

ДНІПРОПЕТРОВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ВНУТРІШНІХ СПРАВ

А.М. Кучук, Ю.С. Завгородня

ЮРИДИЧНА КОМПАРАТИВІСТИКА

Навчально-методичний посібник

Дніпро – 2018

УДК 340.5
Ю 70

*Ухвалено до друку Вченою радою
Дніпропетровського державного університету
внутрішніх справ 20 червня 2017 р., протокол № 10*

РЕЦЕНЗЕНТИ:

Ю.А. Ведерніков, ректор Університету сучасних знань, кандидат юридичних наук, професор;

Є.В. Білозьоров, заступник директора навчально-наукового інституту №2 з навчально-методичної та наукової роботи Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент.

Автори навчального посібника:

Кучук А.М. – кандидат юридичних наук, доцент – розділи 1-3, 5;
Завгородня Ю.С. – кандидат юридичних наук – розділ 4.

Ю 70 Юридична компаративістика: навч.-метод. посіб. /
А.М. Кучук, Ю.С. Завгородня. – Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т
внутр. справ, 2018. – 112 с.

ISBN 978-617-7665-20-4

Навчальний посібник підготовлено відповідно до програми навчальної дисципліни «Юридична компаративістика». З урахуванням сучасних досягнень юридичної науки, а також юридичної практики Європейського суду з прав людини та норм міжнародного права системно висвітлено основні світоглядні ідеї та категорії порівняльного правознавства.

Розраховано на студентів, курсантів і викладачів вищих навчальних закладів юридичного профілю, а також усіх тих, хто цікавиться питаннями порівняльного правознавства.

ISBN 978-617-7665-20-4

УДК 340.5

© ДДУВС, 2018

© Автори, 2018

З М І С Т

Передмова	4
Розділ 1. Юридична компаративістика: предмет, методологія	5
§ 1. Юридична компаративістика як самостійна навчальна дисципліна	5
§ 2. Методологія юридичної компаративістики	8
§ 3. Правовий поліцентризм як принцип пізнання правових явищ	19
Контрольні запитання	24
Розділ 2. Романо-германська правова сім'я	25
§ 1. Поняття та структура права у державах романо-германської правової сім'ї	25
§ 2. Форми права у державах романо-германської правової сім'ї	31
§ 3. Правова держава як правова цінність західної культури	37
Контрольні запитання	41
Розділ 3. Сім'я загального права	42
§ 1. Поняття та етапи становлення англосаксонської правової системи	42
§ 2. Структура та джерела англійського права	44
Контрольні запитання	52
Розділ 4. Релігійно-традиційні правові сім'ї	53
§ 1. Релігійна правова сім'я у сучасних умовах	53
§ 2. Сім'я звичаєвого права: загальна характеристика	59
Контрольні запитання	65
Розділ 5. Порівняльно-правові дослідження міжнародного та європейського права	66
§ 1. Основи порівняльно-правових досліджень міжнародного та європейського права	66
§ 2. Практика ЄСПЛ про відсутність єдиного розуміння цінностей	78
Контрольні запитання	84
Бібліографічний список	85
Предметний покажчик	87
Додатки	90
Додаток А. Справа Бушеля	90
Додаток Б. Справа спелеологів	93

ПЕРЕДМОВА

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

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

Розділ 1. ЮРИДИЧНА КОМПАРАТИВІСТИКА: ПРЕДМЕТ, МЕТОДОЛОГІЯ

§ 1. Юридична компаративістика як самостійна навчальна дисципліна.

§ 2. Методологія юридичної компаративістики.

§ 3. Правовий поліцентризм як принцип пізнання правових явищ.

§ 1. Юридична компаративістика як самостійна навчальна дисципліна

Юридична компаративістика є доволі молодою навчальною дисципліною. Її поява є закономірним результатом глобалізаційних процесів, що відбуваються у сучасному світі. Юридична компаративістика має свій предмет. Саме специфіка предмету і визначає місце юридичної компаративістики в системі юридичних навчальних дисциплін.

Порівняння як таке відбувалося навіть у додержавному суспільстві. Однак, важливим етапом генези юридичної компаративістики є вихід журналів з порівняльного правознавства (Німеччина – у 1829 році, Франція – у 1834 році) і створення кафедр порівняльного правознавства:

- у 1831 році в Колежі де Франс;
- у 1846 році в Паризькому університеті.

Як окрема навчальна дисципліна юридична компаративістика виникає у другій половині ХХ століття. На сьогодні ще відбувається формування понятійного апарату порівняльного правознавства, уточнюється предмет.

Кожна навчальна дисципліна має власний предмет **вивчення** – це явище, що зумовлює проблемну ситуацію й обране для пізнання. Правничі навчальні дисципліни, до яких належить і юридична компаративістика, вивчають правові явища. Тому об'єктом правничих наук є право та інші правові явища. У межах об'єкта міститься предмет. *Об'єкт і предмет як категорії наукового процесу співвідносяться між собою як загальне і конкретне.* В об'єкті виокремлюється та його частина, що є предметом. При цьому **предмет** – це теоретичне відтворення тих суттєвих зв'язків і відносин, які підлягають безпосередньому вивченню.

Кожна правнична наука, досліджуючи право загалом, акцентує увагу на окремих аспектах правової дійсності, що і складають предмет цієї науки. Тобто предметом конкретної юридичної науки є відповідна частина об'єкта правничих наук –права та інших правових явищ. Саме предмет науки є підставою для диференціації правознавства на різні галузі наукових знань.

Юридична компаративістика належить до загальнотеоретичних правничих навчальних дисциплін.

Юридична компаративістика являє собою систему накопичених знань про право та інші правові явища, що отримані у процесі порівняльних досліджень.

Юридична компаративістика (від лат. *comparativus* – порівняння) передбачає зіставлення права та інших правових явищ.

На думку Г. Ф. Шершеневича, метою порівняння права різних народів на різних рівнях культури є з'ясування загальних законів розвитку права.

Предметом порівняльного правознавства називаються загальні та окремі, глобальні та внутрішньоглобальні закономірності виникнення, розвитку і функціонування правових систем світу, які пізнаються через виявлення між ними схожості та відмінностей на мікро- та макрорівнях (О.Ф. Скакун).

«Дискусійним є питання про те, чи існують взагалі ці закономірності. Для марксистської загальної теорії держави і права це питання беззаперечне. Так, існують загальні закони розвитку суспільства, держави і права. Для інших напрямків політичної і правової думки відповідь на це питання не така очевидна. Наприклад, цивілізаційний підхід до проблем суспільного розвитку виходить з того, що існували різні цивілізації, в тому числі такі, які не знали ні держави, ні права. Цей підхід відповідає певним історичним фактам. Протягом тисячоліть існували й успішно функціонували суспільства, в яких не було права і навіть держави. По-друге, велика частина проблематики загальної теорії держави і права взагалі не належить до об'єктивних законів суспільного розвитку, а належить до догматичної юриспруденції, основу якої становить панівна авторитетна думка вчених-правознавців. Самі ці думки є об'єктом вивчення загальної теорії держави і права у формі висловлених суджень, понять, категорій, концепцій, доктрин і т.д.» (А.Т. Широков).

Предметом порівняльного правознавства, на думку А. Х. Саїдова, є: теорія порівняльно-правового методу; порівняльне вивчення основних правових систем сучасності; традиційне «порівняльне законодавство»; функціональне порівняння; історико-порівняльне вивчення права.

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

Предметом юридичної компаративістики можна вважати «правову мапу» світу.

Знання предмета юридичної компаративістики дозволяє з'ясувати її функціональне призначення.

Функції юридичної компаративістики – це основні напрями її теоретичного впливу на систему юридичних наук та практичного впливу на суспільство, з метою його поступального прогресивного перетворення.

До функцій юридичної компаративістики слід віднести такі:

1. *Пізнавальну (гносеологічну)* – полягає у з'ясуванні та поясненні правових явищ.

2. *Евристичну* – полягає у віднайденні нових тенденцій виникнення, функціонування та розвитку правових явищ.

3. *Прогностичну* – полягає у передбаченні на основі пізнаних тенденцій можливих напрямів розвитку держави і права. Юридична компаративістика не обмежується пізнанням і поясненням державно-правових явищ.

4. *Ідеологічну*. Будь-яка навчальна дисципліна – це система поглядів на предмет вивчення. Зміст цих поглядів залежить від ідей, які покладено в їх основу. Тому отримані знання про правові явища ґрунтуються на певній ідеологічній основі та, відповідно, впливають на формування певної ідеології суспільства. *Ідеологія – це система основоположних ідей, понять, поглядів, відповідно до яких формуються світогляд і життєва позиція особи, соціальних груп, всього суспільства.* Без ідеологічного підґрунтя, тобто інтегруючих ідеологічних настанов і мотивів, ні особа, ні суспільство, ні держава існувати не можуть. Не випадково, що кризові періоди у суспільстві, як правило, супроводжуються втратою ідеологічних орієнтирів, бездуховністю та розбратом.

Отже, справляючи ідеологічний вплив на суспільну та індивідуальну правосвідомість, юридична компаративістика впливає на ідеологічний стан суспільства та його структуру, а також на поведінку учасників суспільних відносин.

Ці функції характерні для всіх навчальних дисциплін. Слід також виокремити функції, що виконує безпосередньо юридична компаративістика.

5. *Методологічну* – виражається у формуванні понятійного апарату юридичних наук, визначенні методологічних засад дослідження правових явищ.

Положення та висновки юридичної компаративістики є основою для інтерпретації правових явищ.

§ 2. Методологія юридичної компаративістики

Важливим етапом наукового пізнання є вибір методів, використання яких дозволить отримати максимально об'єктивні і повні знання про предмет.

Вибір способів (засобів) пізнання залежить передусім від предмету дослідження. Право є соціокультурним явищем; елементом культури відповідного суспільства. Тому проведення порівняльних досліджень потребує використання не лише логічних методів, а і таких підходів як аксіологічний, герменевтичний, феноменологічний та ін.

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

Зазвичай методологія розглядається як:

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

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

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

Методологія наукового пізнання права – це наукової категорії, якою позначається іманентне науці рефлексивне явище, що являє собою інструментарій, а також систему узагальненого знання про цей інструментарій та можливості його використання для пізнання права та інших правових явищ.

Систему принципів, підходів та методів пізнання правових явищ складають:

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

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

Важливе значення для розвитку наукового знання мало учення Бекона про ідоли (привиди), які являють собою спотворені образи реальності, стереотипи сприйняття, хибні уявлення про природу речей, що заважають об'єктивному сприйняттю дійсності. Френсіс Бекон виокремлює чотири види таких ідолів: роду, печери, площі і театру. Мислитель зазначав, що самій природі людини чи самому роду людей іманентні ідоли роду, оскільки помилково стверджувати, що відчуття людини є мірою речей, адже вони (відчуття) ґрунтуються на аналогії людини, а не на аналогії світу. Розум людини у цьому випадку уподібнюється до кривого дзеркала, яке додаючи до природи речей власну природу відображає останні у викривленому і спотвореному вигляді.

Окремій людині властиві хиби сприйняття, що їх можна назвати ідолами печери, адже у кожного, крім помилок властивих роду людському, є своя власна печера, яка послаблює і спотворює світ природи. Причин для цього існує багато, ними зокрема можуть бути: різниця у враженнях, природжені особливості людини, виховання і спілкування з іншими, читання книжок, поклоніння перед власними авторитетами. Таким чином, дух кожного, залежно від самої людини, цілком змінне явище, нестійке, навіть випадкове.

Ідоли площі є наслідком іманентності людини до взаємодії з іншими, взаємної пов'язаності і співтовариства людей. Через спілкування суб'єктів ці ідоли і названі ідолами площі. Люди об'єднуються і взаємодіють завдяки мові. Слова утворюються відповідно до примх натовпу. Тому погане і безглузде установлення

слів таким чином «затуманює» розум, вводить його у оману. Визначення та роз'яснення, якими звикли «озброюватися і охороняти себе вчені люди», жодним чином не допомагають справі. Відповідно слова значно впливають на розум, змішують все і ведуть людей до порожніх і незліченних спорів і тлумачень.

Останнім четвертим видом ідолів є ідоли театру. Вони є наслідком різних догматів філософії, а також з перекручених законів доказування. Френсіс Бекон назвав їх так тому, що на його думку скільки є прийнятих або винайдених філософських систем, стільки поставлено і зіграно комедій, що представляють вигадані і штучні світи. До того ж, мав на увазі не лише філософські системи, які існують зараз або існували раніше, так як казки такого роду могли б бути написані і складені багаточисельно, адже взагалі у дуже різних помилок бувають майже одні й ті ж причини. Мислитель розумів не тільки загальні філософські учення, а й численні принципи і аксіоми наук, які «отримали силу» внаслідок передавання, віри і безтурботності

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

- *правового поліцентризму*, що вимагає врахування того, в межах якої правової сім'ї, правової цивілізації досліджуються правові явища;

2) підходи до пізнання права – *елемент методології, що являє собою сукупність вихідних положень і методів, які у взаємозв'язку з предметом обумовлюють напрям пізнання його конкретного аспекту:*

- *діалектичний* – вимагає з'ясування генези правових явищ, їх взаємозв'язку з іншими явищами суспільної дійсності. Те, що за радянських часів цей підхід ґрунтувався виключно на класових позиціях, зовсім не означає його безперспективності. Ще очікують на своє використання в аспекті методологічного значення такі категорії діалектики, як «можливість» і «дійсність» (при дослідженні, наприклад, правові реальності), «зміст» і «форма» (при дослідженні змісту форм права), «сутність» і «явище» (при дослідженні сутності права тощо),

«простір» і «час» (при дослідженні меж чинності нормативно-правових актів), «ціле» й «частина» (при дослідженні елементів системи права тощо) та ін. По-новому мають бути використані й закони діалектики (єдності та боротьби протилежностей, переходу кількісних змін у якісні, заперечення заперечення);

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

Цей підхід доповнює діалектичний, вказуючи, зокрема, що у системи не має наперед однозначно визначеного напрямку розвитку, «зняття протилежностей» може відбуватися не тільки у напрямку переходу кількості у якість, а передусім зважаючи на індетермінізм та синергію. Відкриття другого закону термодинаміки, одне з формулювань якого має наступний вигляд: «Кожна система прагне перейти від порядку до безпорядку», значні досягнення природничих наук, зокрема фізики у ХХ столітті (принцип додатковості Н. Бора, теорія відносності А. Ейнштейна, квантова фізика загалом), значно вплинули на гуманітарну сферу знань, фактично сприяючи становленню синергетичної теорії.

Відкритість права як системи є одним із факторів ефективності інтеграційних процесів, зокрема євроінтеграції, гармонізації та ефективної комунікації між суспільствами з різними системами права. Для прикладу можна навести право Федеративної Республіки Німеччини, для якого властивим є превалювання нормативно-правового акту як основної форми права. Водночас, членство Німеччини у Раді Європи та визнання юрисдикції ЄСПЛ зумовило активне використання у цій державі і судового прецеденту.

Право є не статичним, а динамічним явищем (хоча це не означає, що воно не є стабільним; праву властива і певна стабільність, інакше воно не змогло б виконувати свою основну функцію – регулювання суспільних відносин), відповідно, зрозуміти причини еволюції, коеволюції суспільства і права, встановити фактори таких змін і дозволяє саме синергетичний підхід.

При проведенні компаративних досліджень має використовуватися методологічний комплекс: **аксіологічний, феноменологічний і герменевтичний підходи.**

Дослідження соціальних явищ, яким є і право, має ґрунтуватися на аксіологічному підході. Одним із предметів філософських дискусій (а ще більше теологічних) є наявність / відсутність абсолютних цінностей, однією з яких, наприклад, можуть бути права людини.

Одним з положень, яке опосередковано дією принципу Бора є *«факт відкриття німецьким фізиком Вернером Гейзенбергом, закону співвідношення невизначеностей. Його дію можна визначити як визнання неможливості однакового опису двох об'єктів з однаковою точністю, якщо ці об'єкти належать різним системам»*¹. Таке суто фізичне положення з повною мірою відноситься і до вивчення права. Перефразувавши Вернера Гейзенберга можна наступним чином сформулювати співвідношення невизначеностей: неможливо одночасно досліджуючи право різних культур (цивілізацій), отримати єдине правильне знання про право.

Зміст аксіологічного підходу передбачає низку положень, які необхідно врахувати досліднику, до яких зокрема належать такі:

- рівноцінність різних поглядів на право, різних концепцій розуміння права; неправильність твердження про «неповноцінність» інших культур, їх недорозвиненість тощо;
- дослідження соціального явища, в тому числі і права, має враховувати культурне середовище в якому воно перебуває;
- синергія замість поглинання і нав'язування;
- прагматизм, що заснований на соціокультурному розумінні цінностей.

М. Вебер у праці «Економіка і суспільство» описав, що одна і та ж релігія по-різному сприймається різними верствами суспільства, зокрема соціолог розглядав селян, ремісників, купців, знать, інтелігенцію. Світогляд у людей одного стану доволі подібний, особливо якщо ці стани відносно замкнені і майже не існує виражаючись сучасною мовою соціальних ліфтів.

У рішенні у справі «Еванс проти Сполученого Королівства» (Evans v. the United Kingdom) ЄСПЛ зазначає, що на міжнародному рівні відсутній єдиний підхід щодо нормативно-правового регулювання штучного запліднення та використання ембріонів. «Сполучене Королівство було не єдиною державою — членом Ради Європи, яка

¹ Принцип додатковості, його прояви і сутність [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ukr-article.com/index.php?newsid=38333>.

надавала право кожній зі сторін штучного запліднення відмовитися від своєї згоди на проведення такого запліднення на будь-якій його стадії аж до моменту імплантації ембріона. Оскільки використання штучного запліднення стосується делікатних моральних та етичних питань на фоні швидкого розвитку медицини та науки загалом й оскільки питання, порушені у справі, стосуються тих сфер, у яких не було спільного підходу в межах Європи, Суд вважає, що межі оцінки, надані тут державі, повинні бути настільки широкими, аби охоплювати як її рішення втручатися у цю сферу, так і, у разі такого втручання, встановити детальне регулювання цих питань задля досягнення балансу приватних і публічних інтересів» (заява № 6339/05, 10 квітня 2007 р.).

З огляду на те, що відповідно до однієї з ключових тез постмодернізму світ мислиться як текст, дискурс, наратив, одним з основних підходів, який має застосовуватися при порівняльно-правових дослідженнях є герменевтичний.

Герменевтика є напрямом філософської думки, змістом якого є інтерпретація. Доволі часто герменевтика розглядається як мистецтво тлумачення, теорія інтерпретації текстів, до того ж, відповідно до положення: зрозумій текст краще, ніж його розуміє автор. Взаємодія на міждержавному (міжцивілізаційному) рівні різноманітних суб'єктів зумовлює необхідність зрозуміти один одного і доволі часто цей процес супроводжується інтерпретацією поведінки іншого через призму власних цінностей і устремлінь. «Прогалини у знанні чужої держави і її культури завжди проступають у мові. ...Мовознавці стверджують, що повну лексичну відповідність у різних мовах мають тільки власні імена, географічні назви, наукові і технічні терміни, дні тижня, місяці і цифри. Але чи не є навіть ця відповідність сумнівною?» (Л. Виссон).

У китайській цивілізації, наприклад, число означає не кількість, а якісну структуру. Марія-Луїза Франц, відома як спеціаліст у сфері психологічної герменевтики характеризуючи китайське мислення зазначає, що «одиниця вказує на Всесвіт і її закономірності, скажімо, Тао. Два вказує на зриму реальність музики, почуттів, фізики і т. д. Це настільки несподівано, що спочатку, читаючи Гране, я відчувала значні труднощі, поки не дійшла до розповіді, яка одним махом прояснила для мене цю проблему. Одинадцять генералів мали ухвалити рішення – атакувати у битві, або відступити. На раді з'ясувалося, що думки їх розходяться. Після тривалого обговорення вони вирішили голосувати. Троє були за наступ, а вісім – за відступ. Вони вирішили наступати, бо три – це число одностайності! Справа в тому, що у Китаї число три уособлює одностайність, тому троє тих, хто проголосував «за» наступ

уособлювали несвідому єдність, яка свідчила про те, що вісім противників насправді були за наступ. У результаті атака увінчалася перемогою» (М.-Л. Франц).

У епоху постмодерну, у зв'язку зі зміною самого соціуму, способів вираження його членів, засоби вивчення письмових текстів переносяться і на розуміння соціальних актів, які також є свого роду текстами (дозволяє зробити це і той факт, що як текст, так і соціальна дія відірвані від автора, відтак, можуть бути прочитані незалежно від змісту, вкладеного у них автором). Однак, «інтерпретація чужого тексту здійснюється в умовах певної культури і субкультури читача. Спостерігаючи споживання у межах невідомої нам субкультури, ми приречені на неправильне тлумачення тексту, написаного на одній мові, з допомогою словника і граматики зовсім іншої мови. Подія, факт – ніщо поза загальним культурним чи субкультурним контекстом» (Ю.О. Наріжний). Людина народжується у певному середовищі, яке у процесі розвитку дитини нав'язує стилі мислення, сприйняття світу тощо. Словниковий запас, понятійно-категоріальний апарат, звичай і традиції – це і є засоби, за допомогою яких людина «втягується» у соціум, стає його частиною і згодом відтворює форми поведінки, які створені певною культурою.

Коли хтось говорить «королівство», він вживає це слово у значенні, яке поширене серед представників певної групи. Натомість для особи, яка вкладає у слово «королівство» смисл організації адміністративного типу, не бере участі у колективних діях групи, що базується на першому значенні цього слова. Відтак, не лише кожне поняття пов'язує індивідів з певною якісно сформованою групою та її діяльністю, а й кожне джерело, з якого ми черпаємо значення і сенс речей, теж діє як стабілізуючий фактор на можливість сприйняття і пізнання предметів під кутом зору центральної, провідної для нашої діяльності ідеї (К. Мангайм)

Особливо важливе значення має герменевтичний підхід для інтерпретації текстів нормативно-правових актів. Хоча при цьому необхідно також враховувати наскільки приписи законодавства втілюються у суспільних відносинах, адже їх реалізація вказує на їх нормативний характер і навпаки – нереалізованість дозволяє зробити висновок, що такі приписи не є нормами, а відтак не є і правом або є «мертвим правом» (якщо виходити з положень соціологічної школи права).

