що молодь не знає норм «гірі». Прогрес демократичних ідей та розширення зв'язків із закордоном можуть кінець кінцем привести Японію до визнання значущості права в регламентації людських стосунків. Враховуючи ці обставини, слід визнати, що навіть якщо японські інститути будуть повністю вестернізовані, а юридична техніка модернізована, застосування права все одно буде відчувати на собі культурну атмосферу цієї країни — дієвість традиційних принципів.

Треба підкреслити, що панівне положення в сучасному японському праві належить романо-германській системі. Хоча американське право і мало безпосередній вплив на деякі закони, що були прийняті в період американської окупації Японії, японське право залишилося статутним.

⁵⁸ Нода И. Вказ. праця. — С. 113–121.

Важливо підкреслити, що в Японії діє специфічна система заробітної плати, що не отримала поширення в інших країнах: заробітна плата робочих і службовців залежить від віку, освіти, безперервного стажу роботи на даному підприємстві, спеціальності та досвіду роботи за даною спеціальністю, причому щорічно проводиться чергове підвищення заробітної плати. Таким чином, із збільшенням безперервного стажу роботи на одному підприємстві та віку працівника, підвищується його заробітна плата. Завдяки цій системі японські компанії досягають закріплення персоналу на своїх підприємствах.

Разом з тим система щорічних оплачуваних відпусток у її звичайному значенні в Японії не використовується. Відповідно до закону про трудові стандарти термін оплачуваної відпустки за відпрацьований час на підприємстві протягом року повинен становити не менше 6 днів. При безперервному стажі більше двох років передбачено збільшення відпустки на один день за кожний рік роботи. Одночасно закон допускає обмеження оплачуваної відпустки терміном 20 днів. Усі японські підприємства закриваються на декілька днів у січні і в період сильної спеки в середині серпня. На цей час і припадає відпустка. Пенсійний вік в Японії — 55 років.

Щодо системи переконань: наприклад, за вбивство (ст. 199 КК) передбачена смертна кара, довічне позбавлення волі, позбавлення волі з примусовою працею на строк до трьох років. Незважаючи на свій солідний вік, японський кримінальний кодекс достатньо модернізований, що дозволяє застосовувати сучасні засоби соціального захисту та індивідуалізувати ставлення до правопорушників. Крім зазначених видів покарань, у японському кримінальному кодексі існують також: штраф, що становить 40 тис. ієн та більше; позбавлення волі без примусової праці; кримінальний арешт (утримання в арештному домі від 1 до 30 днів); малий штраф (від 20 до 40 тис. ієн); конфіскація майна застосовується як додаткове покарання; смертна кара застосовується як єдина міра покарання за діяння, що спричинили зовнішньополітичні ускладнення. Як альтернативна міра покарання смертна кара застосовується за внутрішні повстання, підпал житлової споруди, вибух, затоплення, залізничну катастрофу, вбивство, розбійний напад, що спричинив настання смерті. Водночас як альтернативне покарання смертна кара також передбачена спеціальними законами за порушення правил використання вибухових речовин, насильницьке захоплення літака з людськими жертвами, за вбивство заручника. Як правило, позбавлення волі може бути пожиттєвим або строковим (від 1 місяця до 20 років).

Таким чином, з кінця XIX ст. японське право перелаштовується на європейський взірць. Слід звернути увагу на те, що пріоритет отримала ро-

mano-германська система права, доповнена та пристосована до національних особливостей країни. При цьому в сучасному житті Японії релігійність проявляється головним чином у дотриманні традиційних обрядів, особливо домашніх. Зокрема, публічні релігійні церемонії приваблюють багатьох, але частково лише як розважальне та цікаве дійство.

Підсумовуючи розгляд цього питання, необхідно наголосити на тому, що становлення сучасної правової системи Японії відбувалося головним чином в умовах розвитку капіталізму, і як власне японське право воно було сформульоване після Першої світової війни. При цьому значний вплив на нього справили юридичний досвід і матеріали західноєвропейських держав, а також право США.

Також можна зазначити, що в сучасних умовах правову систему Японії характеризують розвинене законодавство, кваліфіковані кадри юристів та висока правова культура населення. Відповідно до чинної Конституції (1946 р.) єдиним законодавчим органом держави є парламент, вся повнота судової влади належить Верховному суду і судам нижчих інстанцій, чії рішення засновані на законі. Громадянам Японії гарантовані основні права і свободи, що прийняті міжнародною спільнотою.

Тоді як правова система сучасного Китаю являє собою складне поєднання двох протилежних історично обумовлених концепцій (конфуціанства, що закликає будувати стосунки людей на началах добродетності й моралі та ініціює негативне ставлення до права і закону³⁹; і вчення легістів (законників), що обґрунтували ідею пріоритетної ролі закону, гарантованого примусовою силою держави), у правовій системі Японії важливу роль відіграє правосвідомість громадян, в основі якої — дбайливе ставлення до таких моральних категорій, як совість, зобов'язання, гідність, честь. При цьому почуття зобов'язання сприймаються як обов'язок перед певними людьми або колективами, що проявляються і в правових діях японців. Одночасно в договірних відношеннях, у правосвідомості японців присутні елементи, протилежні розумінню зобов'язання, що допускають можливість не здійснювати будь-яких «зайвих» дій щодо людей, з якими вони не перебувають в особистому контакті.

На відміну від Китаю, де на сучасному етапі діє правова система, що орієнтована на проведення соціально-економічних перетворень на підставі визнання різноманітних форм власності, зміцнення принципу законності та правопорядку, в правосвідомості японців, як і раніше, є сильною

³⁹ *Конфуцій*. Афоризми мудрости. Иллюстрированное энциклопедическое издание / Под ред. В. П. Бутромсева, В. В. Бутромсева, Н. В. Бутромсевой. — М.: Белый город, 2007. — С. 7 та ін.

ідея, що ставить «загальне благо» вище особистих інтересів. Крім того, вживаються заходи з удосконалення роботи судів, підвищення правової культури суспільства.

Отже, можна зробити висновок, що в цілому Японія наблизилася до ідеї, що превалювання права — необхідна умова здійснення справедливості, тобто до правової держави, і водночас там зберігається спосіб життя, що ігнорує норми права та віддає належне звичаям та традиціям. Тому право пропонує рішення на ті випадки, коли неможливо вирішити шляхом «узгодження волі» відповідно до звичаїв країни.

Таким чином, має місце дуалізм змісту японської правової системи: запозичення як із французької, німецької, так і з американської правових систем, а також внутрішнє протиріччя сучасного та майбутнього права Японії, збереження старих звичаїв, традицій.

Проблема прав людини подовжує залишатися серйозним питанням для всієї міжнародної спільноти, зокрема для Японії. На пленарному засіданні глав держав Генеральної Асамблеї ООН було прийнято юридичний документ, в якому проголошено, що одним з основних напрямів діяльності ООН є захист прав людини, а також підтримання миру. Тобто підтримання прав людини є важливим для міжнародної спільноти.

Японія бере активну участь у консультаціях стосовно заснування Ради з прав людини, оскільки вважає за потрібне посилити лідерську позицію ООН для того, щоб вона могла ефективніше протистояти порушенням прав людини. Тобто потрібен механізм, засобами якого закон забезпечував би захист прав людини, а також мир та безпеку всіх народів.

Японія вважає найважливішими три основні принципи:

- права людини повинні шануватися незалежно від культури, традицій, політичних та економічних систем та етапу розвитку кожної окремої країни. Захист прав людини є основним обов'язком будь-якої держави;

- права людини є універсально прийнятими, тому ситуація дотримання прав людини в будь-якій країні є об'єктом правомірної уваги з боку міжнародної спільноти і не може трактуватись як втручання у внутрішні справи держави;

- всі права людини включно зі свободами та соціальними правами є необхідними, тобто такими, що впливають один на одного та доповнюють один одного — тому необхідний збалансований захист та розвиток таких прав.

Перебуваючи на таких засадах, Японія у деяких випадках відіграє роль посередника між країнами та регіонами, які мають пропозиції щодо при-

йняття рішень на форумах з прав людини, захищає в Західній Європі права людини і вимагає їх покращення у тих галузях, де це необхідно.

З іншого боку, всі країни, з числа тих, що розвиваються, наполягають на тому, що потрібно застосовувати розвиток демократичних цінностей та прав людини відповідно до особливостей кожної країни. Таким чином, ще не досягнуто спільної думки між країнами щодо вирішення проблем, пов'язаних із захистом прав людини, і на форумах ООН з прав людини можна спостерігати значні розбіжності між поглядами та системами цінностей різних країн.

Японія вважає, що підхід до вирішення проблем, пов'язаних із захистом прав людини, повинен базуватися не на однобічній критиці та нав'язуванні стандартів, а на поступовому, нехай і повільному, але впевненому просуванні кожної країни до міжнародних стандартів з урахуванням їх культури, традицій, політичного та економічного сектору тощо. Крім того, Японія намагається робити все для того, щоб жодна держава не залишалася сам на сам зі своїми проблемами у сфері прав людини, а як член міжнародних відносин мала можливість отримувати технічну та комунікаційну допомогу.

Як один із заходів нового підходу японського уряду до вирішення проблем прав людини було вперше призначено Посла з прав людини. Таке призначення стало результатом усвідомлення важливості прав людини не лише як одного з основних предметів діяльності ООН, а й як основного завдання для сьогоденної японської дипломатії взагалі.

Необхідно зупинитися на ще одному з аспектів прав людини — на гендерному питанні.

Японія відповідно до Конвенції про усунення всіх форм дискримінації жінок розпочала конкретні дії щодо підвищення статусу жінок.

Якщо говорити про інститути, що займаються вирішенням гендерних питань, то треба зазначити, що при Кабінеті Міністрів Японії було засновано Раду із забезпечення гендерної рівності. Секретар Кабінету Міністрів є Міністром гендерної рівності, який зацікавив представників уряду та незалежних експертів проведенням широкомасштабних консультацій з гендерних питань. Рада відіграє провідну роль у вирішенні гендерних питань Японії і має функцію контролю за станом виконання урядом програм, а також розроблення досліджень, оцінки результатів таких програм.

Крім того, при Кабінеті Міністрів було також засновано Бюро з питань гендерної рівності, яке розробляє чіткі програми для впровадження гендерної політики виконавчою гілкою влади.

В Японії з метою всеохоплюючого та планового просування гендерного балансу, а також забезпечення таких програм на рівні держави, місцевих

органів самоврядування та простих громадян було прийнято основний Закон про гендерну рівність. Цей закон визначає п'ять основних принципів дотримання прав жінок і чоловіків, забезпечення функціонування відповідної суспільної системи, рівного доступу жінок і чоловіків до формування державної політики, рівноправності в усіх сферах суспільної діяльності, формування суспільства гендерної рівності.

Відповідально до цього закону в усіх адміністративних одиницях Японії розроблено основні програми виконання гендерних програм.

Крім того, було прийнято програму, яка ставить за мету більш активну участь жінок у суспільному та політичному житті. Головною метою цієї Програми є збільшення частки керівних посад, що обіймають жінки, до 30 %. А також серйозною проблемою для Японії є невелика кількість жінок — представників парламенту. Японія повинна над цим працювати.

В Японії також розроблено програму із забезпечення рівноправності чоловіків та жінок при наймі на роботу. Також висувається закон державного регулювання допомоги у вихованні дітей, тобто участі чоловіків у вихованні дітей.

Останнім часом в Японії активно підходять до боротьби із проблемою насильства в сім'ї. У зв'язку з цим було прийнято Закон про відповідальність у випадках сімейного насильства.

Крім того, нещодавно, в тому числі і в Японії, дуже важливою стала проблема торгівлі дітьми. Тому було прийнято план дій, який забезпечує програму боротьби із торгівлею дітьми, а також передбачає заходи допомоги тим, хто постраждав від таких дій.

Японія активно почала відпрацьовувати програму офіційної допомоги розвитку — це жіноча освіта, охорона здоров'я, забезпечення рівноправної участі в політичному та суспільному житті країни.

Без сумніву, Японія — це унікальна країна. Менш як за одне століття вона пройшла шлях від слабо розвиненої феодальної до демократичної держави. В результаті, сьогодні Японія — високорозвинена держава, в якій європейські правові норми ефективно поєднуються з національними традиціями та особливостями.

5.3. Звичаєво-общинний (африканський) різновид правової системи

Африканська правова система була сформована на основі племінних традицій та звичаїв, права європейських метрополій та сучасних правових новел. В Африці ніколи не існувало писаного права, юридичних трактатів тощо. Звичай був і залишається головним джерелом права.

Під терміном «африканське звичаєве право», як правило, мають на увазі традиційний тип права, який існував у африканських народів до їх колонізації. Таке право являло собою сукупність неписаних правил, які передавалися усно з покоління у покоління. У традиційному праві не було чіткого розмежування норм права і моралі, тому при вирішенні соціальних конфліктів надавали перевагу процедурам примирення.

Африканське звичаєве право є правом соціальних груп і спільнот, а не правом індивідів. Наприклад, це проявляється у сімейному праві, в якому шлюбний договір є скоріше угодою двох сімей, ніж союз двох індивідів, а розлучення можливе лише з дозволу обох сімей. Право власності на землю належить соціальній групі⁶⁰.

Африканський звичай заснований на ідеї єдності природного та надприродного. Тому статичне світорозуміння африканців не знає ідеї прогресу та негативно ставиться до будь-якої дії, інституту, в результаті якого змінюється ситуація, що склалася⁶¹.

З даного контексту випливає, що наголос зроблено не на суб'єктивних правах, а на зобов'язаннях, які, в свою чергу, не були поділені на юридичні та моральні. Отже, слід вважати, що звичаєве право не знає ані поділу, ані структури.

В епоху розпаду первісно-звичаєвих відносин носії влади, що відрізнялися від рядових общинників, потребували використання нормативних положень для свого затвердження. Тому у зв'язку з посиленням поляризації між членами племені змінювався соціальний зміст і характер традиційних норм; під традиційною формою в них все більшого значення набував новий «соціальний підтекст». Інакше кажучи, правові норми виражали вже інтереси не всього колективу, а тільки окремих осіб — носіїв його прав.

Серед елементів традиційного права, перш за все, виявляється тісний зв'язок, злиття людського та божественного, права та релігії. У такій дихотомії стає можливою єдина аналогія із західною юридичною традицією, а саме із будовою католицької церкви, що заснована на канонічному праві.

⁶⁰ Савчин М. В. Порівняльне правознавство. Загальна частина: Навч. посібник. — К.: Центр навч. літ-ри, 2005. — С. 226.

⁶¹ Давид Р., Жоффре-Стинози К. Вказ. праця. — С. 379.

Таке положення є відображенням філософських концепцій традиційних африканських суспільств, а також безлічі інших, згідно з якими (на відміну від культурної традиції греко-римського походження) природний світ та разом з ним людина та небесний світ створюють єдину та неподільну реальність⁶².

В Африці важко виділити суспільний тип в «чистому» вигляді: всюди зберігаються докласові пережиткові інститути у становленні вторинних формацій; тому природно, що в стадійних типах правових систем міститься значне різноманіття конкретних форм.

Враховуючи ці обставини, слід визнати, що звичаї містять норми, які не мають матеріальних елементів. Відповідно, завданням є примирення зацікавлених осіб, а не встановлення прав.

Важко встановити, якою мірою звичай, про який зазначено в усній формі, відповідає звичаю, що діє та застосовується судами. Оскільки той, хто розповідає, часто спотворює зміст звичаю з різних причин⁶³.

Безписемна культура відає перевагу досить розвиненій та направленій в глибину сторіч історичній пам'яті, що зберігає та інтерпретує значні події, які відбуваються всередині роду та племені, в тому числі й ті, що мають правовий характер⁶⁴.

Особливістю тлумачення звичаєвого права є те, що «в ідеальному варіанті людина не є єдиною істотою, яка здатна конкретизувати право за допомогою будь-якої санкції: посередництво духів є доповненням до посередництва людей. Духи предків є стражами міфу та звичаїв і здатні безпосередньо втручатися у справу та накликати на винуватого хворобу або смерть. Людина може попросити їх про це шляхом прокляття свого ворога, що призведе до такого ж результату. Це пояснюється особливим значенням, яке в деяких суспільствах надається прокляттям, вираженим у вигляді ритуальних формул і жестів»⁶⁵.

У період колонізації європейські держави — метрополії не лише створили нове право в галузях, у яких ніколи не застосовувався звичай, а й виключили застосування звичаєвого права в тих галузях, де воно існувало, але де його норми виявилися не придатними для європейців. Найбільша зміна, що відбулася у звичаєвому праві, мала своїм результатом підвище-

⁶² Пирцио-Бироли Д. Культурная антропология тропической Африки. — М.: Восточная литература, 2001. — С. 90.

⁶³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Вказ. праця. — С. 380.

⁶⁴ Поляков А. В. Общая теория права: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. — СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского ун-та, 2004. — С. 510.

⁶⁵ Рулан Н. Юридическая антропология. — М.: Норма, 1999. — С. 59–60.

ний вплив нової концепції соціального устрою — суворого та формального, що відмовився від традиційного способу вирішення спорів, який є несприятливим для африканців.

Сучасні правові системи країн Африки можуть з успіхом сприйняти деякі елементи, що походять від традиційного звичаєвого права. Однак вони не можуть відмовитися від того, що становить сутність цього права.