Наступним важливим підходом, який необхідно застосувати проводячи компаративні дослідження є феноменологічний. Феноменологія тісно пов'язана з герменевтикою. Дослівно феноменологія – це учення про феномени. Її виникнення пов'язують з іменем Е. Гуссерля, який розглядає її як нову філософію, завданням якої є конструювання науки про науки. Важливим постулатом феноменології є те, що для неї важлива не реальність, а те, як вона сприймається, при цьому кожне таке сприйняття є істинним: істина не одна.

Пізнавальним, у зв'язку з цим, видається концепт Ж. Бодріяра про гіперреальність як особливий світ, світ моделей і симулякрів, ніяким чином не співвіднесених з реальністю, але таких, що сприймаються більш реальними, ніж сама реальність. При цьому французький філософ вказав, яким чином образ стає чистим симулякром: спочатку перший відображає базову реальність, потім маскує та спотворює її, маскує відсутність реальності і, нарешті, не має ніякого відношення до реальності.

Так, взявши за основу вчення про базис (економіку) і надбудову (інші сфери), в «еру фабричних труб» можна було зробити висновок про необхідність державного регулювання відповідних суспільних процесів, патерналістський характер держави і, відповідно, пріоритет, а згодом і монопольність державного правотворення. Поступово, прикриваючись забезпеченням прав людини, відбувалось обмеження прав людини, заперечувався їх природний, невідчужуваний характер і останні ставились в залежність від діяльності держави. Нарешті, юридичне нормотворення повністю замінило правотворення, суб'єктом якого стала лише держава, яка нібито при цьому є виразником інтересів більшості (трансформувалося в чистий симулякр і вчення про публічність влади). І на сьогодні, право розуміється як система формально визначених правил поведінки, що встановлюються (санкціонуються) і охороняються державою, а права людини – як гарантована законом міра свободи (можливості) особи, яка відповідно до досягнутого рівня еволюції людства в змозі забезпечити її існування і розвиток. Симулякри «закон = право», «публічна влада = демократія» заклали основу правової гіперреальності.

Одне і те ж явище різними людьми чи їх групами сприймається по-різному. Більш того, одним і тим же суб'єктом одне і те ж явище залежно від обставин теж сприймається по-різному. У справі «Трабелсі проти Бельгії» (Trabelsi v. Belgium) ЄСПЛ змінив своє бачення розв'язання

питання екстрадиції: «За цих умов Суд вважає, що довічне ув'язнення, яке може бути застосоване до заявника, не може бути визнане як таке, що може бути зменшеним, у цілях ст. 3 Конвенції у розумінні рішення у справі Вінтер та інші. Наразивши заявника на ризик поводження всупереч цьому положенню, Уряд спричинив відповідальність держави згідно з Конвенцією. Суд, відповідно, доходить висновку, що екстрадиція заявника до США становила порушення статті 3 Конвенції» (заява № 140/10, 4 вересня 2014 р.).

Навіть елементарний поділ світу на Схід і Захід вже передбачає їх відмінності і, перш за все, не в економіці, а в особливостях менталітету. Навіть справедливість сприймається в зазначених регіонах по різному, її зміст протилежний. Отже, і зміст права, яке є елементом культури, у різних цивілізаціях різний.

«Гайдеггер і Мерло-Понті – облишили надію на радикальну феноменологічну редукцію. Вони не вірили, що ми можемо коли-небудь виступити в ролі чистих суб'єктів пізнання, які позбулися всіх історично зумовлених і суспільно засвоєних осадів свідомості, щоб почати наново – ніби з нульової точки. Незалежно від того, в який момент ми розпочнемо наші розмірковування, ми вже «закинуті» у світ, сформовані досвідом і змушені виражати себе в мові, яку ми самі не придумали. ...не існує пізнавальної порожнечі, через яку світ – у своїй власній, нездеформованій іпостасі – міг би дістатися на наш *forum internum*»¹.

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

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

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

¹ Колаковський Л. Мої правильні погляди на все / Пер. з польської С.Яковенка. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2005. – С. 15.

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

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

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

Формальна логіка має важливе значення у науковому пізнанні, у тому числі щодо правових явищ, однак: по-перше, логіка не одна, на сьогодні існують різні види логік, наприклад, багатозначна логіка, квантова логіка, логіка вірогідності та ін., які відрізняються, крім інших ознак, тим, що на їх основі можна зробити різні висновки щодо об'єкту дослідження. По-друге, застосування логіки має свої особливості у гуманітарних науках, зокрема і правових. Наприклад, чи можливо логічно довести гідність як основу права (прав людини)? Чи логічно є поведінка людини, яка зізнається у вчиненні злочину за умови відсутності будь-яких інших доказів (і чи можливо зрозуміти таку людину використовуючи лише логічні засоби пізнання, чи у цьому випадку краще звернутись до таких категорій як «совість»)? На це вказує дилема в'язня і проблему пасажира без квитка (*free-rider*), в якій формальну логіку (як засіб пізнання) застосовувати фактично неможливо.

Не можна застосовувати у повній мірі формальну логіку і до демократичних процедур: на сьогодні демократія сприймається не просто як «влада більшості», а як «влада більшості з урахуванням думки меншості», відтак, йдеться не про «так» чи «ні» і «і так, і ні», а про щось інше – що досягається шляхом компромісу.

Гіпотетично проведемо вибори Президента держави Н. У другий тур вийшли кандидати у президенти А. і Б., які набрали відповідно 40%

і 35% голосів виборців. Припустимо, що у другому турі вказані кандидати набирають відповідно 60% і 35% голосів виборців (5% виборців не підтримали жодного кандидата). Відповідно Президентом держави Н. стає А., якого підтримала більшість населення (які взяли участь у виборах) – 60%.

Але, якщо повернутися до першого туру, то проти кандидата А. (не підтримало його) – 60% виборців. А це ще не враховуючи виборців, які хотіли б обрати іншу людину, яка не балотувалась на виборах через низку факторів: майновий ценз, віковий ценз, небажання подати заявку, неприналежність до певної політичної партії та ін. Відтак, спочатку більшість не хотіла бачити Президентом Н. А., але була змушена (не розглядаємо варіант, коли, наприклад, 51 % виборців у другому турі обере варіант «не підтримую жодного кандидата», зважаючи на існуючу практику дії виборчої системи у світі) до вибору між А. і Б. Президент А. вважається легітимним. А як же бути з формальною логікою?

А як бути із формальною логікою коли світська держава у преамбулі Основного закону закріплює припис, що цей закон прийнято, усвідомлюючи відповідальність перед богом (а яким богом не вказується? а чому, наприклад, не перед богами?)

Або згадаємо психологічну концепцію розуміння права, за якої право розглядається як явище психіки. А у зв'язку з цим виникає риторичне запитання: чи можна передбачити «з логічною закономірністю» поведінку людини, чи все ж таки людині іманентна свобода волі?

Однією з особливостей епохи, в якій на сьогодні перебуває цивілізоване суспільство і яка отримала назву постмодернізму є криза віри у розум і науку. У зв'язку з цим не можна не згадати про теократичні держави, зокрема в яких державною релігією є іслам і діє шаріат. Чи можливо пізнати право таких суспільств використовуючи лише раціоналізм?

Порівняльно-правові дослідження мають виходити не лише з раціональних, але й ірраціональних положень.

Постулатами порівняльно-правових досліджень є наступні твердження:

1) Освальда Шпенглера:

- античність і Захід займають своє жодним чином не привілейоване місце поряд з Індією, Вавилоном, Китаєм, Єгиптом, арабською та мексиканською культурою, цими окремими світами становлення, чие значення у загальній картині історії нітрохи не менше, а за величиною душевної конституції, за потужністю зльоту вони набагато перевершують античність»¹;

- «явища інших культур говорять іншими мовами. Для інших людей існують й інші істини. Мислитель приймає їх всі або жодну з них»²;

2) Карла Ясперса про те, що серед «осьових народів» (китайці, індійці, іранці, іудеї, греки) наука і техніка виникла саме у романо-германських народів. А однією із причин цього, як вважає мислитель, є те, що «Заходу відома ідея політичної свободи. У Греції – правда лише короткочасно – існувала свобода, яка не виникала більш ніде. ...Китай та Індія не знають подібної політичної свободи»³.

Дискусійним у правничій науковій літературі є проблематика приватно наукових методів правознавства. Всі методи, які застосовуються для пізнання правових явищ, використовуються іншими гуманітарними науками. «Порівняльно-паравовий метод» відрізняється від порівняльного лише предметом дослідження (а методи – це способи, а не предмет), так само і «техніко-юридичний метод» відрізняється предметом дослідження.

Методологія компаративного дослідження включає в себе систему принципів, підходів і методів, які в комплексі дозволяють досягнути складну і багатогранну природу правового явища. Компаративним дослідженням іманентна детермінованість використання методологічного комплексу, що включає в себе аксіологічний, феноменологічний і герменевтичний підходи та сприяє запобіганню стереотипізації правових явищ різних правових культур.

§ 3. Правовий поліцентризм як принцип пізнання правових явищ

У вітчизняній юридичній навчальній літературі право визначається переважно як система загальнообов'язкових, формально визначених правил поведінки, що встановлюються (санкціонуються) і охороняються державою. Відтак, незважаючи на проголошення на пряму на розбудову

¹ Шпенглер О. Закат Западного мира; Очерки морфологии мировой истории / Пер. с нем. И.И. Маханькова. – М.: «Издательство АЛЬФА –КНИГА», 2010. – С. 29-30.

² Там же, С. 37.

³ Ясперс К. Смысл и назначение истории / Пер. с нем. – М.: Политиздат, 1991. – С. 84.

правової держави, закріплення у чинному законодавстві принципу верховенства права, визнання найвищою цінністю людини і до сьогодні у студентів, які отримують юридичну освіту, формується розуміння права як результату діяльності держави, як суто «зовнішнього» щодо суспільства явища. Таке визначення права сформулював А.Я. Вишинський: право – це сукупність правил поведінки людей, установлених державною владою, як владою панівного класу, а також звичаїв і правил співжиття, санкціонованих державною владою, які реалізуються в примусовому порядку за допомогою державного апарату з метою охорони, закріплення і розвитку суспільних відносин і порядків, вигідних і бажаних для панівного класу.

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

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

Одним з важливих факторів вказаного вище стану як в сфері правничої науки, так і юридичної освіти є неврахування того, що право – явище соціокультурне, відтак його зміст і сутність повинні розглядатися саме в цьому аспекті, а не як результат діяльності держави. Перший крок до цього вже зроблено давно – в межах теорії права розглядається правова система та типи правових систем (правові сім'ї) і при цьому наголошується, що в кожній з останніх превалює одна з форм права – чи то правовий звичай, чи правовий прецедент, чи

нормативно-правовий акт та ін. Хоча, водночас, навіть в межах типів правових систем, право розглядається поза межами впливу суспільства, як щось «зовнішне» щодо нього, лише як імператив, без висвітлення його сутності та змісту; а правова система розкривається через сукупність правових явищ, як щось суто механічне.

Так, наприклад, відносячи Японію і Китай до традиційного типу (сім'ї) права, О.Ф. Скакун зазначає: «Як і в Китаї, в Японії поширився погляд на право як на «рицу» - карний закон із його твердістю, що й породило традиційно негативне до нього ставлення. Еталоном також стала не правова, а етична поведінка людини з її почуттям моральної відповідальності, доброчесності, особливо стосовно знайомих осіб». Не зважаючи на те, що вже традиційно і загальноприйнято вважати, що основною формою права у державах сім'ї традиційного права є звичаї, традиції (звідси і назва цього типу правової системи), автор (більш за все виходячи з нормативістського праворозуміння, що характерне для держав пострадянського простору) право ототожнює із законом. А японці і китайці, як видно зі слів самого автора, розмежовують їх, не розглядаючи закон єдиною формою права.

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

«Нікому не вдалося дати достатньо задовільне визначення права. Існують три пов'язані один з одним причини, які пояснюють нездатність всіх цих теорій дати бажане універсальне визначення права, а саме: неуніверсальність права як принцип соціальної організації, різноманітність несумісних епістемологій, що лежать в основі цих теорій, і плюралізм, або неуніверсальність, правових цінностей»¹.

Таке розуміння права не означає його агностичного характеру. Як зазначав П. Сорокин «будь-який культурний комплекс може бути логічно інтерпретований», не дивлячись на різний його зміст. Так, наприклад, геометрія Евкліда і геометрія Лобачевського Повністю

¹ Suria Prakash Sihna. Jurisprudence. Legal philosophy in a nutshell. 1993., p. 281.

відповідають одній и тій же математичній логіці, але, «тим не менше, їх теореми та висновки - різні ... Обидві геометрії логічні, правильні, обидві відповідають канонам математичної логіки, але починають вони з різних великих посилок». На думку П.А. Сорокіна можна виокремити дві системи культури – ідеаціональну і чуттєву, кожна з яких «володіє власною ментальністю, власною системою істини і знання, має власну філософію і Weltanschauung; особливий тип релігії та зразки «святості»; своє власне уявлення про правильне і неправильне; особливі форми мистецтва і літератури; звичаї, закони, правила поведінки; власну економічну і політичну організацію; нарешті, специфічний тип людської особистості з особливим складом розуму і манерами поведінки».

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

Незважаючи на плюралізм підходів до розуміння права, кожен з них (підходів) розглядає право як засіб впорядкування відносин у суспільстві, який дозволяє в певній мірі спрогнозувати поведінку інших людей, для коригування власної. Тобто фактично право сприймається як «сукупність умов, при яких свавілля однієї особи сумісне зі свавіллям іншої з погляду загального закону свободи». Водночас, в межах різних цивілізацій різне розуміння свободи. Наприклад, одні вважають її іманентною характеристикою людини, відтак властивою останній від народження, а інші – як похідну від держави, яка і надає її особі та забезпечує. Заходу відома ідея політичної свободи.

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

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

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

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

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

Одним з вихідних принципів дослідження правових явищ має бути принцип правового поліцентризму.

Принцип правового поліцентризму – *керівна, основоположна ідея, що має найвищу імперативність у процесі пізнання предмета дослідження і спричиняє необхідність урахування природи права, яке*

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

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

розглядається як соціокультурний феномен, зміст якого відрізняється у кожній з культур (цивілізацій) і має амбівалентну природу.

Він є відображенням неуніверсальності права і об'єктивною умовою неможливості однозначного визначення його змісту. Правовий поліцентризм дає підстави говорити про особливості розуміння права відповідної цивілізації.

При цьому, під правовою цивілізацією слід розуміти соціокультурну систему, що являє спільноту, яка утворюється і функціонує на основі єдності релігійно-моральних й ідейно-філософських засад, спорідненості соціокультурних, нормативно-ціннісних структур і підходів до розуміння права.

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

Контрольні запитання

1. Що є предметом юридичної компаративістики?
2. Які функції виконує юридична компаративістика?
3. Що сприяло розвитку порівняльного правознавства?
4. Чи можливо отримати об'єктивні знання про правові явища?
5. Чи дає аналіз тексту нормативно-правового акту розуміння права?.
6. Яке значення методології порівняльного правознавства?
7. Які є принципи та підходи пізнання правових явищ?
8. Назвіть методи пізнання явищ.
9. Назвіть основні положення правового поліцентризму?
10. Що є предметом юридичної компаративістики?

Розділ 2. РОМАНО-ГЕРМАНСЬКА ПРАВОВА СІМ'Я

- § 1. Поняття та структура права у державах романо-германської правової сім'ї.
- § 2. Форми права у державах романо-германської правової сім'ї.
- § 3. Правова держава як правова цінність західної культури.

§ 1. Поняття та структура права у державах романо-германської правової сім'ї

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

Україна більшістю науковців відноситься саме до романо-германського типу правової системи. Хоча, в останній час зросла кількість публікацій, в яких Україна відноситься до слов'янської правової сім'ї. Належність національної правової системи до відповідної правової сім'ї зумовлює і напрями розвитку права та інших правових явищ, що є вкрай важливим для нашої держави, яка обрала європейський напрям розвитку.

Вітчизняна юридична наука оперує поняттям «правова система». Це поняття ввійшло у науковий обіг у другій половині ХХ ст., хоча особливої актуальності у межах радянської юридичної науки отримало у останні 20 років існування СРСР. Воно, як вважається, охоплює сукупність усіх державно-правових явищ і процесів, насамперед правових звичаїв, традицій, юрисдикційних органів, сформованих особливостей правового менталітету і правової культури. Правова система є надзвичайно складним і багатогранним явищем, а її генеза, розвиток та функціонування обумовлені історичними, географічними, економічними та релігійними факторами. При цьому значна увага зосереджується на типології правових систем.

Зарубіжні правники переважно уникають використання слова «правова система», а використовуючи, фактично ототожнюють явище, що ним позначається, з іншим – позначуване терміном «право». Компаративні дослідження правових явищ мають враховувати культурні (цивілізаційні) особливості конкретного суспільства.

Майже усталеним можна вважати підхід, за якого класифікація правових систем світу здійснюється за наступними критеріями: «спільність історичних коренів виникнення та подальшого розвитку; пануюча доктрина юридичної думки та її специфіка; спільність основного джерела (форми) об'єктивного права та способів тлумачення норм права; єдність у структурі системи права та норми права; спільність принципів регулювання суспільних відносин; специфічні правові інститути; єдність юридичної техніки, в тому числі термінології, юридичних категорій, конструкцій; ідеологічні фактори» (О.В. Талдикін).

«Тип (сім'я) правової системи – сукупність національних правових систем держав, які мають спільні риси, що проявляються в єдності закономірностей і тенденцій розвитку, домінуючих форм (джерел) і принципів права, систем права і систем законодавства, організації правових установ, насамперед судової системи, подібності правових категорій і понять»¹.

Зважаючи на вказані фактори науковці виокремлюють різні підходи до поділу існуючих правових сімей світу. Водночас, найбільш поширеним є наступний:

- 1) *романо-германський* тип (сім'я);
- 2) *англосаксонський* тип (сім'я);
- 3) *релігійно-традиційний* тип (сім'я).

4) «*гібридні*» правові системи, що їх важко приєднати до будь-якої правової сім'ї, слід вивчати з погляду виявлення в них елементів, що наближають їх до певного стилю. Це передусім стосується правових систем скандинавських і латиноамериканських держав, національні правові системи яких інколи відносять до власних правових сімей, а також таких держав як, наприклад, Греція, Філіппіни, Ватикан;

5) *соціалістичний тип* (правові системи держав, які продовжують шлях розбудови соціалістичного суспільства (КНР, Куба, В'єтнам, КНДР) (О.В. Талдикін).

У юридичній літературі використовуються поняття «правова сім'я» і «правова родина». Традиційно сім'я розглядається як союз чоловіка і жінки, які «спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки».

Родина ж інтерпретується як «складне соціальне утворення, яке може розглядатись як соціальний інститут і мала соціальна група.

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

Родина як соціальний інститут – це форма організації суспільства, що регулює фізичне та духовне відтворення людини, взаємовідносини між подружжям, батьками та дітьми, а також іншими членами родини, створюючи системи ролей, санкцій та стандартизовані моделі поведінки. ... Родина як мала соціальна група – це спільність людей, що засновується на подружньому союзі та зв'язках спорідненості, об'єднана спільною діяльністю та здійснює відтворення населення, наступність сімейних поколінь, соціалізацію дітей і підтримку існування її членів».

Поняття сім'я і родина є різними за обсягом і співвідносяться відповідно як частина і ціле. Такий підхід застосовується і ЄСПЛ. Відносно численні звернення до цієї інституції людей з гомосексуальною орієнтацією пов'язані із відмовою визнання національними органами державної влади їх сім'єю. Юридичною практикою для таких випадків вироблене поняття «громадський союз». Тому виходячи з цього доцільним є використання саме терміну «правова родина».

Рене Давид виокремлює три основні групи систем права:

1. романо-германську;
2. сім'ю загального права;
3. сім'ю соціалістичного права.

Поряд з названими системами права Рене Давид вказує також на Індію, Далекий Схід, США, мусульманський світ. У них право розуміється зовсім інакше і йому відводиться зовсім інша роль, ніж у західних країнах.

На думку С.С. Алексєєва необхідно виокремити чотири основні сім'ї національних систем:

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

Деяко іншою виглядає типологія правових сімей, запропонована В. Синюковим:

1. сім'я загального права (історично створена в Англії у Х—ХІІІ ст.);

2. романо-германська правова сім'я (історичні корені якої сягають римського права, I ст. до н.е. — VI ст. н.е.);

3. традиційні (Японія, ряд держав Африки та ін.) і релігійні правові сім'ї (мусульманське право, індуське право);

4. слов'янська правова сім'я».

Романо-германську правову сім'ю складають два підтипи, або дві правові групи:

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

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

Загальновизнаним центром розвитку романо-германського типу правової системи є континентальна Європа, тому його називають ще континентальним. Як і англо-американський, романо-германський тип правової системи вважається класичним (Скакун О.Ф.).

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

У державах романо-германської правової сім'ї право поділяється на дві великі групи:

- публічне право;

- приватне право.

У сфері публічного права домінують імперативні (категоричні) норми, які не можуть бути змінені учасниками правовідносин, превалює публічний (суспільно значимий) інтерес. Він стосується в основному питань правового регулювання діяльності державних органів і суспільних організацій, закріплення правового повноважень посадових осіб, взаємовідносин громадян з державою тощо. Публічне право регулює, наприклад, відносини співвідношення повноважень федерації, суб'єкта федерації та общини щодо формування та використання бюджету, законів про соціальну допомогу, діяльність судової системи. Окремий громадянин стикається з публічним правом лише в галузі

адміністративного права, коли йому, наприклад, необхідно мати дозвіл на зброю або отримати посвідчення водія тощо (О.В. Мінченко).

У сфері приватного права переважають диспозитивні норми, і тільки в тій частині, в якій вони не змінені учасниками відносин. Критерієм визначення приватного права являється приватний інтерес, який матеріалізується в інтересах окремих особистостей, в їх відносинах один з одним і частково з державними органами і суспільними інтересами. Слід відзначити, що поділ права на публічне та приватне майже до пізнього Середньовіччя був властивий лише романо-германському праву, сьогодні це стало звичним явищем для багатьох систем права і деяких правових сімей (О.В. Мінченко).

О.С. Іоффе та М.Д. Шаргородський зазначали, що поділ буржуазного права на публічне та приватне виражає властиву капіталізму антагоністичну суперечність між інтересами індивіда та колективу, що зумовлюється пануванням приватнокапіталістичної власності. Приватне право розвивається одночасно з приватною власністю. Незастосовуваність поділу на публічне і приватне до соціалістичного права виражає властиве соціалізму гармонійне поєднання суспільних і особистих інтересів, яке ґрунтується на неподільному пануванні при соціалізмі колективної, соціалістичної власності. Кожна з галузей радянського права відображає специфіку певного комплексу соціалістичних суспільних відносин.

Варто пам'ятати, що на приватне і публічне поділяються не стільки галузі національного права, скільки норми права, оскільки до складу відповідних галузей та інститутів національного права входять норми як приватного, так і публічного права, хоча для кожної галузі права частка тих чи інших є різною, що і дозволяє говорити про те, що до публічного права належать, передусім, конституційне право, кримінально-процесуальне право та ін.

У різних європейських державах поділ норм права за публічноправовими і приватноправовими сферами доволі різниться. Наприклад, як зазначає В.В. Ковязін, у Франції до приватного права традиційно відносять, окрім власне цивільного права, також право торгове, цивільно-процесуальне і навіть кримінальне, оскільки велика частина розпоряджень останнього направлена на захист приватноправових відносин. Приватними визнаються і такі галузі, в яких норми приватного і публічного характеру найтіснішим чином

переплетені: трудове право, сільськогосподарське право, право промислової власності, авторське, транспортне, лісове, гірське, страхове, міжнародне приватне право. Деякі французькі учені вважали вищезгадані галузі, а також кримінальне і цивільно-процесуальне право особливим різновидом «комплексних галузей» права. Ця ж модель прийнята в Бельгії і Нідерландах.

У Федеративній Республіці Німеччини процесуальне право завжди визнавалося публічним правом. Що стосується трудового права, то, згідно з превалюючою в німецькій юридичній літературі думкою, його слід розглядати як комплексну галузь. Такої ж моделі дотримується право Росії, Швейцарії, Італії, Іспанії і Австрії (В.В. Ковязин).

«Теоретичне вирішення проблеми поділу права на приватне та публічне можливе лише в рамках певного типу праворозуміння (скажімо юс натуралістичного або ж «позитивістського»), а також у рамках конкретного методологічного підходу до системорозуміння. Неврахування цього положення й надалі породжуватиме численні дискусії та непорозуміння»¹.

В юридичній науковій літературі склалась відносно значна кількість підходів до вирішення питання розмежування публічного та приватного права. Серед них слід виділити наступні теорії (Л.М. Добробог):

1. Теорія інтересу, яка бере свій початок від вчення Ульпіана. Важливим, відповідно до цієї теорії, є інтерес, який виявляється суб'єктами суспільних відносин. Публічним правом регулюються публічні інтереси і, відповідно, приватним – приватні. Недоліком цієї позиції, зважаючи на реалії взаємовпливу, взаємодії правової матерії є те, що в значній кількості сфер публічне тісно переплетене з приватним, як, наприклад, в сфері трудових відносин чи відносин щодо раціонального використання та охорони природних ресурсів.

2. Теорія суб'єкта суспільних відносин. Відповідно до цієї теорії публічне право охоплює норми права, які стосуються суб'єктів публічної влади – держави, органів місцевого самоврядування тощо, приватне ж право включає всі інші норми (які відповідно стосуються громадян). Слабкість цієї теорії в тому, що не враховується принцип правової симетрії, відповідно до якого правами одного суб'єкта правових відносин відповідають обов'язки іншого суб'єкта, відтак не може

¹ Сивий Р. Основні критерії поділу позитивного права на приватне та публічне: порівняльний аналіз / Р. Сивий // Юридична Україна. – 2004. - №8. – С. 53

існувати окремо прав/обов'язків, наприклад, у держави без відповідних їм обов'язків/прав громадянина. Тому усталеним в конституційному праві є підхід, що розглядає громадянство як правовий зв'язок між фізичною особою і відповідною державою, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках.

3. Теорія санкції. Сутність цієї теорії зводиться до того, що норми публічного права відрізняються від норм приватного права відсутністю/наявністю санкції. Публічне право, за своїм характером, не може містити санкцій проти такого особливого суб'єкта, як держава. До цього слід додати, що в міжнародному праві як основний суб'єкт міжнародної відповідальності розглядається саме держава. Статті 39-41 Статуту Організації Об'єднаних Націй визначають загальну процедуру реалізації міжнародно-правової відповідальності за посягання на мир і міжнародну безпеку.

§ 2. Форми права у державах романо-германської правової сім'ї

Традиційно визначається, що основною формою права у державах романо-германської правової сім'ї є закон.

Н.В. Сильченко, досліджуючи проблеми етимології, соціології та логіки закону вказує, що термін «закон» з давніх часів пов'язувався з примусовістю і публічною владою, так, великий примус значення римського «lex» більш за все, вказує автор, обумовлений тим, що він означав акти, що походять від органів політичної публічної влади, а не давні звичаї і традиції, які склались еволюційним шляхом. Перші правові уявлення в Давньому Римі носили теономний характер, а право розумілось як божественні веління і позначалось терміном «fas». Світське, в тому числі і звичаєве, право на відміну від божественного йменувалось «jus», термін же «lex» використовувався для позначення лише одного із джерел позитивного права, тобто права, що формується органами політичної влади¹.

Італійський юрист Бруно Леоні ще в 1961 р. писав, що будь-який аналіз «закону» спочатку являє собою лінгвістичний аналіз, тобто спробу в'яснити реальне значення цього слова умові. Однак, це нелегко, так як люди можуть використовувати слово «закон» з різних точок

¹ Сильченко Н.В. Закон: проблемы этимологии, социологии и логики. – Мн.: Наука и техника, 1993. – С. 5.

зору і в значеннях, які не просто змінюються у відповідності з різними типами людей, що використовують це слово, але можуть змінюватися також у мові одних і тих же людей. Навіть професора-юристи використовують це слово не в одному і тому ж значенні, у зв'язку з чим можна зіслатися на дискусії спеціалістів з міжнародного права і конституціоналістів, з однієї сторони, і цивілістів – з іншої.¹

Слід пам'ятати, що, наприклад, членство Німеччини у Раді Європи та визнання юрисдикції ЄСПЛ зумовило активне використання у цій державі і судового прецеденту.

Наприклад, такі визначальні рішення ЄСПЛ як: *Klass and others v. Germany* (1978 р.), в якому зазначається, що система таємного спостереження, розроблена для захисту національної безпеки, несе в собі ризик підриву або навіть руйнування демократії; *Niemietz v. Germany* (1992 р.), в якому розтлумачено поняття «житло» в аспекті ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – КЗПЛ) щодо недоторканності житла; *Jalloh v. Germany* (2006 р.), в якому йдеться про інтерпретацію насильницького введення блювотних препаратів з метою отримання доказів вчинення злочину, пов'язаного з незаконним обігом наркотичних засобів, їх аналогів і прекурсорів як поведінки, що принижує гідність (ст. 3 КЗПЛ); «*M. проти Німеччини*» (*M. v. Germany*) (2009) відносно того, що превентивне ув'язнення в Німеччині не можна розглядати лише як профілактичний захід для захисту суспільства від небезпечних злочинців, а слід прирівняти з кримінальним покаранням, на застосування якого поширюються гарантії КЗПЛ; *Koch v. Germany* (2011 р.) щодо відмови влади Німеччини дати дозвіл паралізованому хворому на придбання медикаментів, що можуть спричинити смерть (питання евтаназії); *Gäfgen v. Germany* (2014 р.), в якому аналізується погроза поліцейського заявнику фізичним насильством, що заподіє йому значну біль, з метою змусити розкрити місце знаходження викраденої дитини. Заявник, піддався досить реальній і безпосередній загрозі умисного жорстокого поводження. Суд акцентував увагу, що заборона поведінки, яка суперечить ст. 3 Конвенції, є абсолютною і застосовується незалежно від поведінки зацікавленої особи, навіть якщо її мета полягає в отриманні інформації, необхідної для порятунку життя.

¹ Леони Б. Свобода и закон / Бруно Леони: пер. с англ. В. Кошкина под ред. А. Куряева. – М.: ИРИСЭН, 2008. – С. 215.

Право не є статичним, а є динамічним явищем (хоча це не означає, що воно не є стабільним; праву властива і певна стабільність, інакше воно не змогло б виконувати свою основну функцію – регулювання суспільних відносин).

Упередмові до 1-го видання Повного зібрання законів Російської імперії, що було видано у 1830 році, зазначається: «В составе сего Собрания под именем Законов вменены, по порядку времени, все постановления, ко всегдашнему исполнению от Верховной Власти или Именем Её от учрежденных Ею мест и Правительств происшедшие, по всем частям Государственного управления, без всякого изъятия. При сем не было допускаемо различие между Законами ныне действующими и Законами отмененными... Сего требует Историческая связь и целость Законодательства...»

Судебные решения имеют силу Закона единственно в тех случаях, по коим они состоялись; посему они не могли вмениться в Собрание Законов общих. Но в сем правиле допущены следующие изъятия: есть судебные решения, коих сила распространена в самом их изложении на все случаи им подобные; есть другие, кои, бывши в начале частными, приняты впоследствии примером и образцом других решений, и таким образом сделались общими; есть решения частные, но в них сделано изъяснение Закона общего, установлен точный смысл его, и отвергнуты толкования с разумом его несообразные. Все таковые и сим подобные судебные решения допущены в состав Собрания. Подобное сему изъятие сделано и в решениях дел уголовных. Важнейшие из оных, особенно по преступлениям Государственным, признано полезным сохранить в Собрании».

У 1998 р. Конституційний Суд України вирішив, що «термін «законодавство», що вживається у частині третій статті 21 Кодексу законів про працю України щодо визначення сфери застосування контракту як особливої форми трудового договору, треба розуміти так, що ним охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України.

Пізнавальною у цьому аспекті є практика ЄСПЛ. Так, КЗПЛ закріплює низку прав людини як абсолютних, так і відносних. При цьому як підстави обмеження останніх називає не лише законність (відповідність закону), але і необхідність такого обмеження у демократичному суспільстві.

Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 8 КЗПЛ «Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб».

Подібні приписи містяться і у статтях 9-11 КЗПЛ. Тобто самих лише законних підстав недостатньо для обмеження певного права людини. Таке обмеження має бути необхідним у демократичному суспільстві, відповідати принципу пропорційності.

Зауважимо, у рішенні у справі «Толстой Милославський проти Сполученого Королівства» (Tolstoy Miloslavsky v. The United Kingdom) ЄСПЛ зазначив, що призначена у справі про наклеп журі Високого Суду (High Court) компенсація моральної школи у розмірі 1,5 мільйонів фунтів стерлінгів хоча і відповідає вимозі «згідно із законом», однак не відповідає припису про «необхідність у демократичному суспільстві».

У практиці ЄСПЛ сформовано підхід до розуміння поняття «закон». Так, у справі «Санді Таймс проти Сполученого Королівства» (Sunday Times v. United Kingdom) ЄСПЛ зазначив, що слово «закон» у словосполученні «передбачено законом» охоплює не тільки статuti, але і неписане право. Якщо вважати, що обмеження, що накладається в силу загального права, не відноситься до «передбачених законом» лише на тій підставі, що воно не закріплено в законодавстві, то це позбавляє державу-учасницю Конвенції, в якій діє загальне право (common law), захисту ч.2 ст. 10 і підриває самі корені системи права цієї держави. А це суперечило б намірам укладачів Конвенції.

У справі «Санді Таймс проти Сполученого Королівства» заявники не стверджували, що формула «передбачено законом» вимагає наявності законодавчого акту в кожному конкретному випадку; він потрібен, тільки якщо – як у цій справі – норми загального права настільки нечіткі, що вони не відповідають принципу правової визначеності, який за твердженням заявників становить суть концепції, викладеної у цьому словосполученні.

ЄСПЛ указав, що у пунктах 2 статей 9, 10 і 11 Конвенції і французький, і англійський текст використовують рівнозначний вираз «передбачено законом» (*prevues par la lois i prescribed by law*). Однак, у французькому тексті той же самий вираз вжито в п. 2 статті 8 Конвенції, в статті 1 Протоколу № 1 і в статті 2 Протоколу №4, а англійський текст, відповідно, говорить інакше: «відповідно до закону» (*in accordance with the law*), «передбачено правом» (*provided for by law*) і «згідно з правом» (*in accordance with law*). Таким чином, зіткнувшись з декількома версіями правовстановлюючого міжнародного договору, які є автентичними, але не абсолютно однаковими, Суд змушений був їх розтлумачити, що зблизило б їх наскільки це можливо і сприяло б реалізації цілей і досягненню завдань договору. При цьому на думку ЄСПЛ, з словосполучення «передбачено законом» випливають такі дві вимоги. По-перше, право повинно бути в адекватній мірі доступним: громадяни повинні мати відповідну обставинам можливість орієнтуватися у тому, які правові норми застосовуються до цього випадку. По-друге, норма не може вважатися «законом», поки вона не буде сформульована з достатнім ступенем точності, що дозволяє громадянину погоджувати з нею свою поведінку: він повинен мати можливість – користуючись при необхідності порадами – передбачити, у розумній мірі відповідно до обставин, наслідки, які може спричинити та чи інша дія. Ці наслідки не обов'язково передбачити з абсолютною певністю: досвід показує, що така мета є недосяжною. Більш того, хоча визначеність вельми бажана, вона може супроводжуватися «ознаками скам'янілості», тоді як право повинно мати здатність йти в ногу з мінливими обставинами. Відповідно, у багатьох законах неминуче використовуються більш-менш «розпливчасті терміни»: їх тлумачення і застосування – завдання практики.

На такому підході було наголошено і у рішенні ЄСПЛ у справі «Мейлоун проти Сполученого Королівства» (*Malone v. the United Kingdom*): словосполучення «відповідно до закону» слід інтерпретувати, виходячи з двох принципів. Перший принцип передбачає, що термін «закон» охоплює не лише писаний закон. Другий принцип, визнаний Комісією, владою і заявником, передбачає, що передбачуване втручання повинно мати певну підставу у національному законодавстві. Крім цього ЄСПЛ зазначав, що слова «відповідно до закону» не просто відсилає до внутрішньодержавного права, але і відноситься до якості закону, вимагаючи від нього відповідності принципу верховенства права, який прямо зазначений у Преамбулі КЗПЛ.

Крім цього ЄСПЛ констатував порушення ст. 8 КЗПЛ у частині порушення державними органами вимоги «необхідності у демократичному суспільстві», зазначаючи, що наявність у державі законодавства, яке передбачає застосування негласних засобів для отримання інформації кримінальною поліцією з метою виконання покладених на неї завдань у цілому є «необхідним для підтримання порядку і недопущення кримінальних правопорушень». Однак, у демократичному суспільстві використання системи таких засобів (зокрема йдеться у рішенні про перехоплення поштових і телефонних повідомлень) має супроводжуватися достатніми гарантіями для запобігання зловживань з боку державних органів.

«Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. ...Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість - одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права» (рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р.).

*Суд повторює, що Уряд, висловлюючи заперечення щодо вичерпання засобів захисту, має довести Суду, що засіб захисту у відповідний час був ефективним як з теоретичного, так і з практичного погляду, тобто що він був доступним та таким, що може забезпечити відшкодування шкоди, про яку заявляє заявник, і запропонувати розумні перспективи досягнення успіху (рішення у справі *Selmouni v. France*, N 25803/94, п. 76, ЄСПЛ 1999-V).*

У законодавстві держав романо-германської правової сім'ї провідна роль належить конституції, що має вищу юридичну силу. Однак, конституція у межах європейської цивілізації розглядається не стільки як дескриптивний текст, а як результат домовленостей між народом і

публічною владою про основи функціонування останньої, принципи взаємодії з громадянським суспільством тощо.

§ 3. Правова держава як правова цінність західної культури

Концепції громадянського суспільства і правової держави відносяться до надбань європейської (континентальної) культури. Англії, наприклад, властива доктрина верховенства права. Якщо ж говорити про Радянський Союз і, відповідно, держави на пострадянському просторі, то слід вказати на такий відповідник вказаних теорій як законність. І до сьогодні значна кількість юридичної літератури пропагує верховенство закону і законність як принцип права, не зважаючи на те, що, по-перше, чинне законодавство достатньо чітко розмежовує поняття «право» і «закон», по-друге, практика Європейського суду з прав людини вказує на можливість нехтування положеннями закону, якщо він не відповідає «якості закону», тобто верховенству права.

«Тоталітаризм тримає людей міцними лабетами й аж ніяк не бажає розлучатися зі своєю жертвою. Його щупальця пружно утримують створені соціальні інститути, принципи і технології суспільної організації, а головне – душі людей, які звикли з думкою, що жити можна лише так, а не інакше, що іншої свободи не існує, що істинна демократія здійснюється не як народовладдя, не як воля народу, а як забезпечення його (народу) блага, навіть якщо доводиться діяти проти його волі» (В. Андрущенко).

Право – це елемент культури суспільства, одне з його надбань. Адже менталітет суспільства не зміниш виданням закону, проголошенням відповідного принципу, наприклад, верховенства права, правової держави.

«Специфічно німецьким явищем є так звана Rechtsstaat, яка (за аналогією зі «специфічно англійським витвором» у вигляді «rule of law») так само вважається «правною формою системи, побудованої на економічній та політичній свободі» (С. Головатий).

Для українського суспільства характерними є дві тенденції (ідеї):

- 1) ідея втечі від держави;
- 2) ідея патерналізму.

«З відміною соціалізму і установленням психізму Ібанськ пішов західним шляхом. А так як в західних державах є Громадянське суспільство, Ібанськ ... вирішив взяти екстремних заходів для того, щоб розбудувати таке у себе» (О. Зінов'єв).

Громадянське суспільство не можна сформувати, прийнявши відповідні закони, отримавши вказівку влади тощо. Громадянське суспільство – це постійний опонент публічної влади, який повсякчасно бореться з державою. При цьому громадянське суспільство – це наслідок взаємодії вільних, рівних, свідомих, активних громадян, які самоорганізуються для відстоювання свої прав. Відтак, людина такого суспільства наділена правовою свідомістю, а її поведінка – соціально активна.

Для «homo sovieticus» характерні інші риси – «відсутні будь-які переконання. Є лише більш чи менш стійка реакція на все те, з чим доводиться зіткнутися – стереотип поведінки. Переконання – це риси західної, а не радянської людини. ... Буде гомосос організовувати і проводити демонстрації протесту? Ні, звісно. Гомосос навчений жити в порівняно кепських умовах, готовий виносити труднощі, постійно очікує ще гіршого, покірливий перед владою...». «От умности vzdорный», «до лени упорный», «бунтарски покорный», «холуйски гордый», «от сонности бодрый», «до злостности добрый», «от трусости смелый», «до скупости щедрый» (О. Зінов'єв).

Інституції громадянського суспільства створюються саме наперекір публічній владі й, відтак, не можуть бути її відгалуженням, не можуть «схвалити звернення до глави держави, в якому запевнити останнього щодо намірів надання йому всілякої допомоги».

Характеризуючи сучасний стан пострадянських держав, О. Зінов'єва вказував на стан перманентного реформування. До того ж, ніколи ще в історію людства не відбувалося стільки реформ, як тут. Реформи охопили всі сфери життя громадян, починаючи з алфавіту. Реформи стали постійним компонентом життя. Метою реформ є, звісно ж, покращення життя суспільства. Хоча, «в ці слова ніхто не вірить. Вони не є обманом. Тут присутній свого роду ритуал,

етикет, формальність. ...досвідчений жиель знає заздалегідь, що все це – спектакль слоблуддя. Але це не є чимсь зовсім безглуздом і взагалі непотрібним. Цей спектакль і є наша реальність».

Вихідним у розумінні змісту правової держави є саме розуміння права. За нормативіського підходу до розуміння права останнє визначається як система загальнообов'язкових, формально визначених правил поведінки, що приймаються (санкціонуються) і забезпечуються державою. Тобто право і законодавство ототожнюються. «Право – це возведена в закон воля пануючого класу» – як стверджували засновники марксизму-ленізму. При цьому, важливим є ієрархія і субординація як органів влади так і, відповідно, актів, які вони приймають. У зв'язку з цим, всі нормативно-правові акти мають відповідати Основному акту держави – Конституції, важливим є те, щоб державний орган не вийшов за межі компетенції, дотримався приписів, процедури тощо. Тобто вирішується питання не відповідності букви духу закону, а з'ясовується відповідність букви букві закону (що в народі може називатися бюрократією). Таким чином, за цього підходу важлива не відповідність закону праву, а відповідність закону закону (принцип верховенства закону).

В правовій державі превалює право, а не закон. А принцип законності стосується тільки державних органів. Закони існують для закріплення основ діяльності саме державних органів, для громадян же основним є верховенство права. Тому для останніх є важливим наявність правової активності та, відповідно, правової культури. За Радянського Союзу було навпаки.