Для системи звичаєвого права, до якої належить і африканське право, наявність державного визнання є не обов'язковою. Багато традиційних африканських спільнот не знали державності у сучасному розумінні, і їх політичний розвиток не пішов далі складних вождівств (європейці, які почали у XVI ст. колонізувати Африку, зітнулися не з державами, а з вождівствами, що називалися королівствами; вони потім були залучені до складу колоніальних володінь, які зберегли традиційних правителів до наших днів). Крім того, саме право у народів Африки розглядається досить багатозначно. Наприклад, Г. Мальцев надає такий перелік визначень:

- звичай, традиційне звернення, манера, звичка, внутрішня пристрасть або технічна форма ремесла;
 - спеціально встановлені правила та вказівки племінних або родових рад;
 - рішення племінних або родових рад, що діють як суди з розгляду приватних спорів;
 - вказівки осіб, наділених владою, своїм підлеглим;
 - традиційні норми та інститути, що визнаються багатьма племенами — (закони племен або націй);
 - загальні ідеї справедливості, правди та чесності, рівності та істинності, які повинні бути відомі вождям та суддям, що називаються «законами людства або бога»;
 - певні моральні посилки відносно пристойних стосунків між людьми;
 - закони людської природи («закони бога»), що мають моральне значення і порушуються не лише аморальними діями, а й думкою про них.
- Г. Мальцев справедливо підкреслює, що «така багатозначність певною мірою пояснюється специфікою зв'язку та спільного функціонування всіх нормативно-регулятивних систем, внаслідок чого зміст, що вкладений у поняття права сучасним суспільством, ніколи не може стати політично або морально нейтральним, скільки б цього не потребували юридичний позитивізм та прибічники «чистого» розуміння права»⁶⁶.

⁶⁶ Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсисянца. — М.: Норма, 1999. — С. 107.

Враховуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що звичаєво-общинна група правових систем — це сукупність правових систем, які сформувалися на основі норм-звичаїв, що склалися природним шляхом, а також правових норм, запозичених від колоніальних держав. Цю групу становлять правові системи країн Африки і Мадагаскару (Малагасійська Республіка).

Необхідно наголосити на тому, що своєрідність звичаєво-общинної групи правових систем Африканського континенту полягає у тому, що звичаєве право:

- визнається більшістю населення як регулятор суспільних відносин, особливо за межами міст. Можна стверджувати, що звичай в Африці є провідним джерелом права, оскільки він встановлює правила організації суспільства як у політичній, так і в економічній галузях, крім того, регулює сімейні відносини, правила обміну, норми кримінального права і процесу. Вважається, що гармонія у суспільстві, підтримувана з його допомогою, потрібніша, ніж повага до закону. Значення звичаю не втрачене і тепер, хоча сфера його дії звуужена;

- діє в межах общини, відображає схильність до спільності, прагнення забезпечити єдність, згуртованість соціальної групи (триби, роду, села). Отже, общинні зв'язки переважають над індивідуальними;

- являє собою поєднання моральних, релігійних і правових норм, а також ритуалів, які відображають шанування предків, зв'язок з навколишньою природою, «духами» та іншими надприродними силами. Непокора звичаю означає неповагу до предків і може спричинити гнів землі, тому що, відповідно до африканської общинної (племінної) міфології, останки предків злилися із землею, а дух витає над живими;

- не є єдиним для всіх общин. Норми звичаїв — численні. Різноманіття звичаїв, розрізненість, значний вплив міфології, відсутність письмової форми викладу не дозволяють ефективно використовувати їх для створення африканських національних правових систем на зразок європейських.

С. Алексєєв відносить звичаєве право Африки до релігійно-общинної юридичної системи. Він пише, що «вони існують в традиційно достойному вигляді, перебуваючи в стані, що регулюється формами — релігійними, звичаєво-общинними та іншими».

Відповідно до цього правові системи мають вигляд нормативно догматизованих, традиційних; у масовій правовій свідомості проявляються як такі, де основною регулятивною силою є релігійне вчення (догма віри, непогрішність традицій).

Своєрідність африканських доколоніальних соціальних структур та замало інформації про них створили в європейських та американських учених стереотип суспільства, що не мало в минулому державності та права. Однак останніми роками деякі африканісти стали відносити такі соціальні структури до державних утворень, що знаходяться на перехідному рівні (до державності), таким чином «підносячи» рівень розвитку суспільних інститутів деяких африканських народів.

Так, бельгійський історик і етнограф Ж. Маке вважає, що в доколоніальну епоху традиційна влада в Африці була заснована на примусі та економічній експлуатації (включаючи податки та побори) і що, таким чином, вона мала державний характер. Політичні утворення мали, незважаючи на їх скромні територіальні розміри, постійний апарат примусу і тому були саме державами.

Дійсно, прослідкувати виникнення держави і становлення ранніх правових систем в Африці — завдання нелегке. Більшість традиційних утворень державами ще не були, і, відповідно, прийняті в них звичаї не утворили права.

Соціальне життя у цих державах регулювало право. Тип права і його класовий характер не лише є показниками рівня розвитку цих держав на певній стадії, а й несуть інформацію про конкретні види ранньокласових суспільств і форми експлуатації в них.

Більшість африканських держав належали до передфеодального типу. І хоча право в них за формою залишалось звичаєвим, зміст його вже було пофарбовано у «феодальний» колір. Інакше кажучи, поряд з основним правовим пластом, представленим стародавніми звичаями та традиціями первісної рівності, складалися норми, в яких закріплювалися привілеї правлячих прошарків і формувалося прошаркове право.

Традиційне право не містить поняття «суб'єктивне право». Особистість у такій системі підпорядкована колективу, оскільки саме він виступає як носій прав і обов'язків. Це найбільш яскраво проявляється, наприклад, в особливостях спадкування.

Режими спадкування відображають ступінь інтеграції індивідуумів у групи, мета якої — привести права у відповідність з положенням, яке посідає індивід у сімейній групі⁶⁷.

У деяких народів шлюб як у минулі часи, так і нині не припиняється у зв'язку зі смертю одного із подружжя. Жінка належала сім'ї чоловіка, і після його смерті спадкувалася одним із його родичів на підставі левиратного

⁶⁷ Черников А. Э. Введение в сравнительное правоведение: Учеб. пособие. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2004. — С. 176.

шлюбу. У багатьох народів був поширений також сорорат: коли чоловік після смерті дружини (нареченої) брав шлюб з її сестрою або іншою родичкою.

Після смерті чоловіка майно, що було ним придбано, залишалося в сім'ї і ставало загальним фондом під сімейним контролем або розподілялося між його спадкоємцями. Часто вибір спадкоємців був прерогативою сім'ї, і залежно від прийнятих систем спорідненості та чинних правових норм, спадкоємцями визнавалися автоматично або обиралися сім'єю різні категорії родичів. Крім того, сімейна рада визначала спадкові частки кожного.

Зважаючи на те, що окрема особа не визнавалась абсолютним власником, варто зазначити, що в традиційному праві не був поширений інститут заповіту. Оскільки положення глав сімей у процесі розподілу майна належало затвердженню сімейною радою і не повинно було розходитися з існуючими правилами, тому будь-які переміщення майна базувалися на головному принципі — власність повинна була зберігатися в сім'ї і не могла заповідатися або як передсмертний дар переходити стороннім особам.

Ця коротка загальна характеристика звичаєвого права, зрозуміло, досить умовна. Деякі правові системи будувалися на інших принципах; особливо це стосується питань володіння та власності. Але водночас така характеристика в цілому притаманна багатьом раннім державам.

Основні матеріали щодо звичаєвого права Африки умовно можна поділити на декілька груп:

1. Кодекси, постанови місцевих органів влади та розпорядження вождів — це нормативні документи, що засновані на місцевих звичаях.
2. Судові рішення, зокрема, прецедентне загальне право.
3. Колоніальні закони, які враховували або інтегрували звичаєво-правові положення.
4. Конституції та законодавчі акти незалежних держав Африки, що враховують або інтегрують звичаєво-правові положення. Ведення норм звичаєвого права африканських держав (видання, починаючи з 1963 р., що в англійських країнах Африки називаються «деклараціями»).
5. Роботи етнографів і соціологів, що були засновані на польовому матеріалі; роботи юристів; звіти судових комісарів і колоніальних чиновників, які містять чимало важливих відомостей.
6. Матеріали міжнародних конференцій, семінарів і колоквиумів, присвячених вивченню звичаєвого права.
7. Додаткові відомості: записки мандрівників (арабських та європейських) і місіонерів; фольклор і художня література.

Можна стверджувати, що перші чотири групи можуть бути названі нормативними джерелами. Іншими словами, це — звичаї, що виступають як чинне право, за винятком створених етнографами доктринальних кодифікацій, що мають квазіофіційний довідковий характер. Три останні групи — це джерела чисто доктринального плану. Однак нерідко вони взаємопов'язані з нормативними джерелами.

Це і є передісторія застиглого в часі права системи соціального регулювання, яке в силу своїх особливих економічних, політичних, духовно-правових умов отримують однобічний, негармонійний розвиток з відомим пріоритетом таких регулюючих форм, як релігія, традиції, звичаї тощо.

У деяких африканських державах було поставлене завдання письмової фіксації систем звичаєвого права в їх максимально повному обсязі. Незважаючи на те, що створення зводів, систематизацій, кодексів, які інтегруються в правову систему, продиктовано, перш за все, практичними потребами правосуддя, разом з тим ці документи мали винятково важливе наукове значення. У першу чергу запис норм звичаєвого права відкриває можливість порівняти їх з попередніми описами африканських суспільств етнографами та простежити таким чином зміни, що відбулися.

План загальної систематизації звичаєвого права в Африці почав розроблятися Міжнародною асоціацією африканського права. Тоді був підготовлений «Проект систематизації норм африканського права». На його підставі в деяких країнах здійснюється інтеграція звичаєвого права в загальну систему законодавства. В цьому проекті взяли участь африканські наукові установи, деякі національні правознавці та політичні діячі.

Зокрема, проект здійснюється в колишніх англійських володіннях: Танзанії, Кенії, Малавії, Замбії, Ботсвані, Свазіленді. Крім того, в багатьох країнах, що формально до нього не приєдналися, проводиться аналогічна робота (Сьєрра-Леоне, Гана, Нігерія, частково Камерун та ін.).

Тут важливо підкреслити, що метою проекту є систематичне вивчення звичаєвого права та створення зводів правових норм і кодексів, в яких традиційні норми вперше отримують викладення за єдиним принципом та з найбільш точними формулюваннями. У свою чергу, до зведення звичаєвого права включаються наявні положення, що були переглянуті правовими комісіями. Проект обмежений питаннями, що стосуються прав осіб, статусу великої та малої сім'ї, шлюбу та розлучення, частково власності (в тому числі і на землю), спадкування, заповіту, прижиттєвого розподілу майна, опікунства.

Кодекси створюються під керівництвом європейських юристів. Це обумовлено специфічністю африканських правових інститутів, що стосуються лише подібних явищ (оренди, патронажу, адюльтеру тощо).

Як правило, зводи створюються або в масштабах усієї держави, або за етнічними групами, відповідно до політичного курсу уряду та етнічної ситуації в країні.

Можна стверджувати, що процес створення релігійних міфів та вірувань відбувався з найдавніших часів. Отже, система легітимних (чинних) норм-звичаїв створювалася як право груп (общин), а не індивідів.

Справедливим вважалося те, що забезпечувало згуртованість общин, відновлювало злагоду в ній. Очевидно слід вважати, що досягнення згоди було важливим ще й тому, що був відсутній дієвий механізм виконання рішень у справах усунення конфліктів.

Общинно-груповий характер обов'язків і відповідальності став однією з головних причин нерозвиненості права, юридичних професій, юридичної науки, юридичних установ.

Отже, можна визначити принципів відмінності норм звичаєвого африканського права від європейського:

- норми-звичаї не диференційовані на права й обов'язки;
- акцент у звичаях зроблено на моральних, а не юридичних обов'язках;
- суб'єктивні права поглинені правом общини. Р. Давід об'єднує ці особливості звичаєвого права Африки під назвою «африканська концепція соціального порядку»⁶⁸.

Населення Африки протягом багатьох століть існувало за нормами звичаю. Кожен вважав себе зобов'язаним жити так, як жили його предки. Тому найчастіше було достатньо страху перед надприродними силами, щоб змусити поважати традиційний спосіб життя. Кожна громада мала свої власні традиції, але відмінність між звичаями одного району чи однієї етнічної групи були незначними. Разом з тим були значні розходження в інших сферах життя племен: деякі народності мали монархічний режим, інші — демократичний; в одних панував матриархат, в інших — патріархат.

Африканська правова сім'я охоплює правові процеси на величезному континенті. Як правило, історичні племена і народності цього континенту керувалися такими «вічними» джерелами регулювання життя як прихильність спільності людей (роду, племені, родини) і шанування предків. Нерозмежованість — соціальна і психологічна — обумовила акцент на обо-

⁶⁸ Давид Р. Вказ. праця. — С. 480.

в'язках людей, причому скоріше моральних, ніж юридичних. Водночас суб'єктивні права залишалися невідомими африканському мисленню. А звідси — нерозвиненість аж до ХХ ст. юридичної науки, юридичних професій та установ.

До колонізації країн Африки звичаї зазнали впливу християнства, мусульманства, але він не був всепоглинаючим, тому що ані християни, ані мусульмани не зміцнили панування своєї релігії, норми-звичаї продовжували діяти, навіть, незважаючи на те, що вони суперечили новій вірі. Однак вплив християнства та ісламу зберігся й дотепер, і позначився на характері формування правових систем⁶⁹.

Ефіопія стала християнською країною на початку IV ст., а інші країни Африки і Мадагаскару — у XIX ст. Серед жителів Африки 30 % — християни. Початок поширення ісламу в Африці припадає на XI ст. Регіони його впливу — країни Західної Африки, лише пізніше (XIV–XV ст.) він охопив Сомалі та береги Індійського океану. Таким чином, 35 % населення екваторіальної Африки — це мусульмани⁷⁰. Ані християнство, ані іслам не одержали повної перемоги, але обидві ці релігії мали значний вплив на населення більшої частини Африки.

У зв'язку з християнізацією та ісламізацією звичаї (навіть якщо їх і продовжували додержуватися) втратили в очах населення колишній нерозривний зв'язок з надприродними силами. Люди продовжували жити так само, як і раніше; у них не було достатньо мужності для перебудови, але відтепер вони розуміли, що живуть не за законами бога, але й не за «правом» теж.

Звичаї зберегли своє фактичне соціальне значення, але їх авторитет був зруйнований шойно поширилась ідея нового соціального і морального порядку, яка відрізнялася від звичаїв. Враховуючи всі особливості, можна провести відому аналогію між положенням, що склалося, та ситуацією у Європі, коли почалася рецепція римського права. Там продовжували своє існування регіональні та місцеві звичаї, але під правом розуміли вже дещо інше. Ідея права проклала собі шлях в Африці, так само як і в Європі; християнізація та ісламізація позбавили звичаї їх надприродних і магічних сил, відкрили шлях до їх занепаду.

Наслідком християнізації та ісламізації звичаєвого права Африки і Мадагаскару стала втрата віри в надприродне, магічне існування норм-звичаїв як створених світопорядком. Звичай став сприйматися лише тоді, коли він освячувався релігією. Це було першим кроком на шляху посту-

⁶⁹ Кащенко С. Г. Всеобщая история государства и права новейшего времени: Учеб. пособие. — Симферополь: ДОЛЯ, 2006. — С. 458–460.

⁷⁰ Давид Р., Жоффре-Стилли К. Вказ. праця. — С. 381.

пової втрати стародавніх звичаїв та їх авторитету. Разом з тим відбувалося обмеження сфери їх впливу.

Другий крок у процесі витиснення звичаєвого права припадає на період колонізації африканських держав (XIX ст. — 50–60-ті рр. XX ст.). У цей час відбувається запозичення норм і судової системи європейського права, а саме — англійського, бельгійського, португальського, французького. Так, французьке право введене у французьких колоніях Африки та на Мадагаскарі; бельгійське — у Конго; португальське — в Анголі і Мазамбіку; загальне англійське право — в англійських колоніях; романо-германське, а пізніше й англійське загальне право — у Південній Африці. Без правових норм колонізатори не могли створити необхідну систему виробничих відносин, яка б забезпечувала добування сировини, збут продукції тощо. Звичаєве право не могло створити необхідної правової бази, тому право запозичувалося з Заходу. Це стосується насамперед торговельного, акціонерного, патентного, морського, трудового права. Стали застосовуватися іноземні кодекси — французький Кримінальний кодекс (із 1946 р. у французькій Західній Африці та на Мадагаскарі), англійський Кримінальний і Кримінально-процесуальні кодекси (в англійській Західній Африці).

Конституція Франції 1946 р. проголосила, що туземці зберігають свій особистий статус в тому разі, якщо вони від нього не відмовляються; французька тенденція ясно виражена в цьому застереженні.

Не багато чим відрізнялося положення в Бельгійському Конго, з тією лише різницею, що принцип поваги до туземних звичаїв був у цій країні затверджений раніше: у зв'язку зі створенням незалежної держави Конго в 1885 р. та колоніальною хартією від 18 жовтня 1908 р. У Бельгійському Конго, як і у французьких володіннях, асиміляція розглядалася як завершення цивілізаторських дій, і метрополія безпосередньо брала в свої руки управління країною.

Англійці здійснювали політику непрямого правління; у цілому вони менше прагнули до переваги своєї концепції на підвладних територіях.

Протилежність цих двох політик у галузі публічного права є очевидною. Формула колонії, що безпосередньо управлялася метрополією, була прийнята в латинських країнах; англійці ж більш охоче схилилася до формули простого протекторату.

Незважаючи на відмінний порядок управління, практика була деякою мірою однаковою. Щоб переконатися в цьому, достатньо лише подивитися на досягнені результати. Країни, що входили до Британської імперії, вважають себе саме країнами загального права, а країни, що входили до

Французької імперії — старе Бельгійське Конго, Руанда і Бурунді, — приликають до системи романо-германського права.

У цьому випадку мав місце подвійний розвиток. З одного боку, відбулася рецепція сучасного права у тих сферах, де особливо відчувалися перехід до нової цивілізації, і традиційні звичаї було важко застосувати; з іншого — можна зазначити перетворення звичаєвого права навіть там, де воно давало повну регламентацію. Це відбувалося або тому, що держава-колонізатор не розглядала його як достатньо цивілізоване, або тому, що звичаєве право було змушене пристосовуватися до змін в інших галузях.