Права людини (що об'єктивно пов'язані з власністю) є надбанням європейської цивілізації. Для Сходу характерний інший світогляд. Окрема людина розглядається як частина цілого – колективу, природи тощо. І саме останнє є, виражаючись категорією К. Маркса «базисом», який і визначає поведінку особи. Тобто можна говорити умовно про колективні права (а не про права індивіда) або про необхідність підпорядкування людини закономірностям функціонування природи. Хоча вказане і не виключає наявність в особі свободи. Але сама свобода розглядається по-іншому. За умови переважання колективної чи державної форми власності, коли людина розглядається як складова (причому неосновна) вищого організму – колективу чи природи загалом – саме останній визначає правила поведінки в суспільстві і, відповідно, створює спеціальні інституції, які забезпечують реалізацію норм в

поведінці суб'єктів, застосовуючи в разі потреби примус. Тому для втілення юридичних приписів необхідно створити відповідний механізм. Отже, схематично це можна відобразити таким чином: закріплення правил поведінки (прав людини) у відповідних нормах – визначення процедури реалізації – створення відповідних інституцій – нагляд і контроль. Якщо відсутній один з елементів ланцюжка – зрозуміло, що він не може функціонувати. Права залишаються, навіть якщо вони формально визначені, нереалізованими. Подібна ситуація була характерна і для Радянської цивілізації.

Для Заходу, така ситуація є неможливою (на сучасному етапі розвитку). Ключовим елементом в такому суспільстві є індивід і, відповідно, його можливості діяти відповідним чином (права). Основним завданням держави стає максимальне сприяння особі у реалізації її можливостей. Для виконання цього завдання людина передає державі частину своєї свободи. Виконуючи це призначення держава воліє отримати все більше повноважень і може перетворитися на поліцейську. Гарантією недопущення такого стану, гарантією свободи (прав) людини є постійна правова активність особи:

«Коли влада порушує права народу, повстання для народу і для кожної його частини є найсвятішим правом і невідкладним обов'язком» (ст. 35 Декларації прав людини і громадянина 1789 р.).

«Беручи до уваги, що необхідно, щоб людські права охоронялися через верховенство права з метою забезпечення того, щоб людина не була змушена вдаватися як до останнього засобу до повстання проти тиранії і гноблення» (з преамбули Загальної декларації прав людини 1948 р.)

«Якщо ця форма організації влади стає пагубною для цієї мети, то народ має право змінити чи знищити її і заснувати нову владу, яка ґрунтуватиметься на таких принципах і буде так організована, щоб, на думку цього народу, все більше сприяти його безпеці і щастю» (Декларація незалежності Сполучених Штатів Америки).

Тобто за такого підходу гарантією реалізації прав людини є правова культура людини і, відповідно, правова активність. Саме людина виступає проти публічної влади, яка порушує свободу першої.

Україна територіально належить до Європи, проголосила європейський напрям розвитку державності. Відтак, превалювати мають

права людини, а не права держави. І, відповідно, гарантією реалізації прав людини є сам індивід (для якого характерна правова культура, правова активність), який разом з іншими створює постійного опонента публічній владі – громадянське суспільство.

Якщо йдеться про необхідність удосконалення «механізму захисту...», створення «механізму забезпечення...» і, взагалі, про будь-який інший механізм, ми звертаємось до Сходу, більш конкретно – до радянської цивілізації. Відтак, забуваємо про європейський (цивілізаційний) вибір України.

Правова держава не може існувати:

- 1) в суспільстві, громадянам якого не властиві правова активність, правова культура;
- 2) за ототожнення права і закону (законодавства);
- 3) за верховенства закону, а не права.

Процес розбудови правової держави та формування громадянського суспільства складний і довготривалий. Навіть ефективність реформ, що проводяться в державі не може призвести водночас до покращення життя.

Контрольні запитання

1. Вкажіть особливості романо-германської правової сім'ї.
2. Як Ви розумієте термін «закон»?
3. Які ознаки дозволяють віднести Україну до романо-германської правової сім'ї.
4. Як Ви розумієте термін «конституція»?
5. Які джерела права у державах романо-германської правової сім'ї Ви можете назвати?
6. Як Ви розумієте термін «відповідно до закону», що використовується у тексті Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод?
7. Що, на Вашу думку, являє собою публічне право?
8. Що, на Вашу думку, являє собою приватне право?
9. Чи можна розбудувати Україну як правову державу?
10. Які держави входять до романо-германської правової сім'ї?

Розділ 3. СІМ'Я ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА

§ 1. Поняття та етапи становлення англосаксонської правової системи.

§ 2. Структура та джерела англійського права.

§ 1. Поняття та етапи становлення англосаксонської правової системи

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

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

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 (О.В.Зайчук, Н.М. Оніщенко).

Сім'ю загального права також називають англо-американською правовою сім'єю або англосаксонською.

Кельман М.С. і Мурашин О.Г. вказують: «В основі цієї правової сім'ї лежить англійське право, яке практично застосовується тільки в Англії та Уельсі. Його не можна назвати ні правом Об'єднаною Королівства, ні правом Великої Британії, тому що ні Північна Ірландія, ні Шотландія, ні острови Ла-Мани і Мен не підкоряються англійському праву».

До її складу входять такі держави, як Великобританія, США, Канада, Австралія, Північна Ірландія, Нова Зеландія та багато інших. Сьогодні близько третини населення землі живе за принципами, які було розвинуті в межах цієї сім'ї.

Для цієї сім'ї є характерним:

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

2) позауніверситетський характер освіти. В Англії право до XX ст. вивчалось не в університетах, а в адвокатських конторах і судах;

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

4) несприйняття рецепції римського права;

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

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

7) пріоритет процесуального права над матеріальним;

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

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

10) серед джерел права важлива роль відводиться правовим звичаям;

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

Гене́за цієї правової сім'ї охоплює чотири періоди.

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

Другий період у розвитку англійського права визначають часом з 1066 по 1485 роки, до встановлення династії Тюдорів. У цей час

поступово долається домінуюча роль місцевих звичаїв і відбувається становлення загального права. Він справив великий вплив на всі подальші періоди розвитку правової системи Англії.

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

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

§ 2. Структура та джерела англійського права

Якщо в межах держав романо-германської правової сім'ї основною формою права є закон (статутне право), то для держав сім'ї загального права такою виступає прецедент – судові рішення. У зв'язку з цим, загальне право являє собою «суддівське право», тобто право, джерелом якого виступає судова нормотворчість.

Необхідно зазначити, що в останні десятиліття все більше посилюється роль закону в країнах англосаксонського права. Однак судові рішення не тільки враховуються в законотворчості, але й нерідко висипають основою прийняття законодавчих рішень, і, отже, виступають найважливішим чинником розвитку загального права. Домінування прецедентного права вказує на те, що загальне право має яскраво виражений казуальний характер (Є.В. Білозьоров).

Білозьоров Є.В. вказує, що у порівнянні з правом романо-германської правової сім'ї правові системи англо-американської правової сім'ї не знають поділу права на приватне і публічне. Основні його складові частини - це **загальне право і право справедливості**.

Відсутнє чітке структурування права за галузевою ознакою. На відміну від континентального права система англійського права не має чіткої класифікації галузей права. Диференціація норм права

відбуваються не за галузями, а за інститутами. На теперішній час, система права поділена на чотири групи галузей по дві у кожній з них: кримінальне та цивільне право; публічне і приватне; матеріальне і процесуальне; муніципальне та міжнародне публічне¹.

Слід звернути увагу на те, що у сучасній Англії майбутні правники вивчають окремі галузі права:

Entry requirements
Applicants should possess a qualifying law degree with at least second-class Honours or, if a non-law graduate, at least a second-class Honours degree and the Common Professional Examination (CPE) with an average of at least 50 per cent. Other factors will be considered such as evidence of ability to pursue successfully the skills component of the course and relevant work experience.

Course structure
The Foundation course is an intensive period of study for all students and requires full-time attendance for one week (regardless of whether you are registered full-time or part-time).

Compulsory subjects:

- Property Law and Practice
- Criminal and Civil Litigation
- Business Law and Practice
- Options

You can then choose three elective subjects:

- Commercial Law
- Corporate Finance
- Intellectual Property
- Employment Law

- Family Law
- Child Law
- Private Client Law
- Housing Law
- Immigration Law

Assessment
Assessment methods include: oral presentations (which will be videoed), research exercises, drafting exercises, and open and closed book examinations.

Career opportunities
Successful completion of the LPC qualifies you to enter into a training contract with a firm of solicitors or an in-house legal department. The LPC also provides a good grounding for practice as a paralegal, in local or health authorities, in local or central government, or in commerce. There are many regulatory roles, not just in commerce/financial services but also in the environmental field. The LPC at London Met can be converted into an LLM by taking a one-year part-time top-up masters course involving a research methodology module and a dissertation.

Сучасне англійське право представлено, насамперед, прецедентним правом: суди не тільки застосовують, але й створюють норми права. Цю роль виконує переважно Верховний суд. Рішення інших судів прецедентом не вважаються (точніше, вони не належать до числа юридично обов'язкових), хоча і можуть служити зразком для вирішення подібних справ.

¹ Білозьоров С.В. Джерела права в державах континентального і загального права: проблеми їх детермінації / С.В. Білозьоров // Науковий часопис НПУ ім. М.П. Драгоманова. Серія № 18. Економіка і право: Зб. наукових праць. – Випуск 22. – К.: Вид-во НПУ ім. М.П. Драгоманова, 2013. – С. 120-127.

*В межах англо-американської правової сім'ї існує таке явище як нуліфікуючий вердикт (англ. *judi nullification*): коли суд присяжних може виправдати осіб, які юридично є винуватими у вчиненні злочину (на це вказують наявні у справі докази), але заслуговують на звільнення від юридичної відповідальності. Як вказує А.А. Солодков «нуліфікуючий вердикт ... в останні роки мав місце у кримінальних провадженнях стосовно вбивств, незаконної евтаназії тощо. Нині право присяжних на винесення виправдувального вердикту, який суперечить наведеним доказам, визнається невід'ємним правом присяжних, важливою гарантією прав і свобод людини і громадянина. Але, в той же час, переважна більшість суддів та юристів досить скептично відносяться до існування такого права, саме тому судді завжди намагаються довести до присяжних те, що вони є виключно «суддями факту» і мають в процесі прийняття вердикту спиратися виключно на доведені факти, а не на емоції або на власне суб'єктивне розуміння гуманності»¹.*

*На один із неординарних випадків указує західний філософ права Рональд Дворкін. Йдеться про справу «Ріггс проти Палмера» (*Riggs v. Palmer*), що розглядалась у 1889 році у США (штат Нью-Йорк), у якій суд мав вирішити питання про те, чи може спадкоємець, названий в заповіті свого діда, отримати спадщину відповідно до цього заповіту навіть у тому випадку, якщо спадкоємець убив свого діда з метою отримання цієї спадщини (слід зауважити, що цивільне законодавство на той момент не передбачало положення, відповідно до якого «не може бути спадкоємцем особа, яка протиправно позбавила життя спадкодавця»). Своє обґрунтування суд почав з такого припущення: «Правильно, що законодавчі акти, які регулюють складання, затвердження та виконання заповітів, а також передачу власності, при буквальному їх тлумаченні і з урахуванням неможливості контролювати і змінювати їх силу і дію ні за яких обставин, наказують віддати цю власність убивці». Однак, далі суд зазначив, що «дія і сила всіх законів, так само як і всіх договорів можуть контролюватися фундаментальними принципами загального права. Нікому не дозволяється отримувати вигоду обманним шляхом, отримувати користь з учиненого ним правопорушення, обґрунтовувати якусь*

¹ Солодков А.А. Теоретичні основи та практика здійснення провадження в суді присяжних в Україні: дис. ... канд. юридич. наук: 12.00.09 «кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / Андрій Андрійович Солодков; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Харків, 2015. – С. 23.

вимогу на власному протизаконному вчинку або набувати власність завдяки злочину». Убивця не отримав свого спадку.

Л. Фуллер наводить наступний казус. Уявімо собі, що в центрі великого міста знаходиться просторий і привабливий парк. Для його захисту від небажаних вторгнень ухвалюється закон, який оголошує місдимінором в'їзд на територію парку будь-якого «транспортного засобу». Що вважати «транспортним засобом» відповідно до цього закону? – запитує Л. Фуллер, даючи при цьому наступну відповідь: «Є випадки, які вирішити легко: десятитонній вантажівці в'їзд на територію парку забороняється; дитячій колясці – дозволяється. Треба зазначити, що ці дві відповіді прості не тому, що їх можна дати, використовуючи словник. Наприклад, транспортний засіб визначається як «те, у чому або на чому можна перевозити людей або речі...». Тож очевидно, що згідно з цією дефініцією дитячі коляски та вантажівки однаково заслуговують на назву «транспортний засіб».

«Чому ж тоді так легко зрозуміти, що в'їзд до парку вантажівок забороняється, а дитячих колясок – дозволяється?» – запитує далі Л. Фуллер. Наведене дозволяє зробити висновок, що людина інтерпретує не термін «транспортний засіб», а термін «парк» (при цьому, як указує Л. Фуллер, слово парк навіть може не згадуватися у законі: його текст може містити словосполучення на зразок «вся територія, обмежена з півночі бульваром Адамса, а зі сходу Третьою вулицею» тощо). Відтак, головним предметом такої інтерпретації є не слово, а заклад і його значення для життя людей, на яких він впливає.

Наведений гіпотетичний приклад робить можливим наступний висновок Л. Фуллера: «Правильне тлумачення такого нормативного акту залежатиме від того значення, яке надають закладу «парк» звичаї і настанови відповідного суспільства. У деяких країнах – наприклад, розташованих у північних широтах – парк може слугувати місцем спокою та відпочинку, захистком городян від міської метушні. У країнах із теплішим кліматом він може бути місцем музики й веселоців, куди городяни вирушають після того, як задовольнять свою потребу у відпочинку під час сієсти. Отже, ця різниця у призначенні закладу може мати важливе значення для тлумачення терміну «транспортний засіб». У парку одного типу, можливо, вітатимуть каліону (пересувний клавійний музичний інструмент) з паровим двигуном як унесок до його розваг; і справді, винахідливий сержант поліції міг би обґрунтувати свій дозвіл на в'їзд такої машини тим, що каліона фактично взагалі не «транспортний засіб», оскільки не

перевозить нічого, крім себе самої, бо є музичним інструментом, поставленим на колеса. У той самий час в'їзд катафалка з його похмурою ношею буде рішуче заборонено. У іншому кліматі, де паркам надається зовсім інше значення, ці рішення можуть бути протилежними».

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

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

- 1) рішення, винесені Палатою лордів, є обов'язковими прецедентами для всіх судів;
- 2) рішення, винесені Апеляційним судом, – обов'язкові для всіх судів нижчих ланок і (крім кримінального права) для самого цього суду;
- 3) рішення, винесені Високим судом, – обов'язкові для судів нижчих ланок і, не будучи строго обов'язковими, мають досить велике

значення і переважно використовуються як керівні різними відділеннями Високого суду і Суду Корони»¹.

Іншим джерелом англійського права є статутне право – закони та підзаконні нормативно-правові акти. Згідно англійської традиції та сформованої юридичної доктрини, закон (акт парламенту) не вважається основним джерелом права. Цей нормативно-правовий акт вносить поправки і доповнення до права, що створюється судовою практикою. У той же час роль закону в останній час помітно посилюється при регулюванні окремих сфер суспільного життя (сфера соціального забезпечення, освіти, охорони здоров'я та ін.) (Є.В.Білозьоров).

Джерелом англійського права визнаються також звичай і правова доктрина.

Р. Уолкер зазначає, що термін «звичай» може бути вжито в різних значеннях. В одному сенсі звичай є основним джерелом всього англійського права як первинне джерело загального права. На самому початку своєї історії загальне право не складалося як повністю новий комплекс норм, привнесених в Англію нормандцями. Воно було швидше сукупністю норм, що виникла через злиття законів і звичаїв Англії в одну правову систему. У 1350 році було оголошено, що «загальний звичай і є загальне право». Такі звичаї, як одношлюбність, батьківські права, право на використання морського берега для рибного лову і навігації, і велика частина раннього кримінального права перестали вважатися окремими джерелами права, так як вони або стали частиною загального права, або увійшли до законів.

В іншому значенні слово «звичай» вживається для опису традиційного торгового або ділового звичаю. Насправді таке вживання не точне, так як під торговим звичаєм розуміються, як правило, тільки загальноприйняті умови договору, щоб суд міг вирішити, яких умов, прямо не відображених в угоді, мали намір дотримуватися сторони. Це скоріше питання факту, ніж питання права, так що звичай в цьому випадку зовсім не є джерелом права.

Слово «звичай» має значення місцевого звичаю: норм права, які застосовуються тільки в певній місцевості. Звичай в цьому сенсі є особливим джерелом права.

Місцевий звичай як джерело права відрізняється від загального права тим, що має дві особливості: по-перше, він повинен бути

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

винятком із загального права і, по-друге, його застосування повинно бути обмежене певною місцевістю, такою, як графство, невелике місто або прихід. Крім того, його застосування може бути обмежене якоюсь групою людей в цій місцевості, наприклад рибалками, однак він не поширюється на рибалок всього королівства, так як в цьому випадку такий звичай був би частиною загального права, а не винятком з нього¹.

На відміну від закону або судового звіту правова література не є первинним літературним джерелом права. Керівництва, написані навіть найкращими фахівцями, містять тільки оцінку того, що являє собою право. Вони завжди носять скоріше описовий, ніж творчий характер. Проте було б неправильним нехтувати навчальними посібниками та вченими працями при дослідженні літературних джерел англійського права, так як в деяких випадках вони є найбільш раннім свідченням існування норм загального права. Їх значення як джерела права історично знаходиться в зворотному співвідношенні з доступністю судових звітів. Так, в наш час навчальні керівництва мають порівняно невелику цінність, оскільки точний текст норми майже завжди можна знайти в судовому звіті. Коли судові звіти тільки почали з'являтися і носили суто суб'єктивний характер, навчальні посібники були і залишаються головним авторитетним джерелом. Межа, яка відокремлює судовий звіт від оцінки його в науковій праці, часто буває непомітною. Це особливо відноситься до робіт Кока, на чий «Інституції» (Inst.) посилаються зазвичай так само часто, як на складені ним «Звіти», оскільки авторитетність тих і інших однаково висока.

Таким чином, існує два типу правової наукової літератури. До першого типу відносяться старовинні керівництва, які зазвичай використовуються в якості первинного джерела загального права. Роботи цього типу представляють збірку обов'язкових норм права. Другий тип – сучасні навчальні посібники, які не є збірками обов'язкових норм, хоча на ці роботи часто посилаються, а автори їх користуються великою повагою. Іншими словами, вони не є джерелами права і служать тільки для вказівки, де знайти те чи інше безпосереднє джерело права, а саме закон або судовий звіт. Межа, яка розділяє книги юристів на ті, що є самостійними джерелами права і на сучасні навчальні посібники, чисто історична і визначається доступністю безпосередніх джерел. Опубліковані в 1765 році «Коментарі до законів Англії» Блекстона можна, мабуть, вважати «вододілом», оскільки на

¹ Уолкер Р. Английская судебная система / Пер. с англ. Т.В. Апаровой. – М.: Юридическая литература, 1980. – С. 825-83.

них часто посиляються як на обов'язкове джерело і в той же час від них ведуть початок всі сучасні навчальні посібники¹.

Дослідивши особливості джерел загального права, Кармазіна К.Ю. вказує: «У юридичній літературі висловлюються різні підходи щодо системи джерел права Англії. Наприклад, Романов О. К. до основних джерел англійського права відносить законодавство, судові прецеденти та правові доктрини Європейського Союзу, а до додаткових джерел: звичай, правові публікації, судові звіти, канонічне право, римське право, матеріали Правової комісії. Водночас, К. Осаке здійснює диференціацію джерел права Англії на обов'язкові та необов'язкові. До обов'язкових джерел він відносить: право Європейського Союзу, Європейську конвенцію про права людини, конституції (конституційні закони), загальне право (основні принципи права), універсальні міжнародні договори, статuti, підзаконні акти (делеговане законодавство), судовий прецедент, справедливість, розум, королівські прерогативи, канонічне право, звичай, правові угоди (договори). До необов'язкових джерел права він відносить: доктрину, закони зарубіжних країн, правові положення (думки), сформовані суддями, рішення зарубіжних судів, судову практику. Разом з тим, І. Ю. Богдановська робить висновок, що сучасна правова доктрина до основних (первинних) джерел англійського права відносить статут та судовий прецедент, а до вторинних джерела англійського права – делеговане законодавство, правову доктрину та правовий звичай»².

Англійські адвокати поділяються на баррістерів і солісіторів, такий поділ склався ще в XIII-XIV ст. і хоча є анахронізмом, однак вірність традиції, а також те, що більш високе адвокатське звання баррістера має бути заслужене, він залишається.

Баррістер (англ. Barrister, від bar - бар'єр, що відокремлює суддів від підсудних) – вище звання адвоката в Англії. Барістери ведуть справи і виголошують промови перед судом, на відміну від солісіторів і атторнеїв, уповноважених лише на подачу паперів і документів.

Отримання звання баррістера передбачає наявність вищої правничої освіти, 3-річну підготовку в одній з адвокатських корпорацій, іспит з правових дисциплін. Тільки після цього кандидат стає членом

¹ Уолкер Р. Англійська судебная система / Пер. с англ. Т.В. Апаровой. – М.: Юридическая литература, 1980. – С. 191-191.

² Кармазіна К.Ю. Особливості джерел загального права // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. - 2013. - № 5. – С. 13-14.

адвокатської корпорації в званні баррістера і набуває право виступати у всіх (у тому числі і вищих) судах.

Солісітор (англ. solicitor) – у Великій Британії категорія адвокатів, що спеціалізуються на самостійному веденні справ в магістратських судах графств і міст-графств, а також на підготовці матеріалів для баррістерів. Солісітора виконують також функції юрисконсультів в установах, підприємствах, організаціях.

Контрольні запитання

1. Як співвідносяться поняття «англосаксонська правова сім'я» і «сім'я загального права»?
2. Як співвідносяться поняття «англосаксонська правова сім'я» і «англо-американська правова сім'я»?
3. Чи характерні для України окремі риси сім'ї загального права?
4. Яке значення закону як форми права у державах сім'ї загального права?
5. Охарактеризуйте структуру права у державах сім'ї загального права.
6. Що таке «загальне право»?
7. Що таке «право справедливості»?
8. Що являє собою нуліфікуючий вердикт?
9. Ознайомтеся зі справою Бушеля та вкажіть, яке рішення на місці судді Ви прийняли б. Відповідь обґрунтуйте.
10. Ознайомтеся зі справою спелеологів та вкажіть, яке рішення на місці судді Ви прийняли б. Відповідь обґрунтуйте.

Розділ 4. РЕЛІГІЙНО-ТРАДИЦІЙНІ ПРАВОВІ СІМ'Ї

§ 1. Релігійна правова сім'я у сучасних умовах.

§ 2. Звичаєва правова сім'я.

§ 1. Релігійна правова сім'я у сучасних умовах

Європейська правова система формувалась багато у чому під впливом християнських цінностей, зокрема католицького напрямку. На сьогодні ж у її основі знаходяться наступні положення: визнання людини найвищою цінністю; невід'ємність і вертикальність прав людини; толерантність як принцип взаємодії у мультикультурному світі. Східній же традиції властиві дещо інші аксіологічні постулати, серед яких слід виокремити наступні: найвищою цінністю є трансцендентне єство – Бог; основне завдання людини – слідувати заповідям пророків (апостолів). Щоб усвідомити розрив між названими цінностями, що покладені у основі соціальної регуляції, необхідно згадати відносно нещодавню проповідь патріарха московського Кирила, у якій він західну концепцію визнання людини найвищою цінністю та визнання за людиною прав назвав ідолопоклонством, що звісно суперечить християнським цінностям, адже коли людина ставить себе вище Бога – це вже є антагонізмом до релігійних догматів.

К.Г. Волинка вказує, що принципи, якими керуються незахідні країни, бувають двох видів:

1) визнається цінність права, але саме право розуміється інакше, ніж на Заході, має місце тісне переплетення права і релігії;

2) відкидається сама ідея права і стверджується, що суспільні відносини повинні регламентуватися іншими нормами — нормами звичаю, моралі та ін.» При цьому автор додає, що «Першій характеристиці відповідають країни мусульманського, індуського й іудейського права, що входять в систему релігійного права, а другій — країни Далекого Сходу, Африки і Мадагаскару, що відносяться до системи звичаєвого права».

М.С. Кельман і О.Г. Мурашин назвавши підрозділ підручника «Сім'я релігійного і традиційного права», висвітлюють лише сім'ю мусульманського права (в межах релігійної сім'ї).

Як зазначається у підручнику «Загальна теорія держави і права» за редакцією М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина «сім'я релігійно-традиційного права охоплює релігійні правові системи, засновані на

будь-якому віровченні, і традиційні правові системи, засновані на звичаєвому праві. До релігійних правових систем належать: мусульманське, канонічне, індуське, іудейське право».

Найбільш повно ознаки релігійної правової сім'ї визначаються у підручнику «Теорія держави і права» за редакцією Ю.А. Ведернікова (хоча при цьому означена правова сім'я розглядається як підтип релігійно-традиційного типу правової системи): релігійно-традиційний тип правової системи – це сукупність національних правових систем держав, що мають спільні риси, які проявляються в єдності закономірностей і тенденцій розвитку на основі релігійної норми, норми-звичаю і норми-традиції як основних джерел права, що являють собою тісне переплетення юридичних, моральних, міфічних розпоряджень, які склалися природним шляхом і визнані державою.

При цьому О.В. Легка чітко виокремлює наступні ознаки вказаних груп правових систем (у тому ж числі і сім'ї релігійного права):

1) кожна із зазначених груп правових систем ґрунтується на власних релігійно-філософських системах – іслам, індуїзм, конфуціанство, християнство;

2) юридичні джерела права співвідносяться з релігійними як форма та зміст;

3) релігійно-моральна норма має пріоритет над правовою нормою;

4) правові системи релігійно-традиційного типу не є «нерухомими», не застигли у своєму первинному вигляді, а при збереженні спадкоємності з минулою правовою культурою та під впливом романо-германських і континентальних правових систем внесли чимало змін у національне право, його структуру.

Релігійній правовій сім'ї у сучасних умовах глобалізуючого світу властиві наступні риси.

По-перше, будь-якій релігії властивий догматизм. Тому правові системи права, у яких основною формою права є релігійно-правовий текст, найменш за інші системи піддаються впливу, змінам. Так звані священні книги, на відміну від звичайних законів і, навіть, конституцій, не змінюються, відмінюються тощо. Хоча їх положення можуть по новому тлумачитись (що відповідає доктрині динамічного тлумачення Європейським судом з прав людини приписів Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод). Однак, подібне відбувається вкрай рідко і не скільки з ініціативи відповідних осіб публічної влади, стільки через зовнішні чинники. Консервативність релігійного світогляду дуже чітко простежується у сфері сімейних відносин і захисту «традиційних цінностей». «Біблія, Коран, Веди, Тора й інші священні тексти, створені

в період панівного патріархату, служили обґрунтуванням наявної дискримінації жінок, незалежно від того, про яких жінок ішлося — чорних, білих, мусульманок, юдейок чи християнок. Релігійні й теологічні тексти, які написали автори-чоловіки, природно відображають і містять «чоловічі погляди» на відносини людини з Богом і на місце жінки в структурі духовності»¹.

Патріарх Кирил говорив: «Сьогодні ми говоримо про глобальну ересь людинопоклонництва, нового ідолопоклонства, яке вилучає Бога з людського життя. Саме на подолання цієї ересі сучасності, наслідками якої можуть бути апокаліптичні події, Церква повинна скеровувати силу свого захисту, свого слова, своєї думки»².

Результати співвідношення джерел міжнародного права і джерел права у теорії права дозволяє зробити висновок про певне їх неспівпадання. Міжнародне право не розглядає як джерело права релігійно-правовий текст, що є цілком логічним і закономірним та указує на наявність явища правового поліцентризму та неможливості релігії виступати об'єднуючим фактором, підґрунтям моралі (на відміну від принципів права) (А.М. Кучук).

Доволі показовими щодо наслідків взаємодії права і релігії мають декілька відносно нещодавніх подій. Першою з них згадаємо прийняття рішення ЄСПЛ у справі Лаутсі та інші проти Італії. Обставини цієї справи наступні. Сини заявниці – Soile Lautsi – Dataico (1988 р.н.) і Sami Albertin (1990 р.н.) (які теж є заявниками) відвідували державну школу у м. Абано-Терме (Італія), у якій у кожній з навчальних аудиторій висіло розп'яття. Прохання батьків заявників зняти розп'яття адміністрація школи не задовольнила. Адміністративний суд Венето не задовольнив позов Soile Lautsi щодо порушення принципу секуляризації освіти. Це рішення підтримав і суд апеляційної інстанції.

У рішенні ЄСПЛ зазначив, що «державна була зобов'язана дотримуватися в контексті публічної освіти конфесійний нейтралітет, якщо відвідування класів є обов'язковим незалежно від релігії і з урахуванням мети сприяння розвитку критичного мислення в учнів. ... не в змозі зрозуміти, яким чином демонстрація в класах державних шкіл символу, який асоціюється з католицизмом, може служити освітньому плюралізму, має істотне значення для збереження

¹ Дудко Є. Рух за гендерну рівність у християнстві / Є. Дудко. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://commons.com.ua/ruh-za-gendernu-rivnist-u-hristiyanstvi/>

² Патріарх Кирил призвал к защите веры от «глобальной ереси человекопоклонничества». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.interfax.ru/russia/499346>

«демократичного суспільства» у розумінні Конвенції» (заява № 30814/06, 18 березня 2011 р.). Не заперечуючи правосудності рішення у означеній справі, слід вказати, що через деякий час, після значної критики цього рішення публічними особами різних держав, в тому числі і релігійними діячами, у остаточному рішенні ЄСПЛ ухвалив 15 голосами «за» і двома – «проти», що у справі вимоги статті 2 Протоколу № 1 до Конвенції порушено не було, і що відокремлений розгляд питання в частині статті 9 Конвенції не виникає.

У окремій не співпадаючій думці до якої приєднався суддя Макайджиєва, суддя Малінверні зазначає, що зараз ми живемо в мультикультурному суспільстві, в якому ефективний захист свободи віросповідання та права на освіту вимагає суворого державного нейтралітету в питаннях державного шкільної освіти; держава має докласти всіх зусиль для сприяння плюралізму в освіті як однієї з основних особливостей демократичного суспільства за змістом Конвенції. Принцип державного нейтралітету, до того ж, був прямо визнаний італійським Конституційним Судом, на думку якого з фундаментального принципу рівності всіх громадян і заборона будь-якої дискримінації, випливає обов'язок держави зайняти позицію неупередженості у відношенні до релігійних переконань. Наявність розп'ять у школах може порушити релігійну свободу і право школярів на освіту в більшій мірі, ніж релігійний одяг, який, наприклад, може носити учителька, такий як паранджа. В останньому випадку вчителька може посилатися на свою свободу релігії, яка також повинна враховуватися, і яку держава повинна також поважати. Публічні органи, однак, не можуть посилатися на таке право.

Доволі неоднозначною є наступна подія. У 2012 році австрієць Ніко Альм отримав посвідчення водія, сфотографувавшись з друшляком на голові. На оформлення посвідчення він витратив біля трьох років, адже згідно з національним законодавством забороняється фотографуватися на документи у головному уборі, крім випадків, якщо це суперечить релігійним переконанням. Посилаючись на це положення закону Ніко Альм відстояв право на вказане фото, вважаючи себе прихильником пастафаріанства, учення про Літаючого Макаронного Монстра.

Пастафаріанська церква була заснована в 2005 році американським фізиком Боббі Хендерсоном як протест проти рішення департаменту освіти штату Канзас, згідно з яким у шкільній програмі курс теорії еволюції був замінений концепцією «Розумного задуму».

У листопаді 2015 року настафаріанка з США – Ліндсі Міллер – також отримала посвідчення водія з друшляком на голові. 9 січня 2016 року настафаріанець із Росії – Філін Андрій Сергійович – теж отримав посвідчення водія з друшляком на голові (А.М. Кучук).

У вітчизняній юридичній науці в останні роки все частіше проводяться паралелі між релігією і правом, бог розглядається як першоджерело прав людини (права). Зокрема, згадаємо працю Р. А. Папаяна «Християнські корені сучасного права», в якій розглянуто основні права людини – природно-правові норми, записані в Біблії починаючи з днів творіння і діючі протягом усіх біблійних подій. Право на життя, свобода особистості, свобода слова, право на сім'ю, на працю, на власність розглянуті як іманентності людини і осмислюються в їх духовному аспекті. Важливе місце в дослідженні займає розгляд паралелей між структурою земної і небесної влади, біблійними і сучасними уявленнями про поділ влади. Нагадаємо, що навіть у Преамбулі Основного закону України зазначається: «Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей, ...усвідомлюючи відповідальність перед Богом...приймає цю Конституцію – Основний закон України». Хоча в ст. 35 Конституції закріплено: «Церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від церкви. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова». До того ж, чому перед Богом, а не богами?

З цього приводу слушно зауважив О. Мережко: «Якщо ми юридично визнали існування Бога, послідовність вимагає того, аби ми досить чітко визначили його правовий статус, а також взаємні права та обов'язки між людиною і Богом. Передусім, зазначимо, що Бог за логікою речей як особа має бути суб'єктом українського права. Так, він може брати участь у цивільному обороті і володіти майном», «у світовій судовій практиці можна знайти рішення щодо противника Бога, тобто проти диявола. Мабуть, однією з найвідоміших таких справ є справа Гералд Майо проти Сатани та його колег (United States ex rel. Gerald Mayo v. Satan and His Staff), розглянута в 1971 р. У цій справі позивач перед окружним судом західного округу Пенсільванії скаржився на те, що Сатана в багатьох випадках робив життя позивача незносним, призвів до його падіння і тим самим порушив конституційні права позивача. У своєму рішенні американський суд звернув увагу на те, що у цій справі існує проблема юрисдикції, оскільки

не ясно, чи дійсно Сатана проживає у тому самому штаті, що й позивач»¹.

В епоху глобалізації та інтеграції релігійні правові сім'ї під впливом зовнішніх чинників зазнають змін. Додатковим фактором яких виступає держава, точніше, публічна влада. Загальновідомим є той факт, що ознакою держави є наявність писаних правил поведінки, які приймаються (санкціонуються) і охороняються публічною владою. Відтак, навіть влада, яка видає себе за намісника бога на землі, мусить видавати письмові приписи та контролювати їх реалізацію. Тому навіть у межах держав, в яких застосовується як форма права релігійно-правовий текст, публічна влада не буде заперечувати важливість виконання її вказівок – буде визнавати і всіляко реалізовувати чинне законодавство. *Тому можна вести мову про бінарність джерел права у таких державах.*

На подібний стан речей вказує і відомий вітчизняний правник М. Дамирли, акцентуючи увагу на необхідності розмежування ісламського права та національної правової системи, що ґрунтується на ньому: «сьогодні в своєму чистому вигляді ісламське право ніде не діє (ні в одній країні мусульманського світу воно не є єдиним чинним правом, навіть в яскраво консервативних країнах Аравійського півострова діють, хоч і фрагментарно, елементи інших правових систем). Тому ісламське право і національна правова система, де воно є складовою частиною, не одне й те саме. Звідси і умовність вживання поняття «ісламська правова система» (як і поняття «ісламська правова сім'я»). Ісламське право в строгому сенсі цього слова (ісламське право як таке) по суті і є основою, загальною базою для всіх національних правових систем, побудованих на ісламських традиціях права»².

Широко використовуються інші, крім релігійно-правового тексту і нормативно-правового акту, форми права, зокрема міжнародний договір і правовий звичай. У сучасному світі значний вплив на розвиток національних систем права впливає діяльність Організації Об'єднаних Націй, у статуті якої зазначено, що «Ми, народи Об'єднаних Націй... сповнені Рішучості ... і знову утвердити віру в основні права людини, в гідність і цінність людської особистості, в рівноправність чоловіків і жінок і в рівність прав великих і малих націй...».

¹ Мережко О. Бог як суб'єкт українського права / О. Мережко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.xic.com.ua/z-zhyttja/21-problema/135-bog-jak-subjekt-ukrajinskogo-prava/>

² Дамирли М. Исламское право в сравнительной перспективе: основные ракурсы исследования / М. Дамирли // Юридичний вісник. – 2014. – № 6. – С. 14-18.

У 1981 році мусульманські держави прийняли Загальну ісламську декларацію прав людини. У 1990 р. була прийнята Каїрська декларація про права людини в ісламі. У 1994 р. сім держав Арабської Ліги погодили Арабську хартію прав людини. У 2012 р. глави держав Асоціації держав Південно-Східної Азії прийняли Декларацію прав людини.

Відносно іншого джерела – звичаю, то слід відмітити тісний зв'язок між звичаєм та релігійно-правовим текстом, а точніше з релігійними обрядами. Саме ця обставина багато у чому зумовлює поєднання багатьма науковцями релігійної правової сім'ї та звичаєвої правової сім'ї у одну сім'ю – релігійно-традиційну (релігійно-звичаєву) з виокремленням підтипів правової системи. До того ж, звичаю також властивий, як і релігійним догмам, консерватизм, що вказує на повільність сприйняття змін звичаєвою правовою сім'єю, намагання протистояти певним чином глобалізаційним та інтеграційним процесам.

Таким чином, у сучасних умовах розвитку суспільства важливу роль відіграє релігійна правова сім'я, передусім через багаточисельність громадян держав, які її складають. Фактором, що посилює цю роль є міграційні процеси спричинені глобалізаційними та інтеграційними явищами. На сьогодні, не зважаючи на свій консерватизм, релігійна правова сім'я під тиском зовнішніх обставин змушена відмовлятися від частини своїх догм, переважно у аспекті забезпечення розвитку особистості та реалізації її прав. Релігійна правова сім'я є окремим типом правової системи з своїми особливостями. Важливим є розмежування релігійного права та національної системи права держав, що складають релігійну правову сім'ю.

§ 2. Сім'я звичаєвого права: загальна характеристика

Сім'я звичаєвого права є майже невисвітленою у юридичній літературі, особливо на сучасному етапі розвитку суспільства. Одним із останніх досліджень (хоча не безпосередньо сім'ї звичаєвого права) є праця О.А. Васянович «Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах».

Серед плюралізму підходів до типології правових систем виокремлюється той з них, що передбачає (враховуючи особливості

генези і розвитку, превалюючу форму права, тип правового світогляду тощо) існування таких правових сімей:

- 1) сім'я континентального права (романо-германська);
- 2) сім'я загального права (англосаксонська, англо-американська);
- 3) сім'я релігійного права (релігійно-правова сім'я);
- 4) сім'я звичаєвого права.

Саме указані типи правових систем охоплюють (відображають) основні форми (джерела) права:

- 1) нормативно-правовий акт;
- 2) правовий прецедент;
- 3) релігійно-правовий текст;
- 4) правовий звичай.

У сучасний період розвитку суспільства характеристика правових сімей має базуватися на таких положеннях:

по-перше, у сучасному світі нормативно-правовий акт у все більшій кількості держав використовується як основне джерело (форма) права (через властиву цій формі визначеність і відносну чіткість приписів, що визначають правила поведінки);

по-друге, важливу роль у врегулюванні відносин між державами відіграє нормативний договір як результат консенсусу реалізації національних інтересів.

Класифікація правових систем світу, як правило, «здійснюється за такими критеріями:

- спільність історичних коренів виникнення та подальшого розвитку;
- пануюча доктрина юридичної думки та її специфіка;
- спільність основного джерела (форми) об'єктивного права та способів тлумачення норм права;
- єдність у структурі системи права та норми права;
- спільність принципів регулювання суспільних відносин;
- специфічні правові інститути;
- єдність юридичної техніки, в тому числі термінології, юридичних категорій, конструкцій;
- ідеологічні фактори.

Виходячи з названих критеріїв, для сім'ї звичаєвого іманентними наступні риси.

Для держав, які складають цей тип правової системи, характерним був (і багато у чому залишається, за окремими винятками) аграрний тип виробництва, превалювання в економіці легкої промисловості, низький рівень індустріалізації і урбанізації. Указані фактори сприяли

посиленню комунікаційних зв'язків між соціальними групами, окремими членами суспільства, що у свою чергу призводило до появи правил співжиття та вироблення механізмів їх забезпечення, відносній стабільності (статичності) таких норм – оформленню звичаїв і традицій.

Подібність економічного ладу таких суспільств, спільність соціальних проблем слугувало об'єднуючим фактором для них.

Немалу роль у процесі становлення сім'ї звичаєвого права відігравали і різного роду вірування, які або не досягли рівня монорелігії, як це властиво європейській культурі (згадаємо держави Африки), або набули специфічного «напіврелігійного» характеру (згадаємо конфуціанство у Китаї. «Нічого не відомо в Китаї і про потужні в соціальному відношенні рухи пророків передньоазійського, іранського чи індійського типу. Тут пророки ніколи не висували етичних «вимог» від імені надсвітового бога. ... Наскільки дозволяють судити історичні знання, у Китаї не існувало могутнього жрецтва – з необхідними застереженнями щодо даосизму. Але перш за все тут не було ніякого справжнього вчення про спасіння, ніякої справжньої етики і ніякого справжнього виховання з боку автономних релігійних властей. Таким чином, тут отримав вільний розвиток інтелектуалістський раціоналізм чиновницької верстви, який, як і всюди, в глибині душі зневажав релігію, якщо не мав у ній потребу для приручення [мас]» (Макс Вебер).

Доволі чітко указана система організації співжиття членів соціуму у державах сім'ї традиційного права проявляється у сімейно-родинній системі Японії. Т.О. Ткачева зазначає, що «у способі організації сімейних відносин в Японії значну роль відіграє такий феномен, як основна сім'я – бічна сім'я («хонке – бунке»). Особливістю сімейно-родинних відносин Японії є можливість утворення бічної сім'ї при основній родині не тільки по спорідненості крові (сім'ї братів або синів), але і за спільністю інтересів, звершення якоїсь неординарної події, особливого ставлення один до одного і т.п. Бунке, яка утворюється так само, характеризується тим, що на її членів поширюються родинна близькість і традиційні сімейні відносини. Таким чином, по суті, соціальні зв'язки набувають характеру родинних відносин. Можливо, тому для японської традиції більш характерні великі групові об'єднання і в порівнянні з ними менш значимі кровно-родинні стосунки»¹.

¹ Ткачева Т.О. Кланово-семе́йный характер производственных отношений в странах восточной Азии (на примере Тайваня и Японии) / Т.О. Ткачева // Научные проблемы гуманитарных исследований. – 2009. – № 1. – С. 33.

Закономірним є висновок про превалювання у державах, які складають сім'ю звичаєвого права, такої форми (джерела) права як правовий звичай. Під правовим звичаєм вітчизняна юридична наука розуміє *«санкціоноване державою правило поведінки, яке утвердилось у суспільстві як простий звичай у результаті багаторазового повторення впродовж тривалого часу і яке стало традицією, тобто правило, яке передавалось від покоління до покоління до того часу, поки не потрапило в орбіту державних інтересів. Не кожний звичай стає правовим, а тільки той, який відповідає інтересам певної групи людей, тієї чи іншої соціальної спільноти або суспільства в цілому»* (М.С. Кельман, О.Г. Мурашин).

У Нігерії діють 15 тисяч судів звичаєвого права, які розглядають майже 90 відсотків справ судів першої інстанції. Значення правових звичаїв зберігається в Індії, Індонезії, Малайзії, Заїрі та інших країнах Африки й Далекого Сходу.