При проведенні колоніальної політики саме Англія особливо широко використовувала правові форми. Вона створювала колоніальну імперію в Африці через поширення там дії своєї юрисдикції. Так, у кожній окремій колонії функціонувала система колоніальних судів, якій були властиві власні відмінні риси. Проте, в цілому, вона мала однакову структуру для всієї британської Африки. Нижчою судовою інстанцією були традиційні місцеві суди, збережені англійцями відповідно до політики «непрямого управління», яку вони здійснювали. А вищою інстанцією були суди магістратів, тобто власне англійські суди, створені для застосування в колоніях англійського права. Верховні суди також формувалися англійськими суддями, увійшовши до загальної системи колоніальних судів, традиційні суди стали територіальними, тобто існували в межах адміністративно-територіальних одиниць. Це суперечило характеру застосовуваних ними звичаєво-правових норм, тобто норм общин, а не території. Разом з тим обмежувалося і застосування у судах норм звичаєвого права. У свою чергу, норми, що суперечили «справедливості і моралі» загального права, взагалі відкидалися.

Майже по всій Африці існувало два типи правосуддя: традиційне та державне. Такий дуалізм мав би гарантувати дотримання традиційного права, хоча він став однією з передумов акультурації. Традиційні судові органи застосовували лише традиційне право, державні ж суди висловлювали свою думку, користуючись як сучасним правом, так і традиційним (коли одна із сторін мала сучасний статус, а інша — традиційний або коли обидві сторони, що мали традиційний статус, намагалися здійснити свій вибір на користь державного суду)⁷¹.

Значних змін зазнало регулювання земельних відносин звичаєвим правом. За аналогією з судами в Англії земельні ділянки розглядалися суддями як власність. Общинна земля підлягала конфіскації та продавалася

⁷¹ Рулан Н. Вказ. праця. — С. 197–198.

на виконання рішення за сплату боргів окремим особам. У результаті цього відчужувана земля ставала приватною власністю.

У витисненні звичаєвого права значну роль відіграли традиційні місцеві суди, на відміну від верховних судів і судів магістратів. Саме місцеві суди були зобов'язані здійснювати правосуддя на основі норм звичаєвого права. Як правило, верховні суди і суди магістратів керувалися звичаєвим правом у цивільних і кримінальних справах лише тоді, коли їх сторонами були тубільці.

Враховуючи ці обставини, слід визнати, що колоніальні суди змінили звичаєве африканське право в напрямі оформлення дуалістичної системи права: по-перше, це право, введене метрополіями; по-друге — звичаєве право.

Іноземне право охоплювало адміністративно-правові, торговельні та кримінально-правові відносини, таким чином, у сфері дії звичаєвого права залишалися землеволодіння, сімейні і спадкові відносини (поділ власності, деякі цивільні зобов'язання). У французькій Африці та на Мадагаскарі норми звичаєвого права були зведені до регулювання сфер сімейних відносин, земельного режиму та зобов'язальних відносин. У Бельгійському Конго звичаєве право збереглося у галузі регулювання кримінально-правових відносин.

Важливість чинних норм звичаєвого права пояснюється:

- істотними відмінностями у способі життя, мові, культурі, расовій належності народів, які населяють ці країни;
- різним ступенем сприйняття звичаєвим місцевим правом елементів мусульманського права і права колоніальних держав.

Впровадження права метрополії в країнах Африки здійснювалося спеціальними декретами та законами колоніальної країни і застосовувалося тією мірою, якою було в них визначено. У такий спосіб місцевий законодавець міг вносити зміни до запозиченого права. Суди також мали право відкидати традиційну норму, яка, на їх думку, не підходила до місцевих умов. Таким чином, з'явилися різні норми у межах однієї держави, не зважаючи вже на їх відмінність у різних країнах Африканського континенту.

У кодексі звичаєвого права Танзанії під назвою «декларації» були уніфіковані правові норми різних народностей. Наприклад, у країні одночасно діють кодекс мусульманського права (для населення, що сповідує іслам) та норми звичаєвого права для невеликої групи народів.

Деякі кодекси відповідали як державним, так і етнічним, культурним межам (зокрема кодекс Свазіленду).

У Габоні на підставі закону про застосування звичаєвого права Ботсвани було опубліковано зведення звичаєвого права народності кгатла (в наш час ці норми застосовуються майже на всій території країни). Отже, поряд з правом спадкування майна та «домашніми стосунками», під якими розуміється сімейне право, у систематизації містяться також положення про землю та національні природні ресурси. Однак це не має сили закону та носить лише довідковий характер.

Аналогічна робота була здійснена щодо встановлення чинних норм звичаєвого права, їх точного формулювання та систематизації в камерунській народності Балі, що належить до мало вивченої групи народів Центрального Судану. Результатом цього є створення кодексу під назвою «Матримоніальне право Балі Західного Камеруну». Кодекс має силу закону і застосовується судами.

На території Західного Камеруну існувало декілька невеликих держав, в тому числі держава Бамум (султан якої наприкінці XIX ст. намагався зробити запис правових норм). По сусідству з ним склалося князівство Балі. Так, у результаті колоніального розділу територія Камеруну була захоплена Німеччиною, а з втратою нею колонії після Першої світової війни Балі у складі Західного Камеруну приєднали до британських володінь. Тому населення Балі опинилося під юрисдикцією не лише місцевого звичаєвого, але й англійського загального права. Оскільки східна частина Камеруну відійшла до Франції, то потрапила до зони дії французького цивільного кодексу. Отже, після об'єднання країни кожна територія зберегла разом з традиційними правовими системами також і право, що було внесене метрополіями.

Для офіційного встановлення та запису правових норм Балі вивчалася практика судів, а також проводилося опитування інформаторів (місцевих знавців традиційних звичаїв). Робота зі створення кодексу почалася у 1969 р. Головною метою її було встановлення сучасного звичаєвого права, норми якого втілюються в життя судами. Однак консервативний склад комісії свідчить, що місцеві законодавці мали на меті розробити право скоріше з погляду на минуле, ніж на майбутнє.

«Матримоніальне право Балі» містить найбільш патріархальний комплекс норм, де зазначені пережитки пізніх родових відносин. Це джерело права регулює одну з важливих сторін у житті традиційного світу — це взяття шлюбу та пов'язані з ним відносини, де чоловік визнається головою сім'ї, є опікуном інших її членів, за яких несе часткову правову відповідальність.

Соціальна значущість шлюбу в Балі має багато аналогій зі шлюбними відносинами інших народів Африки, це стосується місця сім'ї в суспільній організації з точки зору етносоціальної психології.

Особливо важливо підкреслити, що різні шляхи орієнтації (капіталістичний і соціалістичний) після набуття незалежності африканськими країнами не могли не вплинути на формування їх правових систем. Як правило, одні формували їх на основі визнання права приватної власності, а інші її відкидали.

У період здобуття африканськими державами незалежності у середині ХХ ст. їх національні керівники спрямували зусилля на зближення давніх традицій, виражених у звичаях, із сучасними принципами, які необхідні країнам, що перебувають на шляху економічного та політичного розвитку. І хоча країни Африки запозичують західні ідеї, вони все ж таки залишаються прибічниками поглядів, у яких право розуміється зовсім інакше і не покликане виконувати ті ж функції, що в західних країнах.

Період колонізації Африки створив передумови для запозичення європейського законодавства, судової системи, але суттєво не змінив спосіб правової свідомості більшості сільського населення, яке продовжує орієнтуватися на попередню систему цінностей. Крім того, на сучасному етапі лідери незалежних африканських держав здійснюють систематизацію наявних звичаїв, включаючи їх до галузевих кодексів та інших нормативних актів, але при цьому нерідко ігноруються звичаї інших народностей, соціальних груп, що проживають у цих країнах.

Також труднощі виникають при створенні судових органів влади і формуванні судового процесу. Так, суд, що має (з точки зору європейської правової традиції) вирішувати спори між рівними і незалежними учасниками, є невластивим для цього клану, де кожен житель є частиною однієї соціальної групи, пов'язаний з іншими її представниками і де внутрішні конфлікти вирішуються не шляхом визнання права тієї чи іншої особи, а шляхом їх примирення⁷². Отже, можна зробити висновок, що сучасний стан правового розвитку Африки можна характеризувати як важкий перехідний період визначення шляху і засобів взаємодії двох правових культур: законодавчо-прецедентної європейської та звичаєво-правової африканської.

Сучасний етап розвитку африканської правової сім'ї, як і колись, характеризується «правовою багатозначністю», але більш чітко стала вияв-

⁷² Дмитрієв А. І., Шепель А. О. Порівняльне правознавство: Навч. посібник. / Відп. ред. В. Н. Денисов. — К.: Юстиціан, 2003. — С. 129.

лятися тенденція до оригінальних юридичних конструкцій і засобів правової регламентації. Сильніше позначається і вплив норм африканських міждержавних об'єднань (інститутів), а також загальних норм міжнародного права. Інакше кажучи, загальною тенденцією багатьох африканських країн є поступове формування загально-територіального права.

Правове закріплення традиційних етнічних відмінностей сприяє відокремленню малих народностей, зростанню націоналізму і кінець кінцем — політичній децентралізації. Конкретна дійсність стосовно спадку, що був залишений попередніми традиційними структурами, показує, що традиційні підвалини можуть ще довго зберігати своє значення, іноді в нових, несподіваних формах.

Звичаєве право в сучасній Африці зовсім не пережитковий інститут або прояв етнічної самобутності. Його роль не однакова, як і неоднакова політика їх урядів по відношенню до традиційних інститутів. У Танзанії, наприклад, у збереженні деяких звичаєво-правових норм вбачають шлях до побудови нових відносин на традиційній основі. Разом з тим реставрація традиційних норм як невід'ємної частини національної культури є однією з основних доктрин політики уряду президента Сенегалу.

Зокрема, африканські держави мають на меті орієнтацію права на майбутнє, для того щоб правові норми сприяли подоланню відставання в короткі терміни. У цих країнах право є одним із основних засобів формування сучасних форм соціально-економічних відносин, тобто нове право випереджає фактично існуючі відносини.

Є очевидним той факт, що африканські лідери не можуть не враховувати штучне випередження, волонтаризм у правовій політиці, що загрожує розриву між законодавством і правосвідомістю мас. Не випадково інтерес законодавців спрямований сьогодні на звичаєве право, і вони, використовуючи його інститути, намагаються зв'язати сталу традицію з новими нормами.

Народні традиції — в тому числі правові — сягають корінням у далеке минуле. Вони є частиною національної культури, і з цим сучасна держава повинна рахуватися. Нове право не виникає у вакуумі. Його формування передбачає досконале вивчення традиційних норм, їх часткову інтеграцію і поступову трансформацію⁷³. Тому в африканських країнах все частіше доходять висновку, що завоювати юридичну незалежність можливо лише африканізувавши право.

⁷³ Пархоменко Н. М. Звичай правовий // Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. — К.: Юрид. думка, 2007. — С. 299.

Існують також інші причини «реабілітації» правового звичаю. Визнання його одним із джерел права пов'язано сьогодні з деякими труднощами, зокрема неграмотністю населення.

Варто зазначити, що звичаєве право відіграє важливу роль у законодавстві ряду африканських держав. Зокрема, перша Конституція Гани (перша держава Тропічної Африки, що звільнилася від колоніальної залежності) визнала звичаєве право одним із джерел права. До змісту наступної Конституції (1969 р.) було включено його визначення, а саме: звичаєве право визначає норми права, які за звичаєм застосовуються в окремих общинах Гани. Порядок застосування звичаєвого права детально регламентував закон про суди. Наступний Декрет про суди визначив принципи застосування звичаєвого права, відокремив сфери дії загального права та звичаєвого, а також встановив категорії справ, де застосовується «персональне» звичаєве право сторін, тобто звичаєве право етнічних груп, до яких належать сторони.

У Конституції Сомалійської Демократичної Республіки зазначається, що в усіх справах, цивільних і кримінальних, в яких сторонами є сомалійці, суд повинен керуватися звичаєвим правом Сомалі.

Збереження традиційних інститутів передбачає і Конституція Замбії. На сучасному етапі в цій країні звичаєве право етнічних груп діє де-факто, в селищах вожді, як і раніше, чинять правосуддя на підставі звичаєвого права.

Одним із перших законодавчих актів Танзанії був ордонанс про судочинство та застосування права, який закріпив принципове визнання державою звичаєвого права, а саме: звичаєве право повинно застосовуватися, і суди повинні здійснювати юрисдикцію відповідно до нього в справах цивільного характеру. У 1983 р. Закон про магістратські суди закріпив детальну регламентацію застосування звичаєвого права на всіх рівнях єдиної судової системи Танзанії.

У Кенії застосування норм звичаєвого права при спадкуванні передбачав Закон про заповіти африканців, який було скасовано Законом про спадкування. Збереження традиційних положень у землеволодінні гарантувалося Законом про зареєстровані землі. Крім того, умови використання звичаєвого права судами регламентував Закон про судочинство Кенії та Закон про магістратські суди.

Принципи, що діяли у Кенії, були розроблені і вміщені у Законі про судочинство Уганди.

Застосування звичаєвого права отримало підтвердження законом і в Судані — країні, де превалюють норми мусульманського права. Його юрисдикція визначалася ордонансом про цивільну юстицію, а саме: коли в ци-

вільному суді виникає питання відносно спадкування, заповіту, дарування, шлюбу, сімейних відносин або статусу земель-вакфов, повинні застосовуватися такі норми: зокрема, будь-який звичай, що застосовується до зацікавлених сторін, не повинен суперечити правосуддю, справедливості та совісті, і не змінений або не скасований тим або іншим законом або ж рішенням компетентного суду.

У свою чергу, Закон про звичаєве право (застосування та уточнення), що був прийнятий в Ботсвані, містить важливі положення про вибір між системами права (загального або звичаєвого) у справах про опіку, правоздатність, спадкування, у випадках нанесення тілесних пошкоджень, у зв'язку зі смертю, при виникненні протиріч, що існують між різними системами звичаєвого права. Отже, цей закон особливо яскраво показує, що в своїй правотворчій діяльності кожна держава затверджує свою самобутність і національні особливості.

У Камеруні, Гані, Нігерії, Танзанії, Замбії, у Кот-д'Івуарі, у Беніні, Народній Республіці Конго, Нігерії, Центральноафриканській імперії, Кенії у деяких випадках звичаєве право було визнане джерелом вирішення питань про землю.

Однак у Сенегалі після здобуття незалежності постало питання про реформу права. Ордонансом було передбачено створення в країні єдиної судової системи. Разом з тим звичаєве право визнавалося одним із джерел права за умови, що воно не протирічить існуючому писаному праву, суспільному порядку та особистій свободі. Одночасно встановлювалися правила його застосування та обсяг юрисдикції. Необхідно зазначити, що закон деякою мірою є демократичним і гнучким, оскільки він не намагається нав'язувати населенню норми, що не відповідають його стилю життя.

Зокрема, до сфери дії звичаєвого права належали справи про правоздатність і статус осіб, про малу сім'ю та шлюб, про розлучення та велику сім'ю, спадкування, дарування та заповіти громадян. Звичаєве право застосовувалося у справах, що стосувалися власності на землю або володіння землею, якщо земля не була зареєстрована або її передача (набуття) не оформлені на підставі законів. У 1964 р. була проведена реформа землеволодіння, яка була заснована на звичаєвому праві. Тому з цього часу земельні питання регулюються тільки писаними законами.

Ордонанс встановив такі принципи застосування різних норм права:

1) з питань, що стосуються шлюбу, розлучення, опіки над дітьми та прав дружини у випадку припинення сімейних відносин, застосовується звичаєве право етнічної групи дружини;

2) питання, що стосуються заповіту та спадкування, повинні вирішуватися за звичаєм етнічної групи покійного чоловіка (це розпорядження пов'язане з визнанням чоловіка головою сім'ї та розпорядником сімейної власності);

3) в справах про дарування існує звичай дарувальника;

4) в усіх інших справах застосовується звичай відповідача.

Крім цього ордонансу, наказом міністра юстиції були визначені 68 різних систем, що були прийняті для застосування судами Сенегалу.

Труднощі та «мозаїчність» правової системи поставили уряд Сенегалу перед необхідністю реформи права в цілому. Початковим заходом (одночасно з реформою судової системи) стало створення комісії для розробки проектів кодексів про договори та права осіб. Слід зазначити, що нові (національні) кодекси були покликані прийти на зміну як французькому законодавству, так і звичаєвому праву. Кодекс цивільних і комерційних зобов'язань набрав чинності у 1967 р. Однак, незважаючи на наміри уряду «африканізувати» право, він був заснований винятково на західноєвропейських правових принципах. Таким чином, місцеві звичаї з того часу втратили юридичну силу.

Кодекс «Про права осіб» встановлював принципи, що стосуються місця проживання, регулював питання про шлюб, великої сім'ї, усиновлення, взаємовідносин батьків і дітей, опіки, спадкування, дарування, заповіту (854 статті).

Відображаючи звичаєві особливості, наприклад, поширену в Сенегалі полігамію, проект кодексу допускав значну свободу у виборі форми шлюбу між моногамним і полігамним. Особам надавалося три можливості: по-перше, вступити в моногамний шлюб; по-друге, одружуватися на підставі полігамного шлюбу (у цьому випадку особа могла взяти шлюб з чотирма жінками); по-третє, одружуватися на підставі обмеженого полігамного режиму (допускався шлюб менш ніж з чотирма жінками). Вибір моногамного шлюбу або обмеженої форми полігамії в подальшому позбавляв можливості змінювати форму шлюбу навіть при розірванні попереднього.

Передбачалося два види спадкування власності за відсутності заповіту: розділ господарства за звичаєвим і мусульманським правом (якщо за життя власник виказував такий намір).

Отже, в Сенегалі зіткнулися з непередбачуваними труднощами при сумісництві в законі нового та традиційного. Але вже сам проект свідчить про стійкість традиційного укладу і про мету уряду розробляти таке законодавство, що відповідає місцевій специфіці.

Політичний курс Сенегалу відносно традиційних інститутів суттєво впливає на сусідні країни, наприклад, Нігер. Незважаючи на те, що мусульман у країні 70 %, Нігер, на відміну від сусідньої Мавританії, не має на меті перетворити мусульманські норми на цивільне право, яке б затверджувалося державою. Отже, мусульманське право розглядається поряд з іншими нерелігійними звичаєво-правовими системами як різновид звичаєвого права.

Застосування звичаєвого права в Нігері регламентується законом, основні положення якого збігаються з сенегальським ордонансом. Закон санкціонує застосування судами звичаєвого права, якщо воно не протирічить законодавству, основним політичним принципам та особистій свободі громадян. Зокрема, в ньому встановлені умови, за яких повинно застосовуватися звичаєве право, та категорії осіб, що підпадають під його дію. Так, звичаєве право застосовується у питаннях, що стосуються правоздатності укладати договори та порушувати судові переслідування, статусу осіб, шлюбу та розлучення, спадкування та дарування, власності (за винятком зареєстрованих земель або земель, що були передані на підставі писаних законів).

Так само як і в Сенегалі, до суб'єктів звичаєвого права застосовується писане законодавство: по-перше, за відсутності норм звичаю у справах, які необхідно розглядати в суді; по-друге, за бажанням сторін; по-третє, коли застосування звичаєвого права не створює переваг жодній із сторін.

Наведені норми Сенегалу та Нігеру свідчать про обережність законодавця та своєрідність правової політики. У Нігері архаїчні інститути зберігають, мабуть, навіть занадто широкі позиції. Так, на відміну від деяких африканських країн, тут не здійснювалися наміри модифікації традиційних норм, скорочення полігамії, обмеження оплати шлюбного викупу або введення письмової реєстрації шлюбу. У країні зберігаються суди звичаєвого права, і при розгляді касацій вищестоящими судами враховується думка двох (таких, що розмовляють французькою) радників, які належать до тієї ж звичаєво-правової системи, що і сторони.

Національними зборами країни був прийнятий Закон про підтвердження прав за звичаєвим правом, що здійснюються колективно або індивідуально по відношенню до земель, на які не поширюються норми цивільного кодексу або реєстраційна система. За цим законом, окремі власники землі або групи осіб, що мають на неї право за звичаєм, отримали можливість підтвердити їх офіційно. Але, визнаючи звичаєве право, закон частково обмежив феодалні привілеї вождів, які досі мають у Нігері значну силу. Вождям, під управлінням яких знаходяться землі (володіння окре-

мих сімей або індивідуальних осіб), заборонено отримувати з цих земель доходи. Їм належать лише прибутки від їхніх власних земель; було заборонено традиційне отримання вождями проценту від врожаю та господарства спадкоємців.

Пізніше законодавство додатково дало пояснення щодо земель, які знаходяться в управлінні вождем і належать виключно особам, що їх обробляють. У результаті вожді були позбавлені можливості тлумачити старий звичай на свою користь. За ними визнавалося право наділяти нужденних землею, що знаходилася в їх управлінні.

Очевидно, слід вважати, що обсяг прав землевласників отримав чітке визначення: право користування землею за звичаєм зберігалось, але без можливості відчужувати землю або здавати її в оренду. Це положення деякою мірою відповідає поширеним народним уявленням про те, що земля належить як предкам, так і наступним поколінням.

Це приводить до висновку про те, що населення Нігеру з питань, пов'язаних із шлюбом, розлученням, узаконенням, спадкуванням і частково землеволодінням, залишається суб'єктом місцевих звичаєво-правових систем, які до нашого часу не є писаними.

Закон «Про заповіт та наслідування Малаві» передбачає різні форми наслідування за відсутності заповіту. Він розширив сферу дії звичаєвого права в порівнянні з попередніми законопроектами, які розроблялися тривалий час, але так і не набрали чинності. Отже, закон намагається встановити баланс між інтересами малої та традиційної великої сім'ї. З цією метою одна частина майна підпадає під дію законодавства, а інша — звичаєвого права. Зокрема, законом передбачено, що від половини до трьох п'ятих майна одруженого чоловіка, який має дітей, підлягають розподілу за нормами звичаєвого права — залежно від району, де було укладено шлюб. Таким чином, Закон «Про спадкування та заповіт Малаві» враховує етнічні відмінності при застосуванні звичаєвого права. Якщо у померлого не залишилося дружини, дітей або утриманців, уся його власність належить розподілу за звичаєвим правом, тобто переходить у родину. Ця міра не випадкова, вона показує, що закон захищає інтереси великої сім'ї та роду за відсутності осіб, що створюють малу сім'ю. Разом з тим для майна жінки передбачений інший правовий режим: воно переходить лише до дітей, а за її відсутності — до спадкоємців, згідно з нормами звичаєвого права.

Звичай охоплював в Африці та на Мадагаскарі все суспільне життя. Він встановлював правила організації суспільства як в політичному, так і в економічному аспектах, а також норми, що регулювали сімейні відносини, правила обміну між індивідами, норми кримінального права та про-

цесу. Традиційне право відображало в найрізноманітніших питаннях ту концепцію суспільства, якої дотримувалися селища та племена.

Застосовувати до традиційного права юридичні визначення безглуздо. На це свого часу звернув увагу А. Редкліфф-Браун, на думку якого, «плутанини, яка виникала при спробі застосувати у дописемних суспільствах сучасні відмінності між кримінальним і цивільним правом, можна було уникнути, поступово застосовуючи замість цього відмінності між законами про злочини проти суспільства та законами про злочини проти особистості»⁷⁴.

Розвиток права в деяких галузях, наприклад, нового торговельного права, було необхідним. Звичаєве право не давало ніякої бази. Все акціонерне право, патентне та морське право, норми про цінні папери повинні були бути запозичені із Заходу. Праця традиційно розглядалася в Африці не як засіб заробити собі на життя, а як заснований на дотриманні звичаїв спосіб життя в союзі із силами природи. Була неможливою ідея угоди, за якою будь-хто зобов'язувався за винагороду працювати на іншого. У зв'язку з появою оплачуваної робочої сили виникає необхідність виникнення нового для країн Африки трудового права.

Звичаї склалися для того, щоб регулювати відносини між членами одного і того ж самого суспільства або суспільств, споріднених за способом життя. Західне право було необхідним для того, щоб регулювати життя європейців та їх відносини з туземцями, а також відносини між туземцями, які входили до суспільства з різноманітними звичаями.

Для застосування нового права, запозиченого з Заходу, були непридатні правосуддя та процесуальні норми, що виникли на базі звичаєвого права. В усіх країнах Африки та на Мадагаскарі, окрім традиційних органів, що займалися розглядом спорів, були створені суди європейського типу. Вони були компетентними в усіх випадках, де норми звичаєвого права не можуть бути застосовані: спори, в яких однією зі сторін є неафриканці; спори, які стосувалися нових типів відносин, що були не регульовані звичаєвим правом.

Еволюція однак не зупинялася на цьому. Торгівля з країнами Африки, експлуатація їх ресурсів потребували сучасної адміністрації. На території усїєї Африки та на Мадагаскарі була створена нова адміністрація, і це ознаменувало розрив з традиційними інститутами. Місцеві керівні органи були реорганізовані і поставлені під нагляд, а іноді просто знищені. Були

⁷⁴ Редкліфф-Браун А. Р. Структура и функции в примирительном обществе. — М.: Восточная лит-ра, 2001. — С. 244.

створені місцеві асамблеї нового типу. Зовсім по-новому були організовані служби фінансові, поліцейські, охорони здоров'я, освіти та публічних робіт. При цьому жодної бази для їх побудови традиційна структура не дала.

У галузі кримінального права держави-колонізатори намагалися з самого початку заборонити деякі варварські звичаї та попередити зловживання ними. Поступово їх втручання ставало дедалі активнішим. З 1964 р. на кінцевому етапі еволюції з урахуванням деяких місцевих традицій по всій території Французької Західної Африки та на Мадагаскарі почали застосовувати французький Кримінальний кодекс. Суди французького права також отримали виключну компетенцію у сфері кримінального права. В Англійській Західній Африці були введені кримінальні та кримінально-процесуальні кодекси, які були засновані на англійському кримінальному праві. Винятком стала Сьєрра-Леоне, де вже набрало чинності загальне право.

Таким чином, у результаті дії нового права звичаєве право на території Французької Африки та на Мадагаскарі виявилось зведеним лише до галузі приватного права, яке регулює сімейні відносини, земельний режим та зобов'язання суто цивільного права. Аналогічна ситуація спостерігалася в англійських і португальських володіннях, тоді як у Бельгійському Конго звичаєве право зберегло значення і в галузі кримінального права.

Необхідно враховувати, що в тих галузях, де продовжували додержуватися звичаєвого права, воно могло іншими засобами замінюватися правом західного типу. Туземцям у французьких, бельгійських володіннях була надана можливість підкоритися європейському статусу. З іншого боку, в тих же країнах вони могли шляхом іматрикуляції поставити свої землі в режим, який повністю відрізнявся від звичайного.

Однак зовсім іншими були справи в англійських колоніях. Туземці не могли тут у загальному порядку поставити себе під вплив «сучасного права». Але така можливість надавалася їм по відношенню до деяких дій та деяких законів. Так, наприклад, вони могли підписати угоду або взяти шлюб «по-європейськи» з усіма наслідками, що випливають з цього.

Нове право західного зразка точно відображало юридичні концепції країни-метрополії.

Застосування права метрополії не було у Французькій Західній Африці та на Мадагаскарі ані автоматичним, ані повним. Кодекси та закони метрополії застосовувалися лише тією мірою, якою декрет спеціально наказував їх застосовувати на різних територіях. Декрети або інші регламентуючі акти могли містити розпорядження щодо застосування на певних територіях особливих норм. Аналогічні положення існують в іспанських

та португальських володіннях, а також у Бельгійському Конго, де діяв спеціальний Цивільний кодекс.

На територіях Англійської Африки британські піддані (їх відрізняли від туземців) у різних регіонах були підпорядковані різному правовому режиму відповідно до «наказу сумління» та місцевого законодавства. У Західній Африці, Замбії, Малаві та в Британському Сомалі застосовувалися загальне право, право справедливості та статuti загального характеру, що з часом набули чинності в метрополії. У Східній Африці застосовувалося право Британської Індії таким, яким воно було на певному етапі розвитку. Англійське право в цей час застосовувалося лише субсидіарно. На півдні від Замбії застосовувалися закони загального характеру. До цієї групи належали Ботсвана, Лесото та Свазіленд. У Ліберії діяло «загальне право та звичаї судів Англії та Сполучених Штатів Америки»⁷⁵.

Однак рецепція не була остаточною. Місцевий законодавець міг вносити зміни в рецепційоване право, тоді як і суди могли виключити ту або іншу норму, яка, на їх думку, не відповідала місцевим умовам і звичаям. У результаті розвитку законодавства з одного боку, і судової практики — з іншого право цих країн відрізнялося залежно від певних часово-просторових характеристик.

Нове законодавство Африки інтегрує не лише норми цивільного звичаєвого права, а й деякі традиційні кримінальні норми. Так, у Гані, наприклад, зберігається покарання «прокляттям будь-якої особи» як дія, що мала магичний характер, за такі злочини: порушення традиційної клятви, володіння отруйним зіллям з наміром використовувати його проти інших осіб тощо.

Необхідно підкреслити, що зведення норм звичаєвого права Танганьїки (материкової частини Танзанії) було першою в Африці спробою уніфікації та кодифікації звичаєвого права. Він досить повно представляє коло питань, що регламентуються звичаєвим правом. Крім того, кодекс регулює правовий статус осіб, шлюб і розлучення, статус дітей, спадкування, заповіт та опіку.

Однак питання, пов'язані із землеволодінням він не регламентував, оскільки земля по всій Танзанії була оголошена національною власністю і земельні відносини регулювалися законодавством.

Таким чином, прийнятий кодекс не лише був покликаний відобразити дух народного права, а й розглядався як один із засобів організації нового суспільства. Як відомо, програма танзанійського соціалізму походить з ряду традиційних ідей та інститутів. Лідери країни покладають на

⁷⁵ Давид Р., Жоффре-Спінози К. Вказ. праця. — С. 385.

звичаєве право важливу місію у формуванні нових етнічних принципів життєдіяльності народу.

Можна стверджувати, що кодекс відображає важливий етап у правовому розвитку держави. Показовим є те, що статус вождів у ньому взагалі не розглядається, тому що ці норми застаріли, оскільки застарів сам інститут вождів, не визнається в ньому і влада старійшин, хоча роль сімейної ради зберігається. Більше того, не закріпленою є соціальна ієрархія та майнова нерівність членів родини, як це мало місце в кодексі свазі.

У Танзанії уніфікація звичаєвого права слугувала ідеї консолідації народу, на відміну від Кенії, де самостійні кодекси різних народів скоріше закріплювали етнічну відокремленість.

Також можна зазначити, що в кодексі відсутні архаїчні норми стосовно пріоритету родових інтересів над інтересами малої сім'ї, права роду замінювати призначених для шлюбу осіб, як це прийнято в кодексі матримоніального права народу Балі, що був складений старійшинами під керівництвом традиційного правителя. Отже, кодекс Танзанії містить багато аналогій із розглянутими документами.

Особливо необхідно підкреслити, що важливою рисою кодексу Танганьїки є затвердження в ньому віротерпимості. Хоча цей принцип відповідає історичним традиціям країни, у минулому він не являв собою правової норми — оскільки був обов'язковим звичаєм, що освячується владою общини. Наприклад, стаття про неприпустимість дискримінації (позбавлення спадку з мотивів релігійної належності) демонструє, як попередні етнічні принципи під впливом нових умов стають правовими.

Крім того, особливістю цього Кодексу є те, що він розрахований на різні групи населення. Поряд з малими народностями, що знаходяться на стадії розпаду родоплеменних зв'язків або виникнення ранньофеодальних тенденцій, у Танганьїці існували етнічні групи, що керувалися капіталістичними відносинами. У наш час на засадах традиційної общини, колективістських принципів та деяких норм звичаєвого права в країні намагаються закласти основи для побудови суспільства соціалістичного типу.

Таким чином, відмінності рівня розвитку різних етнічних груп населення є однією з причин, які визначили своєрідність сполучення архаїчних та нових норм, що зібрані в кодексі.

Окрім об'єктивних факторів (відмінностей у соціальних устроях етнічних груп), певну роль в цьому, вочевидь, відіграє і суб'єктивний фактор: автори кодексу не змогли вийти за рамки багатьох традиційних уявлень та подолати стійкість ряду старих, віджилих звичаєво-правових інститу-

тів. Представники етнічних груп, які брали участь у розробці проекту кодексу, мали на меті, і це природно, закріплення звичних для них правових категорій.

Варто зазначити, що зіставлення африканських звичаєво-правових кодексів демонструє, що поширені уявлення про існування якогось однорідного «африканського суспільства» не відповідають дійсності, оскільки різні правові системи склалися в типологічно відмінних державах і державних утвореннях.

У зв'язку з цим необхідно згадати, що країни африканського континенту були тривалий час колоніями більш сильних держав, які нав'язували свої правові системи, втім, незважаючи на це, були збережені і місцеві правові звичаї, і релігійно-юридичні норми⁷⁶. У свою чергу, в багатьох країнах існують колоніальні законодавства (перш за все, це стосується конституційного законодавства).

Однією з найхарактерніших рис, які властиві праву африканських країн, є їх неоднорідність, що проявляється у партикуляризмі, а також у тому, що на дію колоніального законодавства величезний вплив справляє і національне право, у деяких країнах доволі поширена система релігійно-правових норм, що регулює в основному цивільні та шлюбно-правові відносини. Майже скрізь поширений правовий звичай, що регулює взаємовідносини, які характерні для родоплеменної організації суспільства й етапу феодалізму.

Можна констатувати, що серед умов, які вплинули на те, щоб соціальні звичаї переросли у правові, головними є сила традицій і внутрішня необхідність їх виконувати, належність до одного роду та племені, стать і вік, розвиток патріархально-феодальних відносин і зміцнення влади родоплеменної знаті, затвердження в традиціях майнової та соціальної нерівності.

Слід наголосити на тому, що в африканських країнах у доколоніальний період суд не був ще відокремлений у спеціальний орган, і його роль була умовною в житті суспільства. Таким чином, африканці вільно володіли своїми правами відповідно до звичаєвого права, судовий процес не був детально регламентований правилами судочинства, відрізнявся неформальними ознаками. Позитивне судове рішення залежало від соціального статусу.

Африканський звичай ґрунтується на ідеях, що суттєво відрізняються від панівних ідей сучасної західної думки.

У африканця немає ані науки права, ані власних юристів. Більше того, їм не відомий поділ права на публічне і приватне, цивільне та кримінальне,

⁷⁶ Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. — К.: Юрінком, 1997. — С. 303.

на право та моральний обов'язок, справедливість. Майнове та зобов'язальне право прив'язані до статусу, тобто є невід'ємними від особистих прав.

Право та правосуддя відрізняються у тому випадку, коли йдеться про обмежені громади, якими були всі суспільства Африки та Мадагаскару в доколоніальний період, або ж про великі суспільства, подібні до європейських держав⁷⁷.

Туземне правосуддя виступає скоріше як інститут примирення, аніж як інститут застосування примусової сили права. Відсутність діючого механізму виконання рішень робить ще більше необхідним досягнення згоди; рішення, засноване лише на владних принципах, ризикує залишитися невиконаним. Настрій, характерний для африканського суспільства, є таким, що індивід, на користь якого винесено рішення, може відмовитися від того, щоб воно було виконане.

Отже, в правових системах африканських держав органічно співіснують три види права: загально-територіальне, релігійне і звичаєве. Саме ці цілісність та органічність є дуже цікавою особливістю цих правових систем. Але в наш час значення звичаєвого права зменшується, а значення загально-територіального — підвищується. А отже, модифікуючись, звичаєве право стає писаним і об'єднується із загально-територіальним. Деякі галузі права, як, наприклад, право власності, регулюються як нормами звичаєвого права, так і нормами колоніального походження. У Танзанії багато норм зобов'язального права англійського походження не сприймаються, оскільки вони не відповідають нормам місцевого права.