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

Звичай є не просто джерелом сімейного чи цивільного права, а й джерелом кримінального права. Правовий звичай є цілком легітимним джерелом кримінального права у деяких державах Африки. Так, одночасно з дією Кримінального кодексу, створеного не без впливу англійців, навіть у ХХ столітті у Ганні саме за звичаєвим правом карались такі види злочинів як: незаконне вимовляння клятви, заклик прокльонів богів на іншу особу, адюльтер, образа вождів тощо (М.І. Хавронюк).

Звичай, що виникає, набуває обов'язкової юридичної сили за певних умов. Необхідні п'ять таких факторів:

1) звичай має глибоко укорінитися у суспільній практиці шляхом довготривалого застосування, хоча при цьому не є необхідним проходження чітко визначеного періоду його застосування (лише західне канонічне право не базувалося на цьому принципів, вимагаючи спливу певного часу як доказу існування звичаю);

2) застосування звичаю на практиці має бути однорідним, бо наявність різної інтерпретації звичаю та різна юридична практика його реалізації буде саме фактором спростування існування правового звичаю;

3) звичай має бути раціональним, тобто його застосування має спричинятися розумною необхідністю, виходити зі здорового глузду;

4) реалізація звичаю має супроводжуватися упевненістю в потребі існування цієї норми, її обов'язковості;

5) подекуди певний образ дій закріплюється через те, що суспільство помилково упевнене, що такий образ дій приписується якою-небудь помилково інтерпретованою нормою¹.

Необхідно зважати на таку особливість формування звичаю у значній кількості держав Африки як вплив ісламу. Так, М.А. Вороніна, посилаючись на кілька джерел (Кобищанов, Ю. М. История распространения ислама в Африке [Текст] / Ю. М. Кобищанов. – М. : Наука, Глав. ред. восточ. лит-ры, 1987. – С. 3-4; The Future of the Global Muslim Population Projections for 2010-2030 [Electronic resource]// Pew Research Center, January, 2011. – Access Mode: http://www.pewforum.org/uploadedFiles/Topics/Religious_Affiliation/Muslim/Future_Global_Muslim_Population-WebPDF-Feb10.pdf) класифікує держави Африки за критерієм поширеності ісламу на наступні групи:

«1. Арабські країни Африки, де іслам – державна релігія (Єгипет, Лівія, Туніс, Алжир, Марокко, Мавританія, Судан).

2. Держави, де мусульмани становлять більшість населення (Гамбія, Гвінея, Малі, Нігер, Коморські Острови, Джибуті, Майотта, Сенегал, Сьєрра-Леоне, Сомалі, Західна Сахара).

3. Держави, де мусульман більше ніж християн, але вони не становлять більшості населення (Чад, Буркіна-Фасо, Еритрея, Гвінея-Бісау, Нігерія, Ліберія, Кот-д'Івуар).

4. Держави, де мусульманські громади, хоча і в меншості, але займають важливі позиції в економічному і політичному житті (Уганда, Центрально-Африканська Республіка, Габон, Гана, Бенін, Камерун, Того).

5. Держави, де мусульмани становлять значну і впливову меншину, де цілі провінції та етнічні території заселені більшістю мусульман (Ефіопія, Танзанія, Кенія, північ Мозамбіку)»².

Превалювання правового звичаю спричиняє і специфічне відношення членів суспільства до офіційних юрисдикційних органів. Так, при наявності юридичного конфлікту конфліктуючі сторони прагнуть розв'язати його позасудовим (позаюрисдикційним) способом, що, знову таки применшує роль закону як джерела права. За таких

¹ Хвостов В.М. Система римського права / В.М. Хвостов. – М.: Спартак, 1996. – С. 33-34.

² Вороніна М.А. Взаємодія традиційного права країн Африки з ісламським правом / М.А. Вороніна // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2012. – Вип. 24. – С. 51-52.

обставин значна роль відводиться старійшинам, зборам громади тощо. «Як і в Китаї, в Японії ідея законодавчого права, принцип категоричності судових рішень викликає негативне відношення народу. Діюча правова система Японії – яскравий приклад збереження традиційної системи шляхом формального прийняття романо-германської системи права, як найбільш лояльної і не вимагаючої радикальної перебудови суспільного порядку»¹. Що у свою чергу є фактором нерозвиненості юридичної техніки (особливо у порівнянні з державами романо-германської правової сім'ї).

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

«Для європейця держава створена для захисту прав, як механізм організації суспільства. Для традицій Азії держава і є суспільством, а право формується на основі морально-етичних, культурних переконань особи і часто проявляється через релігійні догмати. Для європейської правової культури, що ґрунтується на принципі «що не заборонено законом, те дозволено для людини», ситуація в Азії являється антидемократичною, антигуманною і неприйнятною. В Азії така установка виглядає, по меншій мірі, безглуздо, так як закони, як засіб залякування, створені для злочинців, а для суспільства діють норми моралі» (Б. Бачур).

«Річка Уонгануї в Новій Зеландії отримала правовий статус людини. Відповідно до закону, прийнятого парламентом країни, Уонгануї отримує всі права і обов'язки людини. Річка зможе брати

¹ Бачур Б.С. Права человека: от уникального опыта к правовой стандартизации / Б.С. Бачур, Е.В. Коч // Вісник Одеського національного університету імені І.І. Мечникова. Правознавство. – 2012. – Т. 17. – Вип. 1/2. – С. 49.

участь в судових процесах через двох представників – Новозеландської монархії і представника маорі. У новому законі, прийнятому парламентом Нової Зеландії, збиток річці прирівнюється до збитку племені, оскільки вони вважаються єдиним цілим.

Місцеве плем'я маорі з Уонгануі, яке вважає річку своїм предком, 140 років боролосся за те, щоб її визнали живою істотою.

Судовий процес про наділення річки правами людини став найдовшим в історії Нової Зеландії. Як пише видання, тепер і інші місцеві племена можуть зажадати прирівняти священні для них природні об'єкти до живих істот.

Як відомо, в 2014 році правовий статус людини отримав Національний парк Нової Зеландії Уревера. Для відвідувачів його закрити не стали.»¹.

Це спричиняє і особливе розуміння прав і обов'язків. Так, мова передусім іде про общину та колективні права, права ж індивіда якщо і не заперечуються, то мають дуже обмежений (у порівнянні з сім'єю континентального права) зміст. При колізії прав людини і колективного інтересу перевага надається останньому.

Таким чином, сім'я звичаєвого права – це тип правової системи, що включає в себе сукупність держав, поєднаних спільністю історичних коренів виникнення та подальшого розвитку, спільністю принципів регулювання суспільних відносин, ідеологічними факторами, у яких превалює як форма права правовий звичай.

Контрольні запитання

1. На Вашу думку чи є сумісними релігійний догматизм, з однієї сторони, і толерантність і недискримінація – з іншої.

2. Чи є відмінність між Загальною декларацією прав людини та Каїрською декларацією прав людини.

3. Чи однакове розуміння людських прав у державах романо-германської правової сім'ї та сім'ї звичаєвого права?

4. Чи однакове розуміння людських прав у державах романо-германської правової сім'ї та релігійній правовій сім'ї?

5. Яке значення нормативно-правового акту у релігійній правовій сім'ї?

6. Яке значення нормативно-правового акту узвичаєвій правовій сім'ї?

¹ В Новой Зеландии река получила правовой статус человека. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://day.kyiv.ua/ru/news/160317-v-novoy-zelandii-reka-poluchila-pravovoy-status-cheloveka>

7. Як Ви розумієте правовий звичай?
8. Які риси релігійної правової сім'ї характерні для України?
9. Прогляньте виступ патріарха Кирила (<https://www.youtube.com/watch?v=cvNEtTuB9vg>) та укажіть свою думку щодо предмету його виступу.
10. Як Ви вважаєте: чи може правник з романо-германської правової сім'ї пізнати об'єктивно право держави, що належить до релігійної правової сім'ї?

Розділ 5. ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВА

§ 1. Основи порівняльно-правових досліджень міжнародного та європейського права.

§ 2. Практика ЄСПЛ про відсутність єдиного розуміння цінностей.

§ 1. Основи порівняльно-правових досліджень міжнародного та європейського права

З початку свого виникнення різні соціальні групи розвивались у аспекті їх розширення. На початковій стадії генези це було передусім у формі війни з іншими племенами та поширення на завойованих свого впливу. Згодом поряд з цією формою (але уже щодо сусідніх держав чи протодержав) впроваджується й інша – взаємодія/співпраця

Відповідно до теорії інцесту виникнення держави пов'язується із виокремленням спеціальних інституцій, які мали не допускати кровозмішення усередині роду і для цього, зокрема, організовувати взаємодію з іншими племенами для відповідного обміну.

На початок ХХІ століття «людство вступає в період глобалізації – новий етап свого розвитку, коли трансформація різних сфер життя суспільства призводить до зміцнення інтеграції, інтернаціоналізації та модернізації життя людей. Глобалізація передбачає поступове об'єднання світового простору в своєрідну єдину зону з високою мобільністю інформації і капіталу, що стає можливим завдяки сучасним інфокомунікаційним технологіям і вдосконаленням засобів виробництва. Це суперечливий і неоднозначний процес, якому даються різноманітні оцінки»¹.

Для держави питання організації співпраці з іншими державами завжди було доволі важливим напрямом її діяльності, одним із пріоритетних завдань публічної влади, факторами цього було як географічне розташування (ця проблематика певною мірою була

¹ Калинина Е.А. Современный британский антиглобализм (конец XX – начало XXI веков): автореф. дисс. ...канд. юрид. наук: 07.00.03 / Екатерина Александровна Калинина; Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. – М., 2010. – С.3.

протягом тривалого часу неактуальною для острівних держав, але таких уже не так і багато, до того ж, питання розвитку власного суспільства так чи інакше змушувало комунікувати з іншими державами), так і розвиток науки і техніки, що призводив до виходу людини за межі локального. До цього додавались і психологічні фактори, зокрема природна схильність людини до порівняння, яке і виступає рушієм прогресу. Саме порівняння є тим засобом, що змушує людину удосконалюватися і у кінцевому результаті самореалізуватися. Порівнюючи, суб'єкт виявляє позитивні і негативні риси об'єктів, визначає напрями довершення існуючого стану тощо.

Подібне становище властиве і державі як формі організації населення. Так, для прикладу можна згадати загальновідому інформацію з історії держави і права України. Зокрема ще у часи Київської Русі руські князі мали тісні зв'язки (передусім кровнородинні) зі знатними родами різних європейських держав, зокрема Англії, Норвегії, Польщі, Угорщини, Франції, а також Візантії, що дозволило їм сформувати ефективну систему звичаєвого права, яка була запозичена іншими сусідніми державами, наприклад, Великим Князівством Литовським; у литовських статутах відбилась звичаєве право Київської Русі. Петро I порівнюючи тогочасний стан Московії з державним і суспільним ладом європейських держав, з метою удосконалення першого провів низку державно-правових реформ.

Ефективним є використання результатів порівняння і у сучасному світі. Наприклад, реформування правоохоронної системи Грузії здійснювалось з урахуванням передового зарубіжного досвіду і провадили його фахівці, які отримували освіту у європейських вишах.

У сучасному суспільстві інтеграція має відбуватися саме на правових засадах, що спричиняє виникнення і розвиток міжнародно-правових норм, необхідність адаптації, уніфікації і гармонізації не лише (і навіть не стільки) законодавства як саме права, що може мати і негативні наслідки для населення відповідних держав.

Виступаючи на Всесвітній конференції з прав людини у Відні (14 червня 1993 г.) міністр закордонних справ Індонезії заявив, що багато держав (деякі з них пишаються давньою і високо розвиненою культурою) мають відмінний від західних держав досвід історичного розвитку щодо формування своїх ідей прав людини і демократії. Вони

переважно виробили свої власні, відмінні уявлення, засновані на іншому досвіді відносин між особистістю і суспільством, особою і іншими людьми, а також прав людського суспільства по відношенню до прав індивідуума. Доповідач закликав до більшого розуміння надзвичайної складності проблеми прав людини, викликаній відмінностями в історії, культурі, системі цінностей, географії і стадії розвитку держав світу¹».

Неврахування принципу правового поліцентризму може призвести до отримання необ'єктивних висновків. Так, наприклад, можна дійти висновку, що «Планувати і здійснювати втечі з в'язниць в Німеччині не те, щоб дозволено, і звичайно, вкрай небажано для адміністрації в'язниць, але не незаконно. ... Причина такої «м'якості» влади полягає в тому, що німці вважають, що прагнення до свободи - один з основних людських інстинктів, боротися з яким марно і безглуздо. Волелюбність – така ж непереможна тяга, як і інстинкт розмноження і самозбереження, що можна довести прикладом тварини, спійманої і посадженої в клітку: поки вона не зламана психологічно і не привчена до неволі, тварина буде здійснювати спроби при будь-якій зручній можливості». Дійсно, кримінальний кодекс Федеративної Республіки Німеччини не містить припису, що передбачає кримінальну відповідальність за втечу з місць позбавлення волі. Однак, § 121 цього кодексу передбачає відповідальність ув'язнених за втечу із застосуванням насильства та за сприяння, із застосуванням насильства, втечі одного з них або іншого ув'язненого.

Враховуючи особливості менталітету, можна стверджувати, що німці просто не уявляють: як можна вийти з місць позбавлення волі без насильства. Якщо це відбувається через допомогу адміністрації – звісно це вина адміністрації (держави), а не людини, адже держава (адміністрація, охорона та ін.) не виконує свої обов'язки. Тому без насильства людина, перебуваючи під охороною осіб, обов'язком яких є виконання рішення суду щодо позбавлення волі, нагляд за цією особою і т.д. просто фізично не може залишити охоронювану територію. Відтак, відсутня потреба закріплювати норму, яка буде передбачати відповідальність за немислиме діяння – «мертву норму».

У юридичній літературі піднімалось питання особливостей перекладу правничих понять однієї культури на мову іншої. Так,

¹ Проблема універсальності прав человека для разных культур [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.urok123.org/node/10176. – Назва з екрану.

типовим прикладом того, до чого може призвести неадекватний переклад є переклад праці відомого фахівця в сфері порівняльного правознавства Рене Давида «LES GRANDS SYSTEMES DE DROIT CONTEMPORAINS». Саме через такий переклад, як вказує В. Нерсесянц, значна кількість науковців почали інтерпретувати «систему права» і «правову систему» як різні за змістом поняття, розглядаючи їх як відповідно частину і ціле. Під «правовою системою» почали розуміти сукупність усіх правових явищ, в тому числі і систему права. Окремі науковці почали говорити про «правову систему в широкому розумінні» (тобто у значенні «правової сім'ї»), яка об'єднує декілька «правових систем у вузькому розумінні» (тобто у значенні окремого національного права) (В. Нерсесянц).

Іншим прикладом труднощів впровадження у національну правову культуру юридичної термінології іншої цивілізації є «the rule of law». Радянські вчені замість перекладу «верховенство права» або «панування права» перекладали як «верховенство закону», що пов'язане із пануванням у СРСР відповідної ідеології. Якби перекладалось як «верховенство права», то для радянської науки треба було б визначати право не через закон, не «возводити на п'єдестал» законність, верховенство закону, а зважати на права людини і т.д., а це є неприйнятним для авторитарного/тоталітарного режиму. Як наслідок, і сьогодні маємо «верховенство закону», «верховенство правового закону» і т.п.

Про обмежену можливість використання перекладених праць (відповідно запозичення юридичної термінології іншої правової культури) при провадженні наукових досліджень інших правових культур свідчить і переклад такого терміну як «Government». Так, перекладаючи працю В. Бернхейма «Introduction to the Law and Legal System of the United States» цьому терміну використовується як відповідник «уряд» і ведеться мова про «урядову структуру, «уряд штатів і уряд федерації», хоча мається на увазі зовсім не уряд, а влада (публічна влада), на що вказує і те, що в перекладі праці говориться про поділ урядової влади на три гілки – законодавчу, виконавчу і судову. Водночас, загальновідомо, що уряд – найвищий орган в системі органів державної виконавчої влади.

На цьому наголошував ще Освальд Шпенглер, зазначаючи, що те, що ми перекладаємо, використовуючи власні мовні засоби з грецького як «первоначало», «матерія», «форма», являє собою «плоске уподібнення, слабку спробу проникнути в світ відчуттів. ...Це все одно, якби хтось наважився перекласти скульптури Парфенону на струнну

музику або відлити у бронзі бога Вольтера. Принципові особливості мислення, життя, світосприйняття таким же чином різні, як і риси обличчя окремих людей; є «раси» і «народи» також і у цьому відношенні, хоча вони і догадуються про це не більше, ніж можуть звернуть увагу на те, чи є «червоне» чи «жовте» для іншого тим же самим або чимось принципово іншим» (О. Шпенглер).

Наступним прикладом є *acquis communautaire* (в перекладі з французького дослівно – те, що досягнуте в межах Співтовариства). Саме цю назву мала ст. 7 проекту договору про ЄС, прийнятого у лютому 1984 року Європейським Парламентом. Як відзначає А. Виноградов, «спроби перекласти цю правову категорію на інші мови породжували різні формулювання, часто не ідентичні за змістом. Наприклад, «спадщина спільноти» англійською, «нормативна спадщина» на шведському, «чинне право Співтовариства» на датському або «правові досягнення ЄС» російською мовою. З наведених прикладів чітко видна етимологічна різниця варіантів перекладу. При цьому у науковому співтоваристві простежується чітка тенденція до використання оригінального варіанту *acquis communautaire*, залишаючи його без перекладу, проте описуючи і характеризує його у численних подробицях і деталях»¹.

В Україні це поняття розглядається як «правова система ЄС, яка включає акти законодавства ЄС (але не обмежується ними), прийняті в межах Європейського співтовариства, Спільної зовнішньої політики та політики безпеки і Співпраці у сфері юстиції та внутрішніх справ.

Лінн Віссон – американка російського походження, яка викладала російську мову і літературу у вищих навчальних закладах США, а потім більше двадцяти років здійснювала синхронний переклад з російської і французької мов на англійську в ООН зазначає, що для того аби правильно говорити англійською у США, необхідно знати американську культуру (хоча для цього необхідно знати мову). Відтак необхідно одночасно опанувати і мову, і культуру. «Говорити англійською мовою, не знаючи реалій і культури, що стоять за нею, – значить годувати своїх слухачів позбавленою смаку жуйкою буквалізмів і прирікати себе на нескінченні помилки. Якщо ви у Сполучених Штатах шукаєте для себе житло і запитаєте у власника про можливість здати або продати вам трикімнатну квартиру, то отримаєте

¹ Виноградов А. Особенности происхождения и содержание правовой категории «*acquis communautaire*» в праве Европейского Союза / А. Виноградов. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.alleurpa.ru/osobennosti-proischozhdeniya-i-soderzhanie-pravovoy-kategorii-acquis-communautaire-v-prave-evropeyskogo-soiuza>.

неодмінно three-bedroom apartment, яка складається мінімум з чотирьох кімнат і коштує, зрозуміло, набагато дорожче. Це і зрозуміло: величина квартир у Америці розраховується не за кімнатами, а за кількістю спалень. Такою ж помилкою буде і буквальный переклад самого поняття «будинок», яке створює у свідомості росіянина і американця не зовсім однакові образи»

Починаючи з радянських часів (друга половина ХХ століття) у вітчизняну юридичну науку входить поняття «правова система». На сьогодні воно активно використовується і є фактично усталеним, хоча можна виокремити різні напрями розуміння змісту явища, що позначається цим терміном. Водночас, під поняттям «правова система» переважно розуміється сукупність усіх правових явищ. Узагальнюючи результати аналізу наукової і навчальної юридичної літератури з окресленої тематики, можна зробити такі висновки.

1. Західна правова традиція використовує термін «Legal System», не застосовуючи термін «System of Law», відтак їй не властиве розмежування системи права і правової системи; при цьому інтерпретація словосполучення «Legal System» не зводиться до сукупності норм права, інститутів права, галузей права і включає у себе різні правові явища. Зауважимо, Раймон Леже, висвітлюючи великі системи сучасного права зазначає, що словосполучення «systemes de droit» використовується більшістю авторів для того, щоб позначити сукупність правових норм, що забезпечують вирішення питань, з якими може зіткнутися суспільство. Systemes de droit найчастіше є право, що застосовується в певній державі. Але поняття systemes de droit і право певної держави не є ідентичними, оскільки у межах однієї держави можуть співіснувати кілька systemes de droit, в той час як одна правова система може застосовуватися декількома державами.

2. Термін «Legal System» у порівнянні з терміном «Law» розуміється або як синонім терміну право (Law) (зауважимо, що право так чи інакше розглядається як система: система норм, система принципів, система ідей, система психологічних почуттів тощо), або як ширший за обсягом, ніж поняття права (Law).

3. Вітчизняна юридична наука оперує термінами «правова система», «система права», «система законодавства», «право» (яке розуміється як система загальнообов'язкових правил поведінки, що містяться у прескриптивних текстах), при цьому малодослідженим є питання співвідношення права і правової системи, оскільки за такої кількості систем зміст права за такого підходу відходить на другий

план, «розмивається» і право замість конкретності набуває властивості абстрактності, що посилює зневіру у можливості права регулювати суспільні відносини, бути ефективним соціальним регулятором. Зауважимо, вище ми зазначали, що закон є абстрактним, так як не може передбачити усю сукупність реальних випадків, обставин, а право є конкретним, саме тому будь-який правовий конфлікт розв'язується передусім виходячи з права, яке завжди є дієвим, не може не реалізуватися (що знову таки актуалізує соціологічний підхід до розуміння права, адже соціальна норма не розглядається як така, якщо вона не реалізується у суспільних відносинах, навіть якщо вона має текстову форму відображення). Наявність означених систем зводить право до системи права, яка являє собою сукупність норм у різних варіаціях – інститути, підгалузі, галузі, яка хоча і визнається об'єктивною, але є результатом наукової класифікації і результатом юридичного нормотворення. Через це суб'єкти правозастосування звертаються передусім до законодавства, а не права, реалізуючи принцип верховенства закону (який до того ж сприймається дещо обмежено, як відповідність рішення нормам матеріального права, що було прийняте при дотриманні процесуальних норм, забуваючи про аксіологічний/телеологічний аспект застосування права, необхідність реалізації власних повноважень зважаючи на права людини, правову визначеність тощо), а не права.