Є цікавим той факт, що у зв'язку з колоніальними завоюваннями і впровадженням європейського права та насильницькою трансформацією традицій у правову форму звичаєве право змінилося, розвинулося і еволюціонувало. У так званих туземних судах не було проблем із застосуванням звичаєвого права. Незважаючи на те, що була проголошена загальна рівність перед судом, рішення суду визначається за спеціальним статусом фізичної особи, який містить ознаки раси, походження, статі тощо.

Для іноземців вивчення звичаїв є досить важким. Перш за все, дуже важко описувати їх, використовуючи терміни європейського словника. Його застосування, використання конструкцій західного права ведуть лише до повної деформації визначень звичаєвого права. Це, наприклад, проявляється у сімейному праві. Африканська сім'я відрізняється від західної, у ній інакше побудовані відносини спорідненості. Придане в Африці не має нічого спільного з приданим за мусульманським правом, а тим біль-

⁷⁷ Давид Р., Жоффре-Спінози К. Вказ. праця. — С. 379.

ше — римським. Порядок наслідування визначається правилами, які ми нерідко майже не розуміємо. Ідея про те, що індивід може бути власником землі, суперечить уявленням, які вкоренилися у жителів Африки.

На жаль, не має жодної писемної пам'ятки туземного походження, яка дозволила б орієнтуватися в лабіринті звичаїв та визначити будь-які загальні принципи. Звичай в Африці мав усну форму. Кодекси та закони Мадагаскару містять лише деякі приватні рішення та регламентовані правила. Соціальний же порядок детально регламентується не ними, а так званими «фомбами», які відповідають китайським правилам та японським гірі.

Французька колоніальна адміністрація підготувала численні (близько 150) «збірки звичаїв». Однак опублікована була лише деяка частина, а тому цінність збірок є неоднаковою. В англійській Африці в колоніальний період звичаї майже не цікавилися. Лише нещодавно з'явилися роботи етнологів та юристів, які дозволяють побачити всю різнобарвність звичаїв та зрозуміти їх механізм та дух.

Погляди населення африканського континенту в основному сформува-лися на основі релігії, моралі, звичаю. Хоча слід звернути увагу на те, що джерела сучасного права країн Африки і Мадагаскару характеризуються «правовою багатогранністю», яка включає: 1) традиційно-звичаєві норми; 2) норми і принципи, привнесені за часів колоніального панування законами та іншими актами європейських держав; 3) норми загально-територіального права, що створені в результаті кодифікації з урахуванням норм звичаєвого права, а також закріплених нормативних актів європейських держав з пріоритетним запозиченням норм англійського права; 4) норми африканських міждержавних об'єднань; 5) норми міжнародного права.

Необхідно підкреслити, що з часу набуття незалежності (50–60-ті рр. ХХ ст.) у країнах Африки відбувається подальша зміна звичаєвого права під впливом сучасного законодавства і судової системи колишніх метрополій. Передумови для цього були створені в період колонізації Африки: традиційні обшинні (племінні) правила щодо врегулювання конфліктів поступово замінилися правовими нормами західного зразку; судочинство місцевих судів, що здійснювалося на основі норм звичаєвого права, починає базуватися на нормах європейського права; прийняті закони, які (не скасовуючи норми звичаєвого права) надали місцевим жителям можливості регулювати суспільні відносини за допомогою норм іноземного (колоніального) права; скасовані звичаї, що визнані нелюдськими (рабство, каліцтво тощо).

Водночас серед інших чинників, що викликають кардинальну зміну або скасування норм звичаєвого права, слід назвати зростання правосвідомості суб'єктів, що здійснюють правотворчу діяльність.

Після вільних виборів у ряді держав, і особливо у Південній Африці, створено умови для гарантування прав людини. Однак, як зазначають африканські спостерігачі, впровадження демократичних форм правління, громадянського суспільства, встановлення влади закону відбувається дуже повільно, в більшості країн зберігаються військові режими і відбуваються громадянські війни.

Перші організації із захисту прав людини в Африці відстоюють своє існування. Африканська хартія прав особистості і народів, чи Банжувська хартія, як її часто називають за місцем прийняття (місто Банжул, Замбія), набрала сили у 1986 р. І лише через шість років, у 1992 р. 49 африканських держав підписали цей документ. Банжувська хартія приділяє особливу увагу правам народів, а також обов'язкам особистості. Прикладом може служити ст. 29, в якій зазначається, що особистість зобов'язана присвячувати фізичні й інтелектуальні здібності служінню своїй державі. Банжувська хартія містить «суперечливі» положення. Наприклад, у ст. 6 цієї хартії визнається «право на особисту волю і безпеку», але одночасно вводиться компромісне доповнення про те, що «ніхто не може бути позбавлений волі інакше як із причин і обставин, раніше визначених законами». Відповідно до іншого «суперечливого» визначення забезпечується свобода слова, але лише в рамках закону, і свобода віросповідання за умови, що вона реалізується «відповідно до вимог закону і порядку».

Для більшості африканських держав характерними є такі тенденції:

- 1) здійснення уніфікації звичаєвого права та відмова від подрібнення права (на Мадагаскарі у 1957 р., у Танганьїці в 1961 р. і т. д.);
- 2) включення діючих звичаїв до галузевих кодексів та інших нормативних актів (нерідко з ігноруванням звичаїв інших народностей, соціальних груп, що проживають на території країни);
- 3) здійснення законодавчої діяльності;
- 4) запозичення норм зобов'язального, торговельного, адміністративного, кримінального права та інших галузей права від колишніх метрополій при створенні національних кодексів. В Ефіопії за період 1957–1965 рр. набули чинності п'ять кодексів, близьких моделям кодексів Наполеона. У франкомовних країнах за ці роки створено понад 100 кодексів. Важливі закони прийняті в англійськомовних країнах — Гані, Нігерії, країнах Східної Африки;

5) формування загально-територіального права, створення єдиної національної правової системи в межах своєї території стало можливим і необхідним в умовах деколонізації країн Африки і Мадагаскару. Незважаючи на формування загальнотериторіального права, звичаєве право супроводжується певним витісненням (обмеженням). Однак сільське населення продовжує орієнтуватися на норми звичаєвого права;

6) збереження відмінностей між правовими системами країн, що пережили колоніальну залежність від Франції та Бельгії, і країн, що були англійськими колоніальними володіннями. Як правило, африканські юристи здобувають освіту в європейських державах — колишніх метрополіях або в національних університетах, навчаючись за їх програмами. Після цього вони втілюють правові традиції та норми континентального або загального права в юридичну практику своїх країн, що сприяє збереженню відмінностей між ними. Звичаєве право залишається традиційною об'єднувальною засадою правових систем африканських країн⁷⁸.

Таким чином, послідовне, ґрунтовне використання наукового аналізу правових систем до загального порівняльного правознавства є справою майбутнього наукового пошуку. У наш час перед сучасними правознавцями, які зібрали новий матеріал, постало завдання на новому рівні здійснити порівняльно-правові дослідження, що були розпочаті ще у минулому столітті.

⁷⁸ Скахун О. Ф. Теорія держави і права: Підручн. — С. 644.

ПІСЛЯМОВА

В умовах політичної, економічної та соціально-культурної глобалізації визначилися нові пріоритети розвитку національного та міжнародного права. Найважливішим завданням сучасного порівняльного правознавства є сприяння еволюції національних правових систем у контексті загальносвітових тенденцій, збереження їх національних особливостей та ментальних рис. Побудова і функціонування кожної національної правової системи визначаються конкретними особливостями місця і часу (просторово-часовими характеристиками). Разом з тим існують і загальні закономірності розвитку юридичних явищ. Використання порівняльно-правового методу дозволяє виявити як спільні, так і особливі риси окремих правових систем, узагальнити висновки стосовно тенденцій розвитку права в світі. Ігнорування іноземного та міжнародного юридичного досвіду може поставити країну на шлях правового ізоляціонізму (замкнена правова система), що входить у пряме протиріччя із загальносвітовими пріоритетами правового розвитку. Водночас звернення до зарубіжного досвіду дозволяє кожній державі вдосконалити наявні регулятивні механізми, зокрема, механізм зближення національних правових систем світу, з урахуванням захисту прав і законних інтересів особи.

Запропоноване монографічне дослідження є продовженням (не тільки в теоретичному та прикладному ракурсах) аналізу та дослідження саме особливостей різних правових сімей, що може надати позитивний досвід кожній правовій системі зокрема. Виходячи з таких міркувань, автори монографії аналізують правові системи високорозвинених країн Заходу та Японії, країн Центрально-Східної Європи, які перебувають на шляху розвитку, країн з перехідною економікою (Україна та Республіка Білорусь), а також традиційні та релігійні правові системи. Такий підхід не тільки дав змогу повніше висвітлити політико-правові механізми, що забезпечують ефективність інститутів правової системи, показати місце України в цивілізаційному розвитку світу, а й накреслити основні напрями реформування інститутів різних правових систем світу, здійснити необхідні кроки у розв'язанні назрілих проблем сьогодення в політичній, економічній та правовій сферах.

Автори монографії не намагалися охопити всі теоретичні аспекти порівняльного правознавства, так само, як і розкрити особливості кожної наявної правової системи, проте логіка її викладу, використаний у ній прикладний матеріал, систематизація концепцій та наукових підходів дають змогу заповнити ту прогалину в порівняльному правознавстві, яка,

на жаль, існує досі через відсутність порівняльної характеристики окремих правових систем та сімей. Водночас метою цієї роботи було формування комплексного, системного уявлення про правову карту світу, про унікальність та водночас взаємопов'язаність сучасних правових систем. Слід зазначити, що інтерес до вивчення та взаємного використання досвіду розвитку національних правових систем, зокрема, законодавств, обміну правовою інформацією та науковими ідеями є цілком виправданим, про що і наголошено в запропонованій монографії. Вона являє собою цікаву спробу поєднання традиційних усталених точок зору з певними науковими новелами, авторським баченням окремих дискусійних питань у науці.

О. Л. Копиленко,
директор Інституту законодавства
Верховної Ради України,
член-кореспондент НАН України

АЖЕРЕЛА

1. *Allah M. H.* The Muslim Conduct of States. — Lahore, 1953.
2. *Allen C. K.* Precedent and Logic // The Law Quaterly Review. — 1925. — Vol. XLI. — № CLXIII, July.
3. *Denning The RT Hon Lord MR.* The Discipline of Law. — L.: Butterworths, 1979. — 332 p.
4. *Derham D. P.* Precedent and the Decision of Particular Questions // The Law Quaterly Review. — 1963. — Vol. 79, January.
5. *Deutch M.* Property Law // Introduction to the Law of Israel / ed. by A. Shapira, K. Dewitt-Arar. — Tel Aviv, 1995.
6. *Englard I.* Law and Religion in Israel // The American Journal of Comparative Law. — 1987. — № 1.
7. *Falk Z.* Jewish Family Law // International Encyclopedia of Comparative Law. — L., 1983.
8. *Frimer D.* Israel Civil Courts and Rabbinical Courts under one Roof // Israeli Law. — Forty Years. — Proceedings of the Conference on Forty Years of Israeli Law Held at the Faculty of Law. — Jerusalem, November, 1988. — Jerusalem, 1990.
9. *Garner B. A.* A Dictionary of Modern Legal Usage. — N. Y., Oxford: Oxford University Press, 1995. — 953 p.
10. *Hallam H.* The Constitutional History of England from the Accession of Henry VII to the Death of George II. — Vol. III. — L., 1881.
11. *Hallam H.* View of the State of Europe During the Middle Ages. New ed. — Vol. II. — L., 1878.
12. *Hart H. L. A.* The Concept of Law. — Oxford: The Clarendon Press, 1961. — 264 p.
13. *Heap B.* General Principles of English Law. — L.: HLT Publications, 1994. — 398 p.
14. *Hecht A.* Legal Restrictions on the Freedom of Occupation // Israeli Reports to the Seventh International Congress of Law / Ed. by U. Yadin. — Jerusalem, 1966.
15. *Herzog I.* The Main Institutions of Jewish Law. — L., 1967. — Vol. 1–2.
16. *Israel State.* Laws and Status. Laws of the State of Israel / Authoris. transl. from the Hebrew. — Jerusalem, 1986. — Vol. 1–2.
17. *James P. S.* Introduction to English Law. — L.: Butterworths, 1989. — 592 p.
18. *Kiraljya K. R.* The English Legal System. — L.: Sweet and Maxwell, 1990. — 309 p.
19. *Klein C.* Le droit israelien. — P., 1990.
20. *Lefroy A. H. F.* Judge-made Law // The Law Quaterly Review. — 1904. — Vol. XX. — № LXXX, October.
21. *Lefroy A. H. F.* The Basis of Case Law // The Law Quaterly Review. — 1906. — July.
22. *Lifshitz B.* Israeli Law and Jewish Law — Independence // Israeli Law. — Forty Years: Proceedings of the Conference on Forty Years of Israeli Law Held at the Faculty of Law. — Jerusalem, 1990.
23. *Macintosh J.* History of England. — Vol. 1. — L., 1876.
24. *Shachar Y.* History and Sources of Israel Law // Ed. by A. Shapira, K. Dewitt-Arar. — Tel Aviv, 1995.
25. *Shochetman E.* Israel Law and Jewish Law — Interaction and Independence: A Commentary // Israeli Law. — Forty Years. — Proceedings of the Conference on Forty Years of Israeli Law Held at the Faculty of Law. — Jerusalem, November, 1988. — Jerusalem, 1990.
26. *Silberg N.* Talmudic Law and the Modern State. — N. Y., 1973.
27. *Snouck Hurgronje.* Nieuwe Bijdragen tot de kennis van den Islam (1883). — Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1883. — 14 p.
28. *Wright L.* Magna Carta and the Tradition of Liberty. — Wash., 1976.
29. *Yadin U.* Israel // National Reports / Ed. By V. Knapp. — P., 1972. — Vol. I. — Ch. 1.
30. *Абашидзе А. Х.* Новые тенденции в нормотворческой деятельности ООН в области прав человека: По материалам выступлений // Московский юридический форум «Глобализация, государство, право, XXI век». — М.: Городец, 2004.
31. *Абашидзе А. Х., Ибрагим Ахмед Абдалла.* Арабская хартия прав человека // Правоведение. — 2000. — № 1.
32. *Абдулаев М. И.* Права человека и закон. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — 320 с.
33. *Абдулаев М. И., Комаров С. А.* Проблемы теории государства и права. — СПб.: Питер, 2003. — 576 с.
34. *Абдулварес Мухаммед Салех Анаам.* Региональные международно-правовые нормы о защите гражданских и политических прав человека и их осуществление в Республике Йемен: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. — Казань, 2007. — 21 с.
35. *Автономов А. С., Савицкий В. А., Черкасов А. И.* Конституционное (государственное) право зарубежных стран. — М.: Юриспруденция, 2001. — 395 с.

36. *Алексеев С. С.* Государство и право. — М.: ТК Велби, Проспект, 2008. — 152 с.
37. *Алексеев С. С.* Общая теория права: Курс лекций: В 2-х т. — М.: Юрид. лит-ра, 1981. — Т. 1. — 360 с.
38. *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. — М.: Статут, 1999. — 712 с.
39. *Апарова Т. В.* Прецедент в современном английском праве и судебное правотворчество // Проблемы совершенствования советского законодательства. — Труды ВНИИСЗ, 1976. — Вып. 6.
40. *Афанасьев С. В.* Общая теория государства и права. — М.: Юристъ, 2003. — 517 с.
41. *Баглай М. В.* Конституционное право Российской Федерации. — М.: НОРМА-ИНФРА, 1998. — 793 с.
42. *Баглай М. В., Габричидзе Б. Н.* Конституционное право Российской Федерации. — М.: ИНФРА-М-КОДЕКС, 1996. — 512 с.
43. *Байтин М. И.* Сущность права. — Саратов: Изд-во СГАП, 2001. — 413 с.
44. *Барак А.* Судейское усмотрение / Вступ. статья М. В. Баглая. — М.: Наука, 1999. — 364 с.
45. *Бачинин В. А.* Энциклопедия философии и социологии права. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. — 1091 с.
46. *Беленький М. С.* Иудаизм. — М.: Наука, 1974. — 213 с.
47. *Берман Г. Дж.* Вера в закон: примирение права и религии / Пер. с англ. — М.: Библиотека Московской школы политических исследований, 1999. — 431 с.
48. *Берман Г.* Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. — 2-е изд. — М.: МГУ; Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА, 1998. — 622 с.
49. *Бернхем В.* Вступ до права та правової системи США. — К.: Україна, 1999. — 554 с.
50. *Бибикова О.* Мазхабы // Энциклопедия кругосвет, 14.12.2007 // <http://www.krugosvet.ru>.
51. *Бибило В. Н.* Судоустройство. — Мн.: Право и экономика, 2001. — 328 с.
52. *Бибикова О.* Источники мусульманського права. — <http://www.krugosvet.ru>.
53. *Блекстон Г.* Истолкования аглинских законов. Книга I / Пер. с англ. — Университетская типография у Н. Новикова, 1780. — 376 с.

54. *Блищенко М. И., Дориа Ж.* Прецеденты в международном публичном и частном праве. — М.: Ин-т международного права; Российский ун-т Дружбы народов; МНИМП, 1999. — 472 с.
55. *Боботов С. В., Жигачев И. Ю.* Введение в правовую систему США. — М.: Норма, 1997. — 333 с.
56. *Богдановская И. Ю.* Закон в английском праве. — М.: Наука, 1987. — 143 с.
57. *Богдановская И. Ю.* Прецедентное право. — М.: Наука, 1993. — 235 с.
58. *Борисов В. В., Марченко М. Н., Грапат Н. Л.* и др. Общая теория государства и права: Акад. курс; В 2-х т. / Под ред. М. Н. Марченко. — Т. 2: Теория права. — М.: Зерцало, 1998. — 620 с.
59. *Бошно С. В.* Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. — 2003. — № 12. — С. 70-79.
60. *Бражчик И. И.* Право. Религия. Атеизм: Правовое содержание научного атеизма / Отв. ред. Е. К. Дулуман. — К.: Наук. думка, 1983. — 203 с.
61. *Буроменський М. В.* Звернення Європейського суду з прав людини: практика суду і особливості українського законодавства / Харківська правознавча група. — Х.: Фоліо, 2000. — 15 с.
62. *Василевич Г. А.* Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи, прецеденты, доктрина. — Мн.: Тесей, 2005. — 136 с.
63. *Васильев А. В.* Теория государства и права: Курс лекций. — М.: Флинта; МПСИ, 2006. — 200 с.
64. *Васілевіч Д. Р.* Развіццё заканадаўства СССР і Рэспублікі Беларусь аб свабодзе перемяшчэння і выбары месца жыхарства // Весці Нацыянальнай Акадэміі Навук Беларусі. — 2005. — № 2. — (Серыя гуманітарных навук).
65. *Васькович Й.* Проблеми та перспективи побудови правової держави в Україні // Право України. — 2000. — № 1.
66. *Введение в право Европейского Союза.* — М.: Эксмо, 2006. — 368 с.
67. *Великий* енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученко. — К.: Юрид. думка, 2007. — 992 с.
68. *Венгеров А. Б.* Теория государства и права. — Т. I: Теория права. Ч. II. — М.: Юристъ, 1996. — 168 с.
69. *Вішнейскі А. Ф.* Гісторыя дзяржавы і права Беларусі. — Мн.: Акад. МУС Рэсп. Беларусь, 2003. — 319 с.
70. *Вольтер Ф. А.* Избранное. — М.: Терра, 1998. — 540 с.
71. *Воробьев В. П.* Государство Израиль: правовые основы возникновения и статус личности. — М.: Прогресс, 2001. — 167 с.
72. *Востоковедение* на фоне борьбы культур. — Изд-во Дар'аль-Ма'риф, 1997.

73. *Всеобщая исламская декларация прав человека* // Жданов Н. В. Исламская концепция миропорядка. — М.: Международные отношения, 1991.
74. *Габдрахман Кэбир*. Хэдислэр жыентыгы. — Казань, 1915.
75. *Галанза П. Н.* История государства и права зарубежных стран. — М.: Юрид. лит.-ра, 1969. — 550 с.
76. *Гелей С. Д., Рутар С. М.* Політико-правові системи світу. — К.: Знання, 2006. — 668 с.
77. *Глиняний В. П.* Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник / 5-те вид., перероб. і доп. — К.: Істина, 2005. — 768 с.
78. *Гобино Ж. А.* Опыт о неравенстве человеческих рас. — М.: Олма Пресс, 2001. — 764 с.
79. *Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л.* Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика / Перевод с англ. — М.: Изд-во Московского независимого ин-та международного права, 1998. — 598 с.
80. *Горбатенко В. П.* Стратегія модернізації суспільства: Україна і світ на зламі тисячоліть. — К.: Академія, 1999. — 240 с.
81. *Горемыкина В. И.* Возникновение и развитие первой антагонистической формации в средневековой Европе: Опыт историко-теоретического исследования на материале варварских королевств Западной Европы и Древней Руси. — Мн.: Изд-во БТУ им. В. И. Ленина, 1982. — 248 с.
82. *Гоффман А. Б., Левкович В. П.* Обычай как форма социальной регуляции // Советская этнография. — № 1. — 1973.
83. *Градовский А. Д.* Государственное право важнейших европейских держав // Градовский А. Д.; Собр. соч.: В 4 т. — Т. 4. — СПб., 1900.
84. *Гранат Н. Л.* Источники права // Юрист. — 1998. — № 9.
85. *Графский В. Г.* Всеобщая история права и государства. — М.: Норма, 2004. — 752 с.
86. *Грацианский П. С. Нерсисянц В. С.* История буржуазного конституционализма XVII–XVIII вв. — М.: Наука, 1986. — 279 с.
87. *Гримич М.* Дискусійні аспекти трактування терміна «звичаєве право» // Етнічна історія народів Європи: Зб. наук. праць. — Вип. 8. — К., 2001.
88. *Грищук О. В.* Людська гідність у праві: філософські проблеми. — К.: Атіка, 2007. — 432 с.
89. *Грязнов Д. Г.* Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2001. — 21 с.

90. *Гурова Т. В.* Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2000. — 24 с.
91. *Давид Р.* Основные правовые системы современности (сравнительное право) / Перевод с англ. — М.: Прогресс, 1967. — 591 с.
92. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. — М.: Прогресс, 1988. — 495 с.
93. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. — М.: Международные отношения, 1999. — 400 с.
94. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с франц. — М.: Международные отношения, 1996. — 399 с.
95. *Дворкин Р.* Серйозний погляд на права / Пер. з англ. — К.: Основи, 2000. — 519 с.
96. *Денисов В. Н.* Системы права развивающихся стран: Становление и развитие национальных систем стран Африки, освободившихся от британского колониализма. — К.: Наук. думка, 1978. — 276 с.
97. *Денисов В. Н., Проценко І. М.* Наближення національного законодавства до права Європейського Союзу — досвід нових членів. — Рец. на кн.: Кравчук І. В., Парাপан М. В. «Гармонізація національних правових систем з правом ЄС» // Юридичний журнал. — 2005. — № 10 (40).
98. *Держава і громадянське суспільство в Україні: проблеми взаємодії: Монографія* / За ред. І. О. Кресіної. — К.: Логос, 2007. — 316 с.
99. *Дженкс Э.* Английское право / Пер. с англ. — М.: Изд-во Министерства юстиции СССР, 1947. — 378 с.
100. *Джероза Л.* Каноническое право. — М.: Христианская Россия, 1999. — 379 с.
101. *Джефферсон Т.* О демократии: Сб. — СПб.: РесГумана: Лениздат, 1992. — 334 с.
102. *Дзюбань О. П.* Традиції в морально-правовій філософії: китайський феномен // Бюл. Міністерства юстиції України. — 2005. — № 4.
103. *Дмитрук В. Н.* Некоторые вопросы общей теории государства и права. — Мн.: Веды, 1998. — 194 с.
104. *Добров О. С.* Правоутворення без законодавця (нарис з теорії джерел права). Ч. I: Звичаєве право // Праці Комісії для виучування звичаєвого права України. — Вип. 2. — К., 1928.
105. *Довнар Т. И.* Краткий очерк истории государства и права Республики Беларусь (послеоктябрьский период). — Мн.: Ин-т современных знаний, 1997. — 123 с.
106. *Древнекитайская философия.* — М.: Мысль, 1973. — 382 с.

107. Дробязко С. Г., Козлов В. С. Общая теория права. — Мн.: Амалфея, 2005. — 464 с.
108. Дудченко В. В. Місце і роль звичаїв у правовій культурі Японії — митна справа // Науково-аналітичний журнал. — 2007. — № 5.
109. Есаков Г. А. Источники мусульманского уголовного права // Журнал «Российское право в Интернете». — 2006. — № 1. — <http://www.easttime.ru>.
110. Ермоловська О. Ю. Соціальний захист як фактор стабілізації життєвого рівня населення в умовах трансформаційної економіки: Автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.09.03. — Х., 1996. — 23 с.
111. Жданов Н. В. Исламская концепция миропорядка. — М.: Международные отношения, 1991. — 216 с.
112. Женищина в исламе // Википедия: Свободная энцикл. — <http://ru.wikipedia.org>.
113. Жидков О. А. История государства и права Древнего Востока. — М., 1963. — 92 с.
114. Жидков О. А., Крашенинникова Н. А. История государства и права зарубежных стран. — М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1998. — 382 с.
115. Жилич Л. П., Костарева С. В. Закон и религия. — Омск, 1985. — 69 с.
116. Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. — М.: Норма, 2002. — 159 с.
117. Загальна декларація прав людини. — К.: Право, 1995. — 12 с.
118. Загальна теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. — К.: Юрінком, 1997. — 320 с.
119. Загальна теорія держави і права: Навч. посібник / За ред. В. В. Копейчикова. — К.: Юрінком Інтер, 2000. — 318 с.
120. Зажичкий В. И. Правовые принципы в законодательстве Российской Федерации // Государство и право. — 1996. — № 11.
121. Зайчук О. В., Журавський В. С. Правова держава, громадянське суспільство, особа: сучасні виміри та трансформації // Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні. — К.: Юрид. думка, 2007.
122. Законы Ману. — М.: Юристъ, 1960. — 362 с.
123. Зезв Г. Политические структуры Государства Израиль. — М.: Ин-т изучения Израйля и Ближнего Востока Проспект, 2001. — 390 с.
124. Ибрагим Ахмед Хадж Юсеф Абдалла. Международные и национальные механизмы защиты прав человека на Ближнем Востоке: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1999. — 20 с.
125. Ибраева А. С. Теория государства и права. — Алматы: Жеті жары, 2006. — 424 с.

126. Иванов Н. Социальные аспекты традиционного ислама // Азия и Африка сегодня. — 1982. — № 3.
127. Избранные изречения святого пророка Ислама. — Исламабад, 1991. — <http://www.islaam.ru>.
128. Ильин И. А. О сущности правосознания. — М.: ТОО «Рарог», 1993. — 223 с.
129. Ильинский Н. И. История государства и права зарубежных стран: Курс лекций — 2-е изд., переаб. и доп. — М.: Изд-во деловой и учеб. лит., 2006. — 624 с.
130. Инако П. Современное право Японии — М.: Прогресс, 1981. — 269 с.
131. История государства и права Белорусской ССР: В 2-х т. — Мн.: Наука и техника, 1970. — Т. 1 (1917–1936 гг.). — 608 с.
132. История государства и права Белорусской ССР: В 2-х т. — Мн.: Наука и техника, 1973. — Т. 2. (1937–1970 гг.). — 744 с.
133. История государства и права зарубежных стран / Под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. — Ч. 1. — М.: ИНФРА-М, 1997. — 480 с.
134. История государства и права зарубежных стран: Учеб.-метод. пособие / Отв. ред. Н. А. Крашенинникова. — М.: Норма, 2003. — 320 с.
135. История государства и права Украинской ССР. — Т. 1: История общественно-политического строя. — К.: Наук. думка, 1987.
136. Ивановська О. П. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект: Навч. посібник. — К., 2002. — 264 с.
137. Історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник / Під заг. ред. О. М. Джужи. — К.: НАВСУ, Правові джерела, 2000. — 352 с.
138. Історія держави і права зарубіжних країн. Середні віки та ранній час / За ред. Б. Й. Тищенко. — Л.: Світ, 2006. — 696 с.
139. Історія держави і права України: Підручн.: У 2 ч. / За ред. А. Й. Рогожина. — Ч. 1. — К.: Ін Юре, 1996. — 368 с.
140. Історія українського права: Навч. посібник / Під ред. О. О. Шевченка. — К.: Олан, 2001. — 214 с.
141. Каирская Декларация о правах человека в исламе // Центр інформації та документації кримських татар. — <http://www.cidct.org.ua/images>.
142. Кальной И. И. Философия права: Учебн. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. — 257 с.
143. Камінський В. А. Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні // Етнічна історія народів Європи: Зб. наук. праць. — Вип. 8. — К., 2001.
144. Кант И. Сочинения. — М.: Мысль, 1965. — Т. 4. — Ч. 2. — 544 с.

145. *Карташов В. Н.* Введение в общую теорию правовой системы общества. Юридическая ответственность в правовой системе общества. — Ярославль: Гос. ун-т им. Демидова, 2003. — Ч. 9. — 92 с.
146. *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права. — М.: Юристъ, 1999. — 332 с.
147. *Кащенко С. Г.* Всеобщая история государства и права новейшего времени: Учеб. пособие. — Симферополь: ДОЛЯ, 2006. — 696 с.
148. *Кельман М. С., Мурашин О. Г.* Загальна теорія права (з схемами, кросвордами, тестами): Підручн. — К.: Кондор, 2002. — 353 с.
149. *Кислухин В. А.* Проблемы эффективности реализации юридической ответственности (теоретико-правовой анализ): Научные труды Российской Академии юридических наук. — Т. 1. — 2005 (5).
150. *Кистьяковский Б. А.* В защиту права (интеллигенция и правосознание) // Вехи: Сб. статей о русской интеллигенции. — М.: Правда, 1991.
151. *Клочков В. В.* Социалистическое государство, право и религиозные организации. — М.: Знание, 1984. — 64 с.
152. *Клочков В. В.* Религия, государство, право. — М.: Мысль, 1978. — 287 с.
153. *Козюбра М. І.* Права людини і громадянина у діяльності сучасної держави // Права громадян в сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту. — К.: Наук. думка, 2007.
154. *Козюбра Н. И.* Социалистическое право и общественное сознание. — К.: Наук. думка, 1979. — 156 с.
155. *Колодій А. М.* Принципи права України. — К.: Юрінком Інтер, 1998. — 208 с.
156. *Колосова Н. М.* Конституционная ответственность в Российской Федерации. — М.: Городец, 2000. — 190 с.
157. *Комаров С. А.* Общая теория государства и права. — СПб.: Питер, 2004. — 510 с.
158. *Конвенція про захист прав і свобод людини (ETS No. 5) із поправками, внесеними відповідно до положень Протоколу № 11 // Збірка договорів Ради Європи. Українська версія.* — К.: Парламентське вид-во, 2000. — 656 с.
159. *Конституции государств Европейского Союза.* — М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1997. — 802 с.
160. *Конституции государств Европы.* Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: В 3-х т. / Под ред. А. С. Автономова, В. А. Савицкого, А. И. Черкессова. — Т. 1. — М.: Норма, 2001. — 818 с.

161. *Конституции государств Европы.* Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: В 3-х т. / Под ред. А. С. Автономова, В. А. Савицкого, А. И. Черкессова. — Т. 2. — М.: Норма, 2001. — 838 с.
162. *Конституции государств Европы.* Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: В 3-х т. / Под ред. А. С. Автономова, В. А. Савицкого, А. И. Черкессова. — Т. 3. — М.: Норма, 2001. — 790 с.
163. *Конституционное право зарубежных стран / Под общ. ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина.* — М.: Юристъ, 1999. — 568 с.
164. *Конституционное право зарубежных стран / Под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина.* — 2-е изд., перераб. — М.: Норма, 2005. — 1065 с.
165. *Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.).* — Мн.: Амалфея, 2005. — 48 с.
166. *Конституция, закон, подзаконный акт / Под. ред. Ю. А. Тихомирова.* — М.: Юрид. лит.-ра, 1994. — 133 с.
167. *Конституційне право України / За ред. В. Ф. Погорілка.* — К.: Наук. думка, 1999. — 734 с.
168. *Конституція України: Офіційний текст, прийнятий на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. (із змінами станом на 1 січня 2006 р.).* — К.: Юрид. думка, 2006. — 120 с.
169. *Конфуций.* Афоризмы мудрости. Иллюстрированное энциклопедическое издание / Под ред. В. П. Бутромеева, В. В. Бутромеева, Н. В. Бутромеевой. — М.: Белый город, 2007. — 448 с.
170. *Коран // Пер. с араб.* — 2-е изд. — М.: Раритет, 1990. — 527 с.
171. *Коростовцев М. А., Кацнельсон И. С., Кузицина В. И.* Хрестоматия по истории Древнего Востока: В 2-х ч. — Ч. 1. — М.: Высш. шк., 1980. — 328 с.
172. *Котляр И. И.* Права человека: Учеб. пособие. — Мн.: Тесей, 2005. — 288 с.
173. *Коул У. Оуэн.* Индуизм. — М.: Гранд ФАИР-ПРЕСС, 1999. — 317 с.
174. *Краснов М. А.* Публично-правовая ответственность представительных органов за нарушение закона // Советское государство и право. — 1993. — № 6.
175. *Красножен М. Е.* Основы церковного права. — М.: Наука, 1992.
176. *Крашенинникова Н. А.* Индусское право: история и современность. — М.: Изд-во МГУ, 1982. — 192 с.

177. *Крезул Ю. І., Ладиченко В. В., Орленко В. І.* Права і свободи людини. — К.: Книга, 2004. — 288 с.
178. *Кремень В. Г., Табачник Д. В., Ткаченко В. М.* Україна: альтернативи поступу, критика історичного досвіду. — К.: ARC-UKRAINE, 1996. — 350 с.
179. *Критстер А. Е.* Три ступені правоутворення // Етнічна історія народів Європи: Зб. наук. праць. — Вип. 8. — К., 2001.
180. *Кросс Р.* Прецедент в англійском праве / Пер. с англ. Т. В. Апаровой; Под. ред. Ф. М. Решетникова. — М.: Юрид. лит.-ра, 1985. — 239 с.
181. *Кузнецов И. Н.* История государства и права Беларуси. — Мн.: Тесей, 2004. — 320 с.
182. *Кузнецов Ю. Д., Новицкая Г. Б., Сирицын И. М.* История Японии. — М.: Высш. шк., 1998. — 431 с.
183. *Кульчицький В. С., Настюк М. І., Тищик В. І.* Історія держави і права України: Навч. посібник. — Л.: Світ, 1996. — 296 с.
184. *Лазарев В. В.* Общая теория государства и права — М.: Юристъ, 1999. — 517 с.
185. *Лазарев В. В.* Пробелы в праве. — Казань, 1969. — 96 с.
186. *Лазарев В. В., Липень С. В.* Теория государства и права. — М.: Спарк, 2004. — 527 с.
187. *Латышев И. А.* Конституционный вопрос в послевоенной Японии. — М.: Изд-во Восточной литературы, 1959. — 230 с.
188. *Лившиц Р. З.* Теория права: Учеб. — М.: БЕК, 1994. — 208 с.
189. *Липранди А. П.* Равноправие и еврейский вопрос. — Х., 1911. — 112 с.
190. *Лисенков С. Л.* Загальна теорія держави і права: Навч. посібник. — К.: Юрисконсульт, 2006. — 355 с.
191. *Лукашева Е. А.* Права человека: Учеб. для вузов. — М.: Норма, 2000. — 561 с.
192. *Луць Л. А.* Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти) / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2003. — 304 с.
193. *Любашиц В. Я., Мордовцев А. Ю., Тимошенко И. В., Шапсугов Д. Ю.* Теория государства и права. — Ростов-на-Дону: Марг, 2003. — 653 с.
194. *Магазинер Я. М.* Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. А. К. Кравцов. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. — 352 с.
195. *Макарчук В. С.* Загальна історія держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник. — К.: Атіка, 2001. — 592 с.
196. *Маклахлин Б.* Канадская Хартия и демократический прогресс // Право быть человеком. — М., 2000.