4. У останні роки основним питанням, яке піднімають вітчизняні науковці є не стільки розуміння правової системи, скільки типів правових систем (правові сім'ї), що зумовлено глобалізаційними процесами, постійною взаємодією держав різних правових сімей, наявністю держав з перехідним типом правової системи, трансформацією «великих» («основних») правових систем тощо.

5. У вітчизняних наукових працях вектор дослідження правової системи усе частіше спрямовується до національного фактору (або до його посилення, або, що відбувається частіше, до його послаблення через глобалізацію та інтеграційні процеси у сучасному світі). «З'явилися і критичні оцінки щодо багатьох порівняльно-правових досліджень. Тому компаративістами усього світу докладаються зусилля щодо удосконалення існуючих класифікацій правових систем. На особливу увагу заслуговує спроба італійського компаративіста У. Маттео переглянути систематизацію правових систем» (С.А. Маркова-Мурашова).

При цьому слушною є теза О.І. Чердакова і Г.В. Субботіна про те, що «найбільшою проблемою є виокремлення загальних рис, які

характеризують правову систему, для систематизації їх за категоріями, групами, сім'ями. На нашу думку, це обумовлено низкою факторів: по-перше, відсутністю єдиних критеріїв, покладених у основу класифікації; по-друге, різницею оцінки значення джерел права; по-третє, неоднозначністю трактування правових компонентів, що входять у правову систему».

Відповідно до ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду передбачає, що Міжнародний суд, розв'язуючи спір на основі міжнародного права використовує такі джерела:

«а) міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, визнані державами, між якими розв'язується спір;

б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як право;

с) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями;

д) із застереженням, зазначеним у статті 59, судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм».

Таким чином, указана стаття містить указівку на такі джерела міжнародного права як:

по-перше, прескриптивний текст (що актуалізує нормативістський підхід до розуміння права);

по-друге, звичай (що актуалізує історичний підхід до розуміння права);

по-третє, принципи права (що актуалізує природно-правове розуміння права);

по-четверте, судовий прецедент (що актуалізує соціологічне розуміння права);

по-п'яте, правову доктрину (що актуалізує історичне розуміння права).

Водночас, відповідно до ч. 2 ст. 38 Статуту Міжнародного суду наведені положення, у яких визначаються джерела міжнародного права, що використовуються Міжнародним судом не позбавляють останнього права приймати рішення у справі *ex aequo et bono* (по добру і справедливості), якщо не заперечують сторони.

У відомій справі «Лотуса» («Lotus») від 7 вересня 1927 року Постійна палата міжнародного правосуддя з'ясувала питання: які принципи міжнародного права ймовірно порушив лейтенант Демонз

(справа стосувалася зіткнення 2 серпня 1926 р. у відкритому морі двох кораблів: Лотус, який перебував під французьким прапором і Боз-Корт, який перебував під турецьким прапором. У рішенні згадується ст. 15 Лозаннської Конвенції від 24 липня 1923 р., стосовно дотримання умов проживання, ведення бізнесу і юрисдикції, яка відсилає сторін, які уклали угоду, до принципів міжнародного права щодо розмежування властивих цим сторонам юрисдикцій. Це положення звучить наступним чином: «Відповідно до положень статті 16, усі питання щодо юрисдикції, повинні, як у відносинах між Туреччиною та іншою стороною, що уклали договір, вирішуватися відповідно до принципів міжнародного права». При цьому Постійна палата міжнародного правосуддя зазначає, що слова «принципи міжнародного права», можуть означати тільки міжнародне право, яке застосовується між всіма націями, які належать до товариства держав. Таке тлумачення зумовлене контекстом самої статті, в якій йдеться про те, що принципи міжнародного права повинні визначати питання юрисдикції – не тільки кримінальної, а й цивільної – між сторонами, що уклали договір, за винятком передбаченим в Статті 16. ... Неможливо розтлумачити вираз «принципи міжнародного права» по іншому, ніж як принципи, які діють між всіма незалежними націями і які, таким чином, застосовуються однаково до всіх сторін, які укладають між собою угоду».

Важливою формою міжнародного права є міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як право. Адже загальновизнаною є погоджувальний характер норм міжнародного права, який відноситься не лише до норм міжнародних договорів, але і до міжнародного звичаю. «Державні органи у зовнішніх стосунках користуються рівними імунітетами та привілеями, а акти держави у відповідності до принципу «*par in parem non habet imperium*» (рівний над рівними не має влади) не підлягають юрисдикції інших держав» (О. Мережко). Мова має йти не лише про узгодження волі держав, але й інших суб'єктів міжнародного права.

Г. Кельзен вважав, що обґрунтування створення звичаєвих норм міжнародного права шляхом згоди держав було б можливим за умови, що така звичаєва норма створюється діями всіх держав, які нею пов'язуються, або що вона (норма) є обов'язковою для держави тільки у тому випадку, якщо вона (державна) своїми діями брала участь у створенні цієї норми. При цьому необхідно враховувати, що норми міжнародного звичаю є обов'язковими для усіх держав, а відтак необхідно було б доводити, що усі держави, на які поширюється дія

цього міжнародного звичаю, висловили згоду з іншими державами щодо його утворення і фактичного застосування (А. Трояновський).

Говорячи про міжнародний звичай не можна говорити про узгодження волі усіх держав, які його створюють. Хоча, слід згадати, що у наведеній вище ч. 1 ст. 38 Статуту Міжнародного суду не просто вказує на міжнародний звичай, але передбачає, визнання його (практики) як права.

Найбільш проблемним у цьому аспекті виявляється сама процедура (порядок) визнання правила як права – *opinio juris*. Так, у відомій справі «Нікарагуа проти США» (*Nicaragua v. United States of America*) Міжнародний суд Організації Об'єднання Націй мав з'ясувати, які норми звичаєвого права повинні застосовуватися до цього спору. Для розв'язання цього завдання він «повинен розглянути питання, чи існує звичаєве правило в *opinio juris* держав, і переконатися у тому, що це підтверджується практикою». **При цьому наявність усталеної практики – наявність звичаєвого правила у відносинах між державами – не указує на наявність міжнародного звичаю як форми міжнародного права: важливим є саме *opinio juris*.**

«Макс Соеренсен (Max Soerensen) навів достатньо тривіальний приклад узвичаєння, який тим не менш чітко ілюструє суть феномену необов'язковості тривалої та одноманітної практики, зазначивши, що нікого не дивує той факт, що дипломатичне листування здійснюється на білому папері. Якщо дипломатичне листування буде вестися на папері іншого кольору, це не буде порушенням норм міжнародного права»¹.

На думку І.І. Лукашука звичаєві норми як правила поведінки суб'єктів міжнародно-правових відносин можна класифікувати на два види:

1) звичаї як неписані правила поведінки, що є результатом усталеної практики і складаються відповідно унаслідок їх систематичного застосування;

2) звичаї як неписані правила поведінки, яким надається сила права унаслідок *opinio juris*. Для визнання наявності такого правила поведінки як форми міжнародного права не потрібна наявність усталеної практики: достатньо лише декількох або навіть одного акту.

¹ Київцев О. *Opinio juris* як кваліфікуюча ознака міжнародного звичаю: практика міжнародного суду ООН / О. Київцев // Юридична Україна. – 2010. – № 6. – С. 115-121.

Норми міжнародного права можуть створюватися і у результаті виявленої волі двох держав, точніше двох суб'єктів міжнародного права (зважаючи на зазначене не можна не згадати про дискусійність назви «міжнародне право», адже, справді, його норми передусім стосуються не народів, а держав, відтак мова повинна йти про міждержавне право. І.І. Лукашук вказує, така назва – міжнародне право – пов'язана з історією розвитку явища, що розглядається. «У середні віки, коли з'явилася ідея права, що регулює відносини між державами, юристи у пошуках необхідного терміну звернулися до авторитету римського права. Останнє не залишило ніяких слідів, які могли б свідчити про існування чогось подібного до міжнародного права. Але йому було відомо поняття *jus gentium* (право народів). Цим поняттям йменували норми, що регулювали відносини римських громадян з іноземцями та останніх між собою на території Риму, а також норми, загальні для низки держав. Надалі назва була модифікована – *jus inter gentes* (право між народами)».

*Зважаючи на зазначене, у останній час актуалізувалось питання використання терміну «міжнародне співтовариство» (яке використав Міжнародний суд ООН 5 лютого 1970 році у рішенні у справі «Барселона трекшин, лайт енд пауер компанії» (Barcelona Traction Light and Power Company): «Коли держава допускає на свою територію іноземні інвестиції або іноземних громадян/представників, чи то фізичну чи юридичну особу, вона зобов'язана поширити на них захист закону і бере на себе зобов'язання щодо відшкодування за цим законом. Проте, ці зобов'язання не є ні абсолютними, ні безумовними. Зокрема, важлива відмінність повинна бути проведена між зобов'язаннями держави стосовно міжнародної спільноти як цілого і тих візаві іншої держави, які виникають у сфері дипломатичного захисту. За самою своєю природою, перші є справою усіх держав. З погляду важливості порушених прав, усі держави можуть розглядатися як такі, що мають юридичний інтерес у їхньому захисті, вони є зобов'язаннями *erga omnes*».*

Відповідно до ст. 53 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року «Договір є нікчемним, якщо на момент укладення він суперечить імперативній нормі загального міжнародного права. Оскільки це стосується цієї Конвенції, імперативна норма загального міжнародного права є нормою, що приймається і визнається міжнародним співтовариством держав у цілому як норма, відхилення

від якої недопустиме і яку може бути змінено тільки наступною нормою загального міжнародного права, що носила б такий же характер».

У літературі з міжнародного права указується на приклад перманентного порушення положень Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 року, які при цьому вважаються обов'язковими до виконання (у тому числі і державами, які не приєдналися до них). Генеральний секретар ООН, як указують В.Е. Теліпко й А.С. Овчаренко, з цього приводу зазначив наступне: «Незважаючи на те що Ізраїль *de jure* не визнав можливість застосування до нього четвертої Женевської конвенції, тим не менше *opinio juris* світової спільноти полягає в тому, що вона повинна застосовуватися». До цього слід також додати, що уже згадувана Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року передбачає, що «держава може при підписанні, ратифікації, прийнятті або затвердженні договору, або приєднанні до нього формулювати застереження, за винятком тих випадків, коли:

- а) це застереження забороняється договором;
- б) договір передбачає, що можна робити тільки певні застереження, до числа яких це застереження не належить; або
- в) у випадках, які не підпадають під дію пунктів «а» і «б», застереження є несумісним з об'єктом і цілями договору». При цьому, ст. 21 Віденської конвенції про право міжнародних договорів «Застереження, яке діє щодо іншого учасника відповідно до статей 19, 20 і 23:

- а) змінює для держави, яка зробила застереження, в її відносинах з цим іншим учасником положення договору, яких стосується застереження, в межах сфери дії застереження; і

- б) змінює тією ж мірою зазначені положення для цього іншого учасника в його відносинах з державою, яка зробила застереження.

2. Застереження не змінює положень договору для інших учасників в їхніх відносинах між собою.

3. Якщо держава, яка заперечує проти застереження, не заперечувала проти набрання договором чинності між нею і державою, яка зробила застереження, то положення, яких стосується застереження, не застосовується між цими двома державами в межах сфери дії такого застереження».

Неважко гіпотетично уявити ситуацію, за якою у відносинах, наприклад, між державами А. і Б. не діють (у силу застереження) окремі норми певної конвенції, у відносинах держави Б. і В. не діють (у силу застереження) інші норми тієї ж конвенції, між державами Г., Д., Е., Є,

Ж. – ще окремі норми. У результаті цього, якщо це не забороняється самим міжнародним договором, кожна з норм міжнародного договору є чинною для декількох держав, що цілком логічно спричиняє появу питання про наявність загального міжнародного права.

Водночас не можна погодитися, що «міжнародне право є доволі динамічним явищем соціального життя і знаходиться в процесі постійного становлення, розвитку. Саме тому виявляється вельми складно «ухопити» його позаісторичну чи надісторичну сутність у вигляді якоїсь незмінної ідеї» (О. Мережко).

Зважаючи на зазначене вище, можна стверджувати про наявність певного парадоксу: наявність міжнародного права ніким не заперечується, воно є і регулює (у певних ситуаціях навіть доволі ефективно) відносини між державами, міжнародними організаціями тощо, але з іншої сторони, не можна отримати однозначної відповіді про те, що є міжнародним правом, які джерела міжнародного права.

Відповідно до ст. 1 Конвенції про права та обов'язки держав, підписаної у Монтевідео у 1933 році для того аби певне утворення розглядалось як держава-суб'єкт міжнародного права, необхідна наявність у нього чотирьох ознак:

- 1) постійне населення;*
- 2) визначена територія;*
- 3) публічна влада;*
- 4) можливість вступати у зносини з іншими державами».*

Четверта з названих ознак актуалізує питання визнання держав. Згадаємо у зв'язку з цим такі утворення як Абхазію, Нагорний Карабах, Південну Осетію, Придністров'я та ін. Так, суверенність Південної Осетії визнали: Абхазія, Придністров'я, Нагорний Карабах. Незалежність Нагорного Карабаху визнали: Абхазія, Південна Осетія, Придністров'я. При цьому незалежність Абхазії визнали: Вануату, Венесуела, Нагорний Карабах, Науру, Нікарагуа, Південна Осетія, Придністров'я, Росія, Тувалу. Однак, міжнародне співтовариство не розглядає такі утворення як зокрема Нагорний Карабах, Південну Осетію, Придністров'я як держави (при цьому де-факто вони функціонують).

Відсутність однакового розуміння міжнародного права може бути фактором неоднакової реалізації його положень (пріписів).

§ 2. Практика ЄСПЛ про відсутність єдиного розуміння цінностей.

ЄСПЛ у справі «Хендисайд проти Сполученого Королівства» (*Handyside v. the United Kingdom*). Зокрема, він зазначив, що неможливо відшукати у внутрішньодержавному праві різних Договірних держав універсальну європейську концепцію моральності. Ставлення до вимог моралі, викладене у відповідних законах, змінюється час від часу і від місця до місця, особливо у нашу епоху, яка характеризується швидкою і далекосяжною еволюцією поглядів з цього питання. У зв'язку з безпосередніми і постійними контактами з життєво важливими структурами своєї держави, органи публічної влади знаходяться у більш вигідній позиції, ніж міжнародний суддя, зокрема у аспекті оцінки конкретного змісту цих вимог, а також «необхідності» «обмеження» або «покарання» для їх виконання.

Контрольні функції зобов'язують Суд приділяти граничну увагу принципам, що характеризують «демократичне суспільство». Свобода вираження поглядів становить одну з фундаментальних основ демократичного суспільства і є однією з основних умов розвитку та самовдосконалення кожної особистості. Як зазначено в пункті 2 статті 10, вона стосується не лише тієї «інформації» або тих «ідей», які отримані законним шляхом або не вважаються образливими або незначними, але і тих, що спричиняють образу або викликають обурення. Такими є вимоги терпимості, плюралізму і широти поглядів, без яких «демократичне суспільство» неможливе. Це означає, що кожна «формальність», «умова», «обмеження» або «санкція», які застосовуються до цієї сфери, повинні бути пропорційні переслідуваній ними законній меті. З іншого погляду, будь-яка людина при здійсненні своєї свободи вираження поглядів, несе «обов'язки і відповідальність», ступінь яких залежить від ситуації і технічних засобів, які вона використовує. Суд не може не звернути увагу на ці «обов'язки і відповідальність», коли, як у цій справі, намагається з'ясувати, чи сприяли ці «обмеження» або «санкції» «охороні моральності», що робило б їх «необхідними у демократичному суспільстві» (заява № 5493/72, 7 грудня 1976 р.).

У рішенні ЄСПЛ у справі «Інститут Отто-Премінгер проти Австрії» (*Otto-Preminger-Institut v. Austria*) наголошено наступне. Як і в випадку «моралі» неможливо виокремити єдину для усіх європейських держав концепцію про значення релігії в суспільстві; навіть у межах однієї держави, подібні концепції можуть відрізнятися. З цієї причини неможливо, знайти всеосяжне визначення того, що являє собою допустиме втручання у здійснення права на свободу вираження у

випадках, коли такий вислів направлено проти релігійних почуттів інших людей. Тому певна свобода розсуду повинна бути залишена національній владі у оцінці існування і ступеня необхідності такого втручання. Однак такий розсуд не безмежний. Він супроводжується контролем на підставі Конвенції, межі якого змінюються у залежності від обставин. У справах, подібних цій, коли було втручання у здійснення свобод, гарантованих статтею 10 п. 1, контроль повинен бути суворим з огляду на важливість свобод, про які йде мова. Необхідність будь-якого обмеження має бути встановлена з усією переконливістю (заява № 13470/87, 20 вересня 1994 р.).

У справі «Даджен проти Сполученого Королівства» (*Dudgeon v. the United Kingdom*) ЄСПЛ уточнив наведену позицію, зазначивши: «Однак межі розсуду залежать не тільки від мети обмежувальних заходів, а й від природи самого діяння. Ця справа стосується самих інтимних аспектів особистого життя. Відповідно повинні існувати дійсно серйозні підстави для того, щоб втручання з боку державної влади було правомірним з погляду цілей, перерахованих в п. 2 статті 8 Конвенції.

Ірландія «перш за все звернула увагу на глибокі розбіжності у ставленні суспільної думки Північної Ірландії і Великобританії у питаннях моралі. За її словами, північноірландське суспільство є більш консервативним. Воно надає великої ваги релігійним факторам, про що свідчить більш суворий характер законів, у тому числі законів про гетеросексуальні відносини. ...Там, де в межах однієї держави проживають різні культурні спільноти громадян, державна влада може опинитися перед вибором різних імперативів, як моральних, так і соціальних» (заява № 7525/76, 22 жовтня 1981 р.).

Ірландія зазначала, що моральний клімат в Північній Ірландії стосовно сфери статевих стосунків – і це підтверджує неприйняття її громадянами запропонованих змін законодавства – є одним з тих факторів, які національна влада має право враховувати, використовуючи надану їй свободу розсуду. ЄСПЛ на той час визнав, що існувала сильна протидія, у основі якої лежало непідробне і щире переконання значної кількості авторитетних і шанованих членів північноірландської громади у тому, що зміна законодавства серйозно підірве моральні підвалини ірландського суспільства. Ця протидія відбиває, так само як і рекомендації, надані Консультаційною Комісією у 1977 р, але в протилежному значенні, погляд громадськості на вимоги, що ставляться до моралі в Північній Ірландії, і на заходи, які необхідно вжити для збереження укорінених тут моральних цінностей.

Незалежно від того, чи є такий погляд правильним або помилковим (звичайно, він може розходитися зі ставленням до цієї проблеми в інших спільнотах), сам факт, що він реально існує в певних прошарках північноірландського суспільства, є значущим у світлі статті 8 п. 2.

«Суд вважає, що доводи проти зміни діючого законодавства особливо непереконливі з урахуванням згубних наслідків, які ці закони мають для життя людини гомосексуальної орієнтації, яким і є заявник. Незважаючи на те, що члени суспільства, які вважають гомосексуалізм аморальним явищем, будуть шоковані, ображені і стурбовані наданням гомосексуалам більшого обсягу прав, проте самі по собі подібні настрої не можуть бути підставою для застосування кримінального покарання, коли мова йде про гомосексуальні стосунки за взаємною згодою між дорослими людьми» (заява № 7525/76, 22 жовтня 1981 р.).

Відмінності у цінностях, як бачимо, доволі чітко проявляються у сфері гендерних відносин, зокрема у аспекті їх регулювання різними державами. Показовим у цьому плані є рішення ЄСПЛ у справі «Алексеєв проти Росії» (Alekseyev v. Russia). Справа стосувалася заборони проведення у м. Москва ходи з метою привернення уваги до дискримінації меншості геїв і лесбійок у Росії, поваги до прав і свобод людини і заклику до терпимості з боку російської влади і суспільства у цілому до цієї меншини.

Висловлюючи аргументи щодо відповідності такої заборони, російська влада зазначила, зокрема, що цей захід був заборонений через необхідність захисту моралі. Вона підкреслила, що «будь-яка пропаганда гомосексуальності несумісна з «релігійними переконаннями більшості населення», як це дали ясно зрозуміти у своїх заявах релігійні організації, які закликали до заборони. Вони заявили, що дозвіл на проведення гей-парадів буде сприйнятий віруючими як навмисна образа їх релігійних почуттів і як «жахливе приниження їхньої людської гідності»» (заяви № 4916/07, 25924/08, 14599/09, 21 жовтня 2010 р.). Російська влада також зазначила, що серед держав-членів Ради Європи відсутній консенсус щодо ступеня прийняття гомосексуальності. На її думку, «такі стосунки в деяких державах дозволяються, в інших вони істотно обмежені». З цієї причини вона стверджувала, що національні органи влади краще інформовані про те, що може образити віруючих у відповідних спільнотах. Для підтвердження цього твердження російська влада посилалася на справу Даджен проти Сполученого Королівства (22 жовтня 1981 року §§ 56-58, Серія А номер 45), в якому Суд зазначав про відмінності моральних і культурних цінностей у контексті кримінальної

відповідальності за гомосексуальну поведінку, яка існувала на той момент часу в Північній Ірландії, підкресливши, що вона не дотримується висновку, до якого у цій справі дійшов Суд. Вона також цитувала у значній мірі справу Мюллер та інші проти Швейцарії (24 травня 1988 року, серія А номер 133), у якій Суд підтримав заходи влади щодо обмеження загального доступу на виставку картин, на яких було зображено «грубі сексуальні відносини, зокрема, між людьми і тваринами». Вона запропонувала розглядати гей-паради з того ж погляду, беручи до уваги інтереси мимовільних глядачів, особливо дітей. На їхню думку, будь-яка форма вихваляння гомосексуальної поведінки повинна бути обмежена приватною обстановкою або здійснюватися у спеціальних місцях зустрічей з обмеженим допуском. Російська влада додала, що такі клуби, бари і розважальні заклади відкрито існують у Москві (привівши список двадцяти чотирьох прикладів таких місць) і успішно відвідуються, влада не заважає їх діяльності.