197. *Малишев Б. В.* Прецедентне право Англії: Теоретичні аспекти // Наукові записки. — Т. 19: Спец. вип. — К., 2001.
198. *Малько А. В.* Теория государства и права. — М.: Юристъ, 2007. — 304 с.
199. *Малько А. В.* Теория государства и права. Элементарный курс: Учеб. пособие / А. В. Малько, В. В. Нырков, К. В. Шундиков. — М.: КНОРУС, 2007. — 240 с.
200. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве. — М.: Юристъ, 2004. — 250 с.
201. *Малько А. В., Нырков В. В.* Исследование парных юридических категорий как методологический ресурс поведения // Теоретико-методологические проблемы права. — М.: Зерцало-М, 2007.
202. *Малько А. В., Нырков В. В., Шундиков К. В.* Теория государства и права: Элементарный курс. — М.: Кнорус, 2007. — 240 с.
203. *Манов Г. Н.* Теория государства и права. — М.: БЕК, 1996. — 336 с.
204. *Мануйлова Д. Е.* Церковь как социальный институт. — М.: Знание, 1978. — 64 с.
205. *Маркс К., Энгельс Ф.* Немецкая идеология. — М.: Политиздат, 1988. — 574 с.
206. *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения. — 2-е изд. — Т. 16. — М.: Госполитиздат, 1996. — 839 с.
207. *Марксистско-ленинская общая теория государства и права: В 4 т. — Т. 1: Основные институты и понятия / Отв. ред. В. М. Чхиквадзе.* — М.: Юрид. лит., 1970. — 622 с.
208. *Марченко М. Н.* Законы в системе англосаксонского права // Вестн. Моск. ун-та. — 1999. — № 5. — (Серия «Право»).
209. *Марченко М. Н.* Источники права: Учеб. пособие. — М.: Велби, Проспект, 2005. — 759 с.
210. *Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. — М.: Городец-издат, 2002. — 1068 с.
211. *Марченко М. Н.* Правовые системы современного мира: Учеб. пособие. — М.: Зерцало-М, 2001. — 400 с.
212. *Марченко М. Н.* Проблемы общей теории государства и права: Учеб.: В 2-х т. — 2-е изд., перераб. и доп. — Т. 2: Право. — М.: Велби, Проспект, 2007. — 656 с.
213. *Марченко М. Н.* Проблемы теории государства и права: Учебн. — М.: Проспект, 2001. — 760 с.
214. *Марченко М. Н.* Проблемы теории государства и права. — М.: Проспект, 2006. — 768 с.

215. *Массэ А.* Ислам. Очерк истории / Перевод с франц. — М.: Наука, 1982. — 191 с.
216. *Международная амнистия и права человека в мусульманском праве (на примере Саудовской Аравии) // Востоковедный сб. — М., 1999. — <http://www.bekkin.ru>.*
217. *Мелкумян Е.* Подходы арабо-мусульманского сообщества к процессам демократизации // Ислам в современном мире: внутрисударственный и международно-политический аспекты. Научный ежеквартальный альманах. — Вып. 5–6. — 2006. — <http://www.islamnn.ru>.
218. *Менахем Э.* Еврейское право / Под общ. ред. И. Ю. Козлихина. — СПб., 2002. — 609 с.
219. *Михалева Н. А.* Правовые проблемы создания Союзного государства России и Беларуси // Государство и право. — 2002. — № 6.
220. *Мірошниченко М.* Системно-інформаційний підхід у дослідженні правової системи // Право України. — 2006. — № 8.
221. *Мозолин В. П.* Личность, право, экономика современной Индии. — М., 1979.
222. *Мукиенко И. Н.* Типология современных правовых систем: критерии и сравнительная характеристика // История государства и права. — Вып. 3. — 2007.
223. *Муравйов В. І.* Національні інститути в системі органів Європейського Союзу // Часопис Київського ун-ту права. — 2004. — № 3.
224. *Мусульманское право.* Коран. — <http://www.confession.ru>.
225. *Мухаев Р. Т.* Теория государства и права. — М.: Юристъ, 2006. — 572 с.
226. *Мухаев Р. Т.* Теория государства и права. — М.: ЮНИТИ, ЮНИТИ-ДАНА, 2005. — 543 с.
227. *Мухаммад Икбал.* Возрождение религиозного мышления в исламе. — <http://www.islaam.ru>.
228. *Мухаммед аль-Худари Бек.* Основы мусульманского права. — Каир, 1938.
229. *Наслідки реалізації судових рішень у 1995 та 1996 роках // Практика Європейського суду з прав людини. — 1997. — Вып. 2.*
230. *Нерсисянц В. С.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. — М.: Российское право, 1992. — 349 с.
231. *Нерсисянц В.* Философия права: Учебн. — М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1998. — 652 с.

232. *Нерушимая дружба украинского и белорусского народов в период социализма / Отв. ред. Ю. Ю. Кондуфор. — К.: Наук. думка, 1978. — 271 с.*
233. *Общая теория государства и права: Академический курс. — В 3 т. / Под ред. М. Н. Марченко. — Т. 3. — М.: Норма, 2007. — 528 с.*
234. *Общая теория государства и права: Краткий элементарный учебный курс / Под ред. Э. А. Калининой. — Мн.: Молодежное научное общество, 2005. — 84 с.*
235. *Общая теория права и государства: Учебн. / Под общ. ред. В. В. Лазарева. — М.: Юристъ, 2003. — 517 с.*
236. *Общая теория права: Учебн. / Под. общ. ред. А. С. Пиголкина. — М.: Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1995. — 384 с.*
237. *Общая теория права: Учебн. / Под общ. ред. А. С. Пиголкина. — М.: Изд-во МГТУ им. Н. Э. Баумана, 1996. — 383 с.*
238. *Онан Э. С.* Ислам и конституционное строительство в странах Востока // Мусульманское право (структура и основные институты) / Отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. — М.: Ин-т гос. и права АН СССР, 1984.
239. *Онїщенко Н. М.* Гармонізація правової системи України: основні напрями та тенденції // Юридична газета. — № 8. — 28 вересня 2006 р.
240. *Онїщенко Н. М.* Інститут юридичної відповідальності держави перед особою: формування та тенденції розвитку // Судова апеляція. — 2007. — № 1.
241. *Онїщенко Н. М.* Проблема ефективності законодавства та сучасний розвиток // Віче. — 2007. — № 12.
242. *Онїщенко Н. М.* Механізм зближення національних правових систем в контексті гармонізації правової системи України // Треті юридичні читання: матеріали Міжнародної наукової конференції 25–26 квітня. — Т. 1. — К.: Вид-во НПУ ім. М. П. Драгоманова, 2007.
243. *Онїщенко Н. М., Томашевська М. О.* Гендерно-правова експертиза як складова правотворчого процесу в Україні // Порівняльно-правові дослідження: україно-грецький міжнародний науковий юридичний журнал. — 2006. — № 1.
244. *Оноре Т.* Про право: короткий вступ / Пер. з англ. — К.: Сфера, 2004. — 124 с.
245. *Ортега-и-Гассет Х.* Эстетика. Философия культуры. — М.: Искусство, 1991. — 586 с.
246. *Осауленко О. І.* Загальна теорія держави і права: Навч. посібник. — К.: Істина, 2007. — 336 с.

247. *Основы права* / Под ред. Г. Б. Шишко. — Мн.: Книжный Дом, 2005. — 416 с.
248. *Очерки сравнительного права*. — М.: Прогресс, 1981. — 257 с.
249. *Пазенок В. С.* Людина та її права: ціннісний вимір // Демократизація українського суспільства і права людини. — К.: КІТЕП, 2000.
250. *Першачкевич О. В., Прохорова А. А.* Страны Древнего Востока. — СПб., 2002. — 263 с.
251. *Петров Р.* Поняття «acquis communautaire» у праві Європейського Союзу // Право України. — 2003. — № 9.
252. *Петрова Л. В.* Джерела права (критичний методологічний досвід) // Вісник Академії правових наук України. — 1997. — № 1 (8).
253. *Пирцио-Биролі Д.* Культурная антропология тропической Африки. — М.: Восточная лит-ра, 2001. — 333 с.
254. *Підопригора О. А., Харитонов Є. О.* Римське право: Підручн. — К.: Юрінком Інтер, 2007. — 512 с.
255. *Погорілко В. Ф., Бобровник С. В.* Закон // Юрид. енцикл. — В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — Т. 2: Д–Й.
256. *Поляков А. В.* Общая теория права. — М.: Юрид. центр ПРЕСС, 1996. — 642 с.
257. *Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: Монографія* / О. В. Кресін (керівник авт. кол.), Л. А. Луць, О. О. Мережко та ін. / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К.: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2006. — Вип. 3. — 256 с. — (Серія «Енциклопедія порівняльного правознавства»).
258. *Порівняльне правознавство: Підручн. для студ. юрид. спец. вищих навч. закл.* / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов / За ред. В. Д. Ткаченка. — Х.: Право, 2003. — 274 с.
259. *Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту* / За заг. ред. В. Б. Авер'янова. — К.: Наук. думка, 2007. — 586 с.
260. *Права и свободы граждан в Конституции США и Билле о правах* // США: Конституция и права граждан. — М., 1987. — 315 с.
261. *Права людини в Україні — 2006.* Доповідь правозахисних організацій / За ред. Є. Захарова, І. Рапп, В. Яворського. — Х.: Права людини, 2007. — 528 с.
262. *Права ребенка в исламе.* — <http://islam.com.ua>.
263. *Право Европейского Союза в вопросах и ответах.* — М.: Проспект, 2005. — 304 с.
264. *Право ислама.* — <http://www.lawfulstate.ru/islam.htm>.

265. *Право быть человеком. Понимание прав человека: Сб. переводов.* — Мн., 2000. — 337 с.
266. *Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст.* / За ред. І. Б. Усенка. — К.: Наук. думка, 2006. — 280 с.
267. *Правові системи сучасності. Глобалізація. Демократизм. Розвиток* / В. С. Журавський, О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко та ін.; За заг. ред. В. С. Журавського. — К.: Юрінком Інтер, 2003. — 296 с.
268. *Правовые системы стран мира. Энцикл. слов.* / Отв. ред. А. Я. Сухарев — М.: НОРМА-ИНФРА, 2000. — 832 с.
269. *Правовые системы стран мира. Энцикл. справ.* / Отв. ред. А. Я. Сухарев. — М.: НОРМА, ИНФРА.М, 2001. — 840 с.
270. *Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні: Монографія* / Кол. авторів; За ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука. — К.: Юрид. думка, 2007. — 424 с.
271. *Проблеми общей теории государства и права: Учебн.* / Под ред. В. С. Нерсесянца. — М.: НОРМА, 1999. — 413 с.
272. *Проблеми общей теории права и государства: Учебн.* / Под ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2004. — 813 с.
273. *Проблеми общей теории права и государства: Учебн. для вузов* / Под ред. В. С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2008. — 832 с.
274. *Пузаков А. А.* Право и религия. — Иркутск, 1967.
275. *П'ятіна Н.* Державна політика Японії в галузі освіти. Зб. наукових праць Української Академії державного управління при Президентів України / За заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князева. — К.: ІАДУ, 2002. — Вип. 2. — 496 с.
276. *Рабінович П. М.* Норма права // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — Т. 4: Н–П. — К.: Укр. енцикл., 2002.
277. *Рабінович П. М.* Основы загалної теорії права та держави: Навч. посібник. — Л.: Край, 2007. — 192 с.
278. *Рабінович П. М.* Права людини: концептуальні засади // Права людини і громадянина: проблеми реалізації в Україні (Праці Львівської лабораторії прав людини Академії правових наук України). — К.: Ін Юре, 1998. — Вип. 1. — (Серія І. Дослідження і реферати).
279. *Рабінович П. М.* Система права // Юрид. енцикл.: В 6 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — Т. 5: П–С. — К.: Укр. енцикл., 2003.
280. *Рабінович П. М., Раданович Н. М.* Європейська конвенція прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти) // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-

дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Ред. кол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. — Вип. 4. — Л.: «Астрон», 2002. — 192 с. — (Серія І. Дослідження та реферати).

281. *Рабінович П. М., Федик Є. С.* Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини) // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Ред. кол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. — Вип. 5. — Л.: «Астрон», 2004. — 124 с. — (Серія І. Дослідження та реферати).

282. *Рада Європи.* Комітет міністрів. Рекомендація № R (2000) Комітету міністрів державам-членам щодо повторного розгляду або поновлення провадження у певних справах на національному рівні після прийняття рішень Європейським судом з прав людини // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 2000. — Вип. 1.

283. *Раянов Ф. М.* Проблемы теории государства и права (юриспруденции). — М.: Право и гос-во, 2003. — 303 с.

284. *Регулирование* института мирового соглашения в странах Западной Европы, США и Японии // Международное публичное и частное право. — 2004. — № 2 (17).

285. *Ренненкамф М. К.* О праве и нравственности и их взаимном отношении // Антологія української юридичної думки: В 6 т. — Т. 1. — К.: Юридична книга, 2002. — 568 с.

286. *Реут В.* Аналіз правозастосовчої практики в Республіці Білорусь: стан і проблеми // Юридична Україна: Щомісячний правовий часопис. — 2006. — № 5 (41).

287. *Решетников Ф. М.* Правовые системы стран мира: Справочн. — М.: Юрид. лит-ра, 1993. — 254 с.

288. *Решетников Ф. М.* Правовые системы стран мира: Справочн. — М.: НОРМА, 2003. — 967 с.

289. *Рид Д.* Спор о Сионе. — М.: Наука, 1993. — 639 с.

290. *Ролкер Р.* Английская судебная система / Пер. с англ. — М.: Юрид. лит-ра, 1980. — 632 с.

291. *Романов А. К.* Правовая система Англии: Учеб. пособие. — М.: Дело, 2002. — 343 с.

292. *Романов Р. А.* Теория государства и права. — СПб.: Питер, 2006. — 256 с.

293. *Рудинський Ф. М.* Закон, релігія, правонарушення. — Волгоград, 1979.

294. *Рулан Н.* Юридическая антропология. — М.: Норма, 1999. — 263 с.

295. *Рэдклифф-Браун А. Р.* Структура и функции в примирительном обществе. — М.: Восточная лит-ра, 2001. — 303 с.

296. *Савин В. А.* Испания. Конституция и законодательные акты. — М.: Прогресс, 1982. — 352 с.

297. *Савин А. Н.* Лекции по истории Английской революции. — М.: Университетская книга, 2000. — 535 с.

298. *Савчик М. В.* Порівняльне правознавство. Загальна частина: Навч. посібник. — К.: Центр навчальної літ-ри, 2005. — 288 с.

299. *Садовская О. Н.* Правовая система Италии: общетеоретическая характеристика основных элементов: Дис. ... канд. юрид. наук. — О., 2001. — 218 с.

300. *Сажина В. В., Тагунов Д. Е.* История государства и права зарубежных стран. — Мн., 2005.

301. *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). — М.: Юристъ, 2000. — 448 с.

302. *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебн. / Под ред. В. А. Туманова. — М.: Юристъ, 2003. — 441 с.

303. *Саидов А. Х.* Сравнительное правоведение. — М.: Норма, 2006. — 368 с.

304. *Сальников В. П., Степашин С. В., Хабибуллин А. Г.* Государство как феномен и объект типологии: теоретико-методологический анализ. — СПб.: Изд-во Санкт-Петербург. ун-та, 2001. — 203 с.

305. *Сергійчук І. М.* Новітня історія країн Азії та Африки / 1918 — кінець ХХ ст. — 2-ге вид. — Суми: Університетська книга, 2003. — 288 с.

306. *Сидоренко О. М.* Правова доктрина як вторинне джерело права // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наукових праць. — Вип. 29. — О.: Юрид. літ-ра, 2006.

307. *Сидоренко М. Й.* Теорія держави і права: Курс лекцій. — К.: Ун-т Україна, 2006. — 197 с.

308. *Сизиков М. И.* История государства и права. Хронология. — СПб.: ИНФРА-М, 2000. — 156 с.

309. *Сильченко Н. В.* Кодификационные акты и их типы // Советское государство и право. — 1980. — № 10.

310. *Синха С. П.* Юриспруденция. Философия права. — М.: Академия COLPI, 1996. — 301 с.

311. *Сирота И. М.* Все о пенсиях, пособиях, социальной защите граждан Украины: Научно-практ. комм. и сб. нормативн. актов. — 2-е изд., перераб. и доп. — Х.: Одиссей, 1999. — 591 с.
312. *Сіленко А. О.* Соціальна держава: еволюція ідей, сутність, перспективи становлення в Україні: Дис. ... д-ра політ. наук: 23.00.02 / Південноукраїнський педагогічний ун-т ім. К. Д. Ушинського. — О., 2000. — 421 с.
313. *Скакун О. Ф.* Общее сравнительное правоведение: основные типы (семья правовых систем мира). — К.: Ін Юре, 2008. — 464 с.
314. *Скакун О. Ф.* Правова система — держави, суспільства, регіону, світу? (щодо базових категорій порівняльного правознавства): відкрита лекція. — К., Х., Сімферополь / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — Вип. 12. — К.: Логос, 2007. — 32 с. — (Серія науково-методичних видань «Академія порівняльного правознавства»).
315. *Скакун О. Ф.* Теория государства и права: Учебн. — Х.: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. — 704 с.
316. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права: Підручн. — Х.: Консум, 2001. — 565 с.
317. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права: Підручн. / Пер. з рос. — Х.: Консум, 2006. — 656 с.
318. *Скрипичев Е. А.* История государства и права Древнего мира: Учеб. пособие. — М., 1993. — 413 с.
319. *Скрипнюк О. В.* Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики. До 10-річчя незалежності України: Монографія / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України — К., 2000. — 600 с.
320. *Сліпушко О. М.* Тлумачний словник чужомовних слів в українській мові. Правопис. Граматика / Під. ред. В. А. Михалко. — К.: Криниця, 1999. — 511 с.
321. *Словарь иностранных терминов* / Под ред. И. В. Лехина, С. М. Локшиной, Ф. Н. Петрова (глав. ред.) и др. — 6-е изд., перераб. и доп. — М.: Советская энцикл., 1964. — 784 с.
322. *Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты.* — М.: Прогресс, 1993. — 765 с.
323. *Социальное государство и защита прав человека* / Отв. ред. Е. А. Лукашева. — М.: ИГиП РАН, 1994. — 148 с.
324. *Спасов Б.* Закон и его толкование. — М.: Юрид. лит-ра 1986. — 246 с.
325. *Стівак В. І.* Правова культура виборів в Україні: теорія і практика: Монографія / За ред. Ю. С. Шемшученка. — К.: Юрид. думка, 2006. — 156 с.

326. *Сунна.* — Википедия: Свободная энциклопедия. — <http://ru.wikipedia.org>.
327. *Сунь-Цзі.* Искусство стратегии. — М.: Эксмо; Спб.: Мидгард, 2007. — 528 с.
328. *Сунатаев М. А.* Правовой обычай как источник права в развивающихся странах // Источники права. — М.: Наука, 1985.
329. *Сухов А. Д.* Религия как общественный феномен. — М.: Мысль, 1980.
330. *США: Конституция и права граждан* / Отв. ред. И. А. Гивский. — М.: Мысль, 1987. — 315 с.
331. *Сюкияйнен Л. Р.* Шариат и мусульманско-правовая культура. — М.: Ин-т гос. и права РАН, 1997. — 45 с.
332. *Сюкияйнен Л. Р., Лихачев В. А.* Мусульманское деликтное право и уголовное законодательство стран зарубежного Востока // Мусульманское право (структура и основные институты) / Отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. — М.: Ин-т гос. и права АН СССР, 1984.
333. *Сюкияйнен Л. Р.* Доктрина как источник мусульманского права // Источники права. — М.: Наука, 1985.
334. *Сюкияйнен Л. Р.* Концепции халифата и современное государственно-правовое развитие зарубежного востока // Ислам: проблемы, идеология, права, политики и экономики: Сб. стат. / Отв. ред. А. И. Ионова. — М.: Наука, 1985.
335. *Сюкияйнен Л. Р.* Структура мусульманского права // Мусульманское право (структура и основные институты) / Отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. — М.: Ин-т гос. и права АН СССР, 1984.
336. *Ташлов Р. З.* Особенности развития мусульманского права в период правления династии Омейядов // Электронный журнал «Исследования в России». — <http://zhurnal.ape.relarn.ru/articles/2004>.
337. *Толкачева Н.* Звичаєве право. — 2-ге вид., доп. і перероб. — К.: ВПЦ Київський ун-т, 2006. — 367 с.
338. *Телушкин Р.* Еврейский мир. Важнейшие знания о еврейском народе, его истории и религии. — М.: Знание, 1998. — 289 с.
339. *Теория государства и права* / Под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: ИД Форум: ИНФРА-М, 2008. — 624 с.
340. *Теория государства и права* / Под ред. М. М. Рассолова. — М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. — 735 с.
341. *Теория государства и права: Курс лекций* / Под ред. М. Н. Марченко. — М.: Зерцало, ТЕИС, 1996. — 475 с.

342. *Теория государства и права: Курс лекций* / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — М.: Юристъ, 2000. — 776 с.
343. *Теория государства и права: Курс лекций* / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — М.: Юристъ, 2005. — 540 с.
344. *Теория государства и права: Учебн.* / Отв. ред. В. Д. Перевалов. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, 2007. — 496 с.
345. *Теория государства и права: Учебн.* / Под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. — М.: НОРМА — ИНФРА-М, 2000. — 616 с.
346. *Теория государства и права* / Под ред. Е. И. Темнова. — М.: Кнорус, 2007. — 384 с.
347. *Теория права и государства: Учебн.* / Под общ. ред. А. С. Васильева. — Х.: Одиссей, 2006. — 479 с.
348. *Теория держави і права. Академічний курс: Підручн.* / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 688 с.
349. *Теория держави і права: Навч. посібник* / За ред. С. Л. Лисенкова, В. В. Копейчикова. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — 368 с.
350. *Теория держави та права: Посібн. для підгот. до іспитів* / С. М. Тимченко, Р. А. Калужний, Н. М. Пархоменко та ін. — 2-ге вид., виправ. та перероб. — К.: ПАЛИВОДА А. В., 2006. — 176 с.
351. *Тихиня В. Г.* Правовое государство как национальная идея Республики Беларусь // *Юридический журнал*. — 2005. — № 1.
352. *Тихомиров Ю. А.* Теория закона. — М.: Наука, 1982. — 257 с.
353. *Толковая Библия, или комментарий на все книги Св. Писания Ветхого и Нового Завета.* — Т. II: Книга судей. — Стокгольм, 1987.
354. *Тополевський Р. Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2004. — 19 с.
355. *Торкунов М. А.* Множественность преступлений в уголовном законодательстве Японии: В 3-х т. / Науч. труды Российской Академии юридических наук. — Вып. 4 — Т. 2. — М.: Юристъ, 2004.
356. *Туманов В. А.* Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В. К. Бабаева. — Нижний Новгород, 1993.
357. *Угринович Д. М.* Религия как социальное явление // *Наука и религия*. — 1982. — № 8.
358. *Уолкер Р.* Английская судебная система / Отв. ред. Ф. М. Решетников. — М.: Юрид. лит.-ра, 1980. — 632 с.
359. *Усенко І. Б.* Правовий звичай як джерело українського права й об'єкт дослідження вітчизняних правознавців // *Право в системі соціальних норм: історико-юридичні аспекти: Матеріали XIII історико-пра-*

- вої конференції (м. Чернівці, 20–22 травня 2005 р.).* — Чернівці: Рута, 2005.
360. *Ушаков О. М.* Стан правового порядку в сучасному українському суспільстві та етапи його формування // *Держава і право: Зб. наук. праць.* — *Юридичні і політичні науки / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.* — Вип. 24. — К., 2005. — С. 67-70.
361. *Фан Ден Берг Л. В. С.* Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии / Перевод с голл. — СПб., 1882.
362. *Федераліст: коментар до Конституції Сполучених Штатів / А. Гамільтон, Д. Медисон, Д. Джей.* — Пер. з англ. — К.: Сфера, 2002. — 542 с.
363. *Федоров К. Г.* История держави і права зарубіжних країн: Навч. посібник. — К.: Вища шк., 1994. — 464 с.
364. *Фейербах Л.* Избранные философские произведения. — М.: Госполитиздат, 1955. — Т. 1. — 676 с.
365. *Филлипов А. В.* Специфика проведения реформ в Японии: цели, предпосылки и формы // *Доклад на XX научной конференции по историографии и источниковедению истории стран Азии и Африки.* — СПб. — 6–7 апреля 1999 г.
366. *Філософський енциклопедичний словник.* — К.: Абрис, 2002. — 742 с.
367. *Флавий И.* Иудейская война. — М.: Наука, 1991. — 511 с.
368. *Фридмен Л.* Введение в американское право. — М.: Прогресс, 1993.
369. *Фулей Т. І.* Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — 20 с.
370. *Фуллер Л.* Анатомия права. — К.: Сфера, 1999. — 208 с.
371. *Фуллер Л.* Анатомия права / Пер. с англ. — К.: Сфера, 2004. — 144 с.
372. *Хайдарова М. С.* Основные направления и школы мусульманского права // *Мусульманское право (структура и основные институты) / Отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен.* — М.: Ин-т гос. и права АН СССР, 1984.
373. *Хайек Ф. А.* Право, законодательство та свобода: нове викладення широкіх принципів справедливості та політичної економії: В 3-х т. — Т. 1: *Правила та порядок* / Пер. з англ. — К.: Сфера. — 1999. — 196 с.
374. *Харитонов Є. О., Харитонова О. І.* Деякі методологічні проблеми визначення типології національної правової системи України // *Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: Зб. наук. статей / За ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресін; Упор. О. В. Кресіна,*

О. М. Редькіна, за участі К. О. Черніченка / Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Таврійський національний ун-т ім. В. І. Вернадського, Київський ун-т права НАН України. — К., 2006.

375. *Бехруз Хашматулла*. Введение в сравнительное правоведение: Учеб. пособие / Одесская национальная юридическая академия. — О.: Юрид. літ-ра, 2002. — 328 с.

376. *Бехруз Хашматулла*. Исламские традиции права. — О.: Юрид. літ-ра, 2006. — 296 с.

377. *Харитонов О. І., Харитонов Є. О.* Порівняльне право Європи. — Х.: Одіссей, 2006. — 624 с.

378. *Хвостов В. М.* Общая теория права. Элементарный очерк. — Вильно, 1914.

379. *Хорошковська Д. Ю.* Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2006.

380. *Хрестоматія* по всеобщей истории государства и права: Учеб. пособие / Сост. В. Н. Садилов; Под ред. З. М. Черниловского. — М.: Гардарика, 1998. — 413 с.

381. *Хропанюк В. Н.* Всемирная история государства и права: Учеб. пособие. — М., 1999.

382. *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права / Под ред. В. Г. Стрекозова. — М.: ДТД, 1995. — 384 с.

383. *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права. — М.: Интерстиль, Омега-М, 2008. — 384 с.

384. *Хусейн Хамид Хасан*. Принцип равенства в исламе // Ведущий рассылки: Айдын Али-заде (mailto:alizadeh@mail.ru).

385. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. — М.: Международные отношения, 1998. — Т. 1: Основы. — 480 с.

386. *Цветков В. В., Горбатенко В. П.* Демократія — Управління — Бюрократія: в контексті модернізації українського суспільства: Монографія. — К.: Інститут держави і права ім. В. І. Корецького НАН України, 2001. — 248 с.

387. *Цвік М.* Про сучасне праворозуміння // Вісник Академії правових наук України — 2000. — № 4 (27).

388. *Цивільний кодекс України*: Наук.-практ. коментар: У 2-х ч. / За заг. ред. Я. Ш. Шевченко. — Ч. 1. — К.: Ін Юре, 2004. — 692 с.

389. *Цытин В. А.* Церковное право: Курс лекций. — М.: Изд-во МФТИ, 1994. — 442 с.

390. *Чельцов-Бебутов М. А.* Курс уголовно-процессуального права. — СПб.: Альфа, 1995. — 846 с.

391. *Червонюк В. И.* Теория государства и права: Учебн. — М.: ИНФРА-М., 2006. — 704 с.

392. *Черноков А. Э.* Введение в сравнительное правоведение: Учеб. пособие. — СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2007. — 207 с.

393. *Чиркин В. Е.* Конституционное право зарубежных стран. — М.: Юрист, 1997. — 566 с.

394. *Чиркин В. Е.* Мусульманская концепция права // Мусульманское право (структура и основные институты) / Отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен. — М.: Ин-т гос. и права, 1984.

395. *Шабанов Ф. Ш., Алиев Р. Я.* Некоторые положения ханифитской юриспруденции // Ислам: проблемы идеологии, права, политики и экономики: Сб. статей / Отв. ред. А. И. Ионова. — М.: Наука, 1985. — 279 с.

396. *Шаповал В. М.* Ізраїль // Юрид. енцикл.: в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. — Т. 2: Д-Й. — К.: Укр. енцикл., 1998. — С. 661.

397. *Шарль Р.* Мусульманское право / Пер. с франц. — М.: Политиздат, 1959. — 311 с.

398. *Шевчук С.* Основи конституційної юриспруденції. — К.: Український центр правничих студій, 2001. — 302 с.

399. *Шевчук С.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — К.: Реферат, 2007. — 640 с.

400. *Шевчук С.* Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — К.: Реферат, 2006. — 848 с.

401. *Шемшученко Ю. С.* Право // Юрид. енцикл.: В 6 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко та ін. — Т. 5. — К.: Укр. енцикл., 1998.

402. *Шемшученко Ю. С.* Правовий нігілізм // Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. — К.: Юрид. думка, 2007.

403. *Шемшученко Ю. С.* Роль і значення Конституції України у державотворенні і правотворенні: проблеми теорії і практики // Конституційні засади державотворення і правотворення в Україні: проблеми теорії і практики / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — К., 2006.

404. *Шишкін В. І.* Судові системи країн світу: Навч. посібник: У 3-х кн. — Кн. 1. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — 320 с.

405. *Шляхтун П. П.* Конституційне право України: Підручн. — К.: Освіта України, КНТ, 2008. — 592 с.

406. *Энциклопедия* Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона (1890–1916 гг.). — <http://bref.nm.ru>.

407. *Юрашевич Н.* Право и справедливость: соотношение явлений // Юстиция Беларуси. — 2005. — № 5.

408. *Юридическая энциклопедия* / Под общ. ред. Б. Н. Топорнина. — М.: Юристъ, 2001. — 1267 с.

409. *Юхо І.* Крыніцы беларуска-літоўскага права. — Мн.: Беларусь, 1991. — 238 с.

410. *Юхо Я. А.* Узнікненне дзяржавы і яе сутнасць // Беларускі гіст. часопіс. — 1997. — № 7.

411. *Юхо Я. М.* Учебное пособие по истории государства и права Республики Беларусь. — Ч. 2. — Мн., 1995. — 195 с.

412. *Явич Л. С.* Сущность права. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1985. — 207 с.

413. *Яцкевич И. Г.* История государства и права славянских народов. — Мн.: Изд-во МИУ, 2005. — 175 с.

Монографія

Шемшученко Юрій Сергійович
Копиленко Олександр Любимович
Зайчук Олег Володимирович
Онщенко Наталія Миколаївна
Зайчук Юрій Володимирович
Тарахонич Тетяна Іванівна
Пархоменко Наталія Миколаївна
Богініч Олег Леонідович
Львова Олена Леонідівна
Макаренко Лариса Олександрівна
Демічева Вікторія Володимирівна
Васецький Вячеслав Юрійович
Вовраженцева Ксенія Петрівна
Гречанюк Світлана Володимирівна
Міма Ірина Валеріївна

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО (ПРАВОВІ СИСТЕМИ СВІТУ)

*Відповідальний редактор О. В. Зайчук
Науковий редактор Н. М. Онщенко*

Редактор *Т. Ю. Дяченко*
Коректор *З. Д. Резницька*
Оригінал-макет *З. Д. Резницької*
Обкладинка *Є. Ільницького*

НБ ПНУС



779184

Підписано до друку 28.07.2008.

Формат 60x84/16. Папір офсетний. Гарнітура PetersburgC.
Ум. друк. арк. 28,37. Обл.-вид. арк. 33,61. Тираж 1000 пр. Вид. № 481.

Парламентське видавництво
04053, м. Київ, пров. Несторівський, 4
Тел.: 272-12-61, факс: 272-10-18
E-mail: editorial@parliamentpublish.kiev.ua

Свідоцтво Держкомінформу України ДК № 69 від 29.05.2000 р.

Віддруковано у Парламентському видавництві

Вступ
1. Порівняльне правознавство: поняття, предмет, завдання
2. Історія порівняльного правознавства
3. Методи порівняльного правознавства
4. Порівняльне правознавство в Україні
5. Порівняльне правознавство в Україні: проблеми та перспективи
6. Порівняльне правознавство в Україні: проблеми та перспективи
7. Порівняльне правознавство в Україні: проблеми та перспективи
8. Порівняльне правознавство в Україні: проблеми та перспективи
9. Порівняльне правознавство в Україні: проблеми та перспективи
10. Порівняльне правознавство в Україні: проблеми та перспективи

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО
(ПРАВОВІ СИСТЕМИ СВІТУ)

О. В. Зайчука, Н. М. Онщенко

Порівняльне правознавство (правові системи світу): Монографія / За ред. П59 О. В. Зайчука, Н. М. Онщенко. — К.: Парламентське вид-во, 2008. — 488 с.

Монографія присвячена прикладним характеристикам у сфері порівняльного правознавства в умовах сучасних глобалізаційних змін і перетворень. Автори вдало поєднують усталені класичні підходи (поняття, природа, сутність, елементний склад правових систем) з новими підходами та вимірами: аналіз правових систем сучасності з урахуванням антропології, герменевтики і синергетики.

Розрахована на науковців, політиків, державних діячів, аспірантів, студентів тощо.

ISBN 976-966-611-629-4.

**УДК 440.5
ББК 67**

Автори запропонованого видання є провідними спеціалістами в галузі теорії держави і права та порівняльного правознавства **Інституту законодавства Верховної Ради України та Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.**

Ця книга продовжує дослідження, розпочате у колективній монографії «Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження)», де розглядається проблематика правового розвитку та сучасного стану порівняльного правознавства.

Автори не обмежуються викладенням традиційної тематики щодо порівняльного правознавства, аналізують правові системи сучасності з позицій різних наукових напрямів (антропології, герменевтики та синергетики права). Існування кожної правової системи розглядається у контексті цивілізаційних основ та специфіки менталітету народів певного регіону (континенту).

Серед останніх робіт авторського колективу, присвячених актуальним проблемам правового розвитку, – «Теорія держави і права. Академічний курс» (К., 2006), «Вступ до теорії правових систем» (К., 2006); «Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні» (К., 2007); «Гендерні паритети в умовах трансформації суспільства» (К., 2007); «Порівняльне правознавство. Теоретико-правове дослідження» (К., 2007) та ін.