На думку російської влади, суспільство у Москві ще не готове прийняти проведення гей-парадів у місті, на відміну від західних держав, де такі заходи проходять регулярно. Таким чином, обов'язком влади було продемонструвати чутливість до існуючого публічного обурення у зв'язку з будь-якими відкритими проявами гомосексуальності. З цією метою вона процитувала відомого російського артиста, чий сценічний образ експлуатує перебільшені гомосексуальні стереотипи, який заявив, що гей-паради проводитися не повинні. Вона також послалася на заяву, зроблену організацією під назвою «Союз православних громадян», який обіцяв провести масовий протест, «якщо гомосексуали спробують провести ходу в Москві». Також було процитовано заяву Російської православної церкви, яка виступила проти гей-параду як пропаганди гріха, так само як і заява верховного муфтія Росії, який погрожував масовими протестами мусульман Росії, «а також всіх нормальних людей» у разі проведення параду. Вона також процитували, хоча і послалася на цю думку як надзвичайну, главу мусульманської громади Нижнього Новгорода, який заявив, що «у разі потреби, гомосексуалів потрібно забивати камінням».

Зважаючи на указане, а також посилаючись на припущення про відсутність європейського консенсусу в ставленні до сексуальних меншин, російська влада вимагала широкої свободи розсуду в наданні громадянських прав людям, що ідентифікують себе як геїв і лесбійок.

ЄСПЛ у цій справі указав наступне. У цілому існує давній європейський консенсус, відображений у прецедентному праві з таких

питань як скасування кримінальної відповідальності за гомосексуальні відносини між дорослими (Даджен проти Сполученого Королівства; Норріс проти Ірландії; Модінос проти Кіпру), доступ гомосексуалів до служби у збройних силах (Сміт і Грейді проти Сполученого Королівства), надання батьківських прав (Сальгейру да Сільва Моута проти Португалії), рівність в оподаткуванні та у відношенні права успадковувати договір найму житла після смерті партнера (Карнер проти Австрії), більш недавні приклади включають рівний вік згоди в кримінальному законодавстві для гетеросексуальних і гомосексуальних актів (див. Л. і В. проти Австрії). У той же час залишаються питання, за якими поки не досягнуто консенсусу в межах Європи, до яких відносяться, зокрема, дозвіл одностатевим парам всиновлювати дітей (Фретта проти Франції, Є.Б. проти Франції), право на шлюб. ЄСПЛ підтвердив, що національні органи влади користуються у цих питаннях широкою свободою розсуду. Це, однак, не звільняє Суд від необхідності перевірки у кожній індивідуальній справі, чи не перевищила національна влада межі розсуду.

У справі «Норріс проти Ірландії» (Norris v. Ireland) Девід Норріс заявив, що криміналізація гомосексуальних актів з обопільної згоди між дорослими чоловіками у Ірландії була порушенням статті 8 КЗПЛ. ЄСПЛ зазначив, що влада не надала доказів, які б вказували на наявність факторів виправдання стримування сумнівних законів, які є додатковими чи більш вагомими, ніж представлені у вже згаданій справі Даджен. В параграфі 60 свого рішення від 22.10.1981 (ст. 23-24), Суд зазначив, що «у порівнянні з тим періодом, коли було прийняте законодавство, зараз краще розуміння і, як наслідок, висока толерантність до гомосексуальної поведінки такого ступеню, що в переважній кількості держав-учасниць Ради Європи більше не вважається за необхідне чи прийнятне трактування гомосексуальної практики, яка зараз розглядається, застосовувати санкції кримінального права; Суд не може не помітити зміни, які в зв'язку з цим відбулися в національному законодавстві держав-учасниць». Було зрозуміло, що «влада останніми роками утрималась від застосування законодавства у відношенні до приватних гомосексуальних вчинків між дорослими чоловіками ... здатними до справжньої згоди». Не було жодного свідчення, яке б демонструвало, що це «було образливо для стандартів Північної Ірландії чи, що була публічна вимога для суворішого застосування закону».

Застосовуючи ті ж самі критерії до нинішньої справи, Суд вважає, що у відношенні до Ірландії, не може бути схвалено, що там існує

«невідкладна суспільна/соціальна потреба» трактувати такі дії як кримінальні правопорушення. Щодо специфічного питання про пропорційність, Суд вважає, що «на такі виправдання, які є щодо підтримання чинного закону невикористаними впливають шкідливі наслідки, які саме існування законодавчих положень, що розглядаються, можуть мати на життя особи з гомосексуальною орієнтацією, як у випадку позивачів. Хоча представники громадськості, які вважають гомосексуальність аморальністю, можуть бути шоковані, ображені чи занепокоєні здійсненням інших приватних гомосексуальних дій, ці дії самі по собі не можуть бути підставою для застосування кримінальних санкцій у відношенні до дорослих, які погодилися на такі дії» (параграф 60) (заява № 10581/83, 26 жовтня 1988 р.).

Контрольні запитання

1. Чому не є ефективними європейські концепти запроваджені в українське національне законодавство?
2. Як співвідноситься міжнародне право і національне право?
3. Що являє собою «міжнародне право»?
4. Чи впливає міжнародне право на обсяг суверенітету?
5. Які Ви знаєте джерела міжнародного права?
6. Як Ви розумієте термін «ex aequo et bono»?
7. Як співвідноситься принцип «*par in parem non habet imperium*» (рівний над рівними не має влади) і принцип пріоритету міжнародного права?
8. Як Ви розумієте термін «*opinio juris*»?
9. Чи однаково розуміється правовий звичай і звичай як джерело міжнародного права?
10. Чи існує «загальне міжнародне право»?

БІБЛІОГРАФІЧНИЙ СПИСОК

1. Білозьоров Є.В. Джерела права в державах континентального і загального права: проблеми їх детермінації / Є.В. Білозьоров // Науковий часопис НПУ ім. М.П. Драгоманова. Серія № 18. Економіка і право: Зб. наукових праць. – Випуск 22. – К.: Вид-во НПУ ім. М.П. Драгоманова, 2013. – С. 120-127.
2. Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ.; ред. Л.Б. Макеева. — М.: «Российская политическая энциклопедия», 2004. - 392 с.
3. Загальна теорія держави і права / за ред.. М.В. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. – Харків: Право, 2002. – 432 с.
4. Кельман М. С., Мурашин О. Г. Загальна теорія держави і права: Підручник. – К.: Кондор, 2006. – 477 с.
5. Кучук А. Правовой полицентризм и глобализация: теоретико-правовой дискурс / А. Кучук // Закон и жизнь. – 2013. – №9/2. – С. 242-245.
6. Кучук А. Універсальність/регіональність прав людини: правовий дискурс / А. Кучук // Visegrad journal on human rights. – 2016. – № 1/1. – С. 127-131.
7. Кучук А.М. Джерела права: міжнародний і теоретико-правовий аспекти / А.М. Кучук // Альманах міжнародного права. – 2016. – Вип. 14. – С.23-30.
8. Кучук А.М. Методологія правознавства як фактор ефективного державотворення / А.М.Кучук // Право і суспільство. – 2010. – № 6. – С. 33-36.
9. Кучук А.М. Модуси громадянського суспільства і правової держави: Україна та Європа / А.М.Кучук // Право і суспільство. – 2011. – № 3. – С. 20-23.
10. Кучук А.М. Правовий полицентризм і розуміння права / А.М.Кучук // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ – 2010. – № 3. – С. 105-111.
11. Кучук А.М. Правовий полицентризм як принцип наукового пізнання правових явищ / А.М.Кучук // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2013. – Вип. 22. – Т.1. – С. 43-46.
12. Кучук А.М. Сучасна парадигма методології правознавства / А.М.Кучук // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ – 2007. – № 4. – С. 46-52.

13. Кучук Теоретичні основи правового поліцентризму: монограф. / А. М. Кучук. – Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2017. – 312 с.

14. Мережко О. Поняття та сутність сучасного міжнародного права / О. Мережко // Юридичний журнал. - 2008. - № 7-8. - С. 60-72.

15. Теорія держави і права : підруч. / кол. авт. ; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. – 3-є вид. перероб. і доп. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2016 ; Ліра ЛТД. – 480 с

16. Уолкер Р. Английская судебная система / Пер. с англ. Т.В. Апаровой. – М.: Юридическая литература, 1980.

17. Фуллер Лон Л. Анатомія права: Пер. з англ. Н.Комарова. – К.: Сфера, 1999. – 144 с.

ПРЕДМЕТНИЙ ПОКАЖЧИК

А

acquis communautaire 71
ex aequo et bono 74
абстрагування 16
аксіологічний підхід 12
аналіз 16
англійське право 42
англо-американська правова сім'я 42
англосаксонська правова система 42

Б

Баррістер 51

В

верховенство права 36, 69

Г

герменевтичний підхід 14
гібридна правова система 26

Д

Дедукція 17
діалектичний підхід 10
доктрина stare decisis 48

Е

евристична функція 7

З

загальне право 27, 34, 42
загальні принципи права 73
закон 31, 34
закон співвідношення невизначеностей 12
законодавство 33
звичаєва правова сім'я 59
звичай 49, 61

І

Індукція 17

М

метод дослідження правових явищ 16
методологічн функція 8
методологія юридичної компаративістики 8
міжнародне право 75, 76
міжнародний звичай 73

Н

нуліфікуючий вердикт 46

О

opinio juris 75

П

підхід до пізнання права 10
пізнавальна функція 7
порівняльне правознавство 5, 6
право справедливості 43
правова гіпереальність 15
правова держава 39, 41
правова доктрина 43, 49
правова родина 26
правова система 20, 25, 71
правова сім'я 26
правовий звичай 61
правовий поліцентризм 10, 19
правовий прецедент 42, 44
право справедливості 44
предмет юридичної компаративістики 7
предмет юридичної науки 5
приватне право 28, 29
принцип всебічності й повноти 9
принцип об'єктивності 9
принцип пізнання правових явищ 9
прогностична функція 7
публічне право 28, 29

Р

радянська цивілізація 23
релігійнаправова сім'я 53
романо-германськаправова сім'я 25, 28

С

Світогляд 8

Симулякр 15

синергетичний підхід 11

система загального права 42

солісітор 52

соціалістичний тип 26

статутне право 43, 49

Т

тип (сім'я) правової системи 26

Ф

феноменологічний підхід 14

функції юридичної компаративістики 7

Ю

юридична компаративістика 5

ДОДАТКИ

Додаток А. Справа Бушеля¹

У той час в Англії були дуже активні квакери. Коли стало відомо, що в серпні 1670 р квакери планують масові зібрання в якомусь великому громадському приміщенні на Грейсчерч-стріт, мерія, так би мовити, не погодила мітинг - а щоб уникнути двозначностей будівлю замкнула на великий висячий замок.

Квакери, зустрінуті епічним замком, були занепокоєні, а так як люди вони були вдачі гарячої, то замість того щоб розійтися, флегматично бурмочучи собі під ніс щось на кшталт «it's a fair cop», вони постановили провести збори прямо там. Активістами несанкціонованого зібрання стали два Вільяма: Пенн, тоді двадцяти п'яти років, і Мед, торговець лляним товаром сорока двох років від роду; вони-то, скориставшись ситуацією, почали гаряче і красномовно засуджувати несправедливі порядки і утиски.

Суд над правопорушниками - під головуванням впевненого рояліста лорд-мера Семюеля Старлінга і мирового судді Томаса Хауела - відбувся через два тижні.

Протягом всього першого дня засідання суду П. і М. тримали в тісній смердючій камері, поки суд розглядав справи усіляких пройдисвітів, шахраїв, а то і кого гірше. На другий день, щоб відразу ж деморалізувати супротивників, лорд Старлінг, який знав про те, як шанобливо квакери відносяться до головних уборів, змусив їх спочатку надіти капелюхи (оскільки завзятий судовий пристав, ще до того як ті увійшли в зал засідань, їх зняв), а потім оштрафував обвинувачених за відмову їх зняти - та ще й на величезну суму. Повеселившись, приступили до справи.

Звинувачення, пред'явлене Вільямам, полягало в заклику до заколоту (Дозволяти квакерам на процесі атакувати закон про збори судді не хотіли). Пенн, проте ж, був не вражений цим формулюванням і спочатку попросив записати його, а потім уточнив, на підставі чого саме йому пред'явили це звинувачення. Суддя, зам'явшись, уточнив, що на підставі «загального права», некодифіцированного (*lex non scripta*), для ознайомлення з яким потрібно, мовляв, тридцять-сорок років практики.

¹ Подається за: Fear Cuts Deeper Than Swords [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://rukenau.livejournal.com/200962.html>

Пенн заперечив на це, що, мовляв, чи щось настільки складне могло бути всерйоз названо «загальним правом».

Однак вся ця дотепна пікіровка була приречена: суд викликав кількох людей, які в показаннях підтвердили, що Мед і Пенн «говорили щось» і що перед будівлею були сотні людей; і хоча обидва обвинувачених просили підтвердити, що жодного заклику до заколоту в їхніх промовах не було, слухати їх не стали, скрутили і відвели назад в камеру. Суд проінструктував присяжних винести вердикт.

Присяжні попросили часу на роздуми і видалилися. Через півтори години вони повернулися. Вісім присяжних були готові підтвердити звинувачення. Але одноголосного вердикту не було: ще четверо, скеровані пуританином-цукрозаводчиком Едвардом Бушелем, не згодні були з рішенням більшості. Обурений Старлінг обізвав купця «зухвалим» і знову відіслав присяжних радитися, наказавши їм в цей раз не повертатися без правильного рішення.

Але кривавих катів режиму очікував несподіваний сюжетний поворот: порадившись, присяжні вибрали своїм головою того самого Бушеля. Саме він і оголосив вердикт: так, дійсно, Пенн був винен ... в тому, що говорив на Грейсчерч-стріт. Старлінг і Хауел були засмучені і подивилися на Бушеля спантеличено-сумно, але в той же час розлючено і з ненавистю. «Це що, все? - запитав мировий суддя. - З тим же успіхом ви могли не говорити нічого». Присяжних відіслали знову. Цього разу вони попросили папір, перо і дістати чорнила, але, повернувшись, продемонстрували присутнім свій вердикт у письмовому вигляді: Пенн був винуватим в тому, що говорив; Мед не був винен зовсім. Хауел холодно поінформував присяжних про те, що додому вони підуть тільки після того, як винесуть потрібний вердикт, після чого оголосив, що суд переривається на ніч. Він повторив судовому приставу традиційні інструкції - не давати присяжним їжі, води або вогню - а до того додав ще своє нововведення: відібрати у них і горщик.

На наступний день суд зібрався о сьомій ранку. Голодному Бушелю поставили те саме питання. Він повторив свою відповідь: Пенн був винен в тому, що говорив на Грейсчерч-стріт. «Закликаючи до заколоту?» - як би підказуючи, запитав лорд Старлінг. «Ні, ваша милість, - відповідав Бушель, - вердикт наш рівно такий, який був вчора, і більш нічого». Старлінг трохи втратив контроль над собою і пообіцяв Бушелю, що перереже йому глотку, якщо така можливість йому як-небудь трапиться. Після цього присяжних запросили назад в ув'язнення. Через деякий час вони повернулися і підтвердили, що нічого в своєму рішенні міняти не збираються.

І Старлінгу, і Хауелу стало зовсім зле; Старлінг пообіцяв відрізати Бушелю ніздрі, а коли Пенн запротестував, велів сунути тому в рот кляп і прикувати до стовпа. Мировий суддя був роздратований не менш колеги: «Раніше, - кричав він, - я не розумів, навіщо іспанцям інквізиція, але тепер бачу, що якщо не буде у нас якої-небудь її подоби, не бачити нам порядку!» А дванадцять штрейкбрехерів, пообіцяв він, або здохнуть з голоду, або винесуть все-таки необхідне рішення.

Означені дванадцять провели ще ніч в уже знайомій їм смердючій камері Ньюгейтської в'язниці, проте це не зломило їх, а тільки заохотило: на наступний ранок вони повідомили суддям, що, на їхню думку, обидва обвинувачених були невинні. Тоді Томас Хауел наклав на всіх присяжних великого розміру штрафи, а тим, хто не в змозі був їх сплатити, призначив невизначеної тривалості тюремні терміни. Бушель і ще троє його колег вибрали в'язницю.

В ув'язненні, що загрожувало смертю від тифу і антисанітарії (така смерть очікувала 10% ув'язнених) вони провели десять тижнів. Нарешті, лорд Верховний Суддя на ім'я сер Джон Вон розглянув їх вимогу про habeas corpus (тобто про правомочність утримання в ув'язненні: слід зауважити, що до того таке не практикувалося - якщо суддя вирішував покарати присяжних, інший суддя це рішення не оскаржував) і постановив в кінцевому рахунку, що, на відміну від свідків, рішення присяжних могло і повинно було бути засновано на їх інтерпретації подій і фактів.

Таким чином, дванадцять людей - навіть пов'язаних присягою - могли щиро розходитися в думках і оцінці того, що сталося; в цьому не було нічого протиприродного, і карати їх за це не можна було.

Саме після цієї справи зал суду поступово з місця, де судді, обвинувачі, обвинувачені і присяжні встановлювали подробиці того, що сталося, став перетворюватися в поле диспуту двох сторін - захисника і обвинувача; диспуту, спрямованого на переконання одної неупередженої сторони - присяжних. Згодом з цього процесу народилася презумпція невинуватості, неприпустимість чуток як показань свідків і т.п. А знадобилася для цього лише рішучість дванадцяти чоловік.

Додаток Б. Справа спелеологів¹

Справа спелеологів (Верховний суд Ньюгарта, 4300 р.)

Обвинувачені, визнані винними у вбивстві, були засуджені до смертної кари через повішання судом загальних справ графства Стоуфілд. Вони подають апеляцію до Верховного суду. Факти справи викладені в думці Трупенні - Головного судді.

Головний суддя. Четверо обвинувачених є членами аматорського товариства спелеологів – організації, що займається вивченням печер. На початку травня 4299 року вони спільно з Роджером Ветмором, тоді також членом товариства, проникли всередину вапнякової печери. Коли експедиція перебувала в глибині печери, стався зсув, і важкі валуни повністю закрили єдиний відомий спелеологам шлях нагору. Виявивши своє становище, люди розташувалися біля заблокованого входу, чекаючи на рятувальників. Коли їх нарешті звільнили, стало відомо, що на тридцять третій день після перебування експедиції в печері Ветмор був убитий і з'їдений своїми компаньйонами.

З показань обвинувачених, прийнятих присяжними, слідує, що саме Ветмор першим запропонував використовувати для виживання, без якого порятунок був неможливим, м'ясо одного з них. Також саме Ветмор запропонував використовувати для вибору жертви метод кидання жереба, звернувши увагу всіх на пару кубиків, які виявилася у нього.

Однак перш, ніж кубики були кинуті, Ветмор оголосив, що він виходить з гри, так як поміркувавши вирішив почекати ще тиждень перед тим, як вдатися до такого жахливого і огидного засобу. Решта звинуватили його в порушенні слова і почали кидати кубики. Коли підійшла черга Ветмора, кубики були кинуті за нього одним з компаньйонів. Кидок виявився фатальним для Ветмора, після чого він був убитий і з'їдений своїми компаньйонами.

Врятованих спелеологів звинуватили у вбивстві Роджера Ветмора. Після завершення дебатів голова присяжних (юрист за професією) запитав суд про те, чи можуть присяжні винести особливий вердикт, який залишає суду право остаточно вирішити, чи є підсудні на підставі відомих фактів винними. Після деякої дискусії прокурор і радники

¹ Подається за: Дело спелеологов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://blog.pravo.ru/blog/theory/524.html>

обвинувачених позначили своє визнання цієї процедури, і вона була прийнята судом.

У розлоговому особливому вердикті присяжні вказали, що факти такі, як вони були викладені вище, і що якщо на підставі цих фактів підсудні винні в злочині, в якому їх звинувачують, то присяжні знаходять підсудних винними. Потім суддя засудив обвинувачених спелеологів до повішення (закон нашої Співдружності не залишав йому вибору). Після звільнення присяжних від їх обов'язків, вони колективно звернулися до Президента з клопотанням про пом'якшення покарання до шести місяців тюремного ув'язнення. Суддя звернувся до Президента з аналогічним клопотанням.

Мені видається, що, розглядаючи таку незвичну справу, присяжні і суддя діяли не тільки справедливо і мудро, але і слідували єдиним шляхом, відкритим перед ними законом. Текст нашого статуту добре відомий: «Той, хто навмисно позбавить життя іншого, повинен бути покараний смертю» (N.C.S.A. (n.s ..) § 12-A). Цей статут не допускає ніяких винятків стосовно розглянутого випадку, хоча наші симпатії можуть вести нас до того, щоб прийняти до уваги обставини, в яких опинилися ці люди.

У справах, подібних до цієї, принцип милосердя з боку влади найкращим чином підходить для того, щоб пом'якшити суворість закону, і я пропоную моїм колегам взяти приклад присяжних і судді нижчого суду, приєднавшись до їх клопотань, адресованих Президенту. Я думаю, ми можемо розраховувати на якийсь прояв милосердя у відношенні до відповідачів. І в цьому випадку справедливість буде досягнута без порушення букви і духу наших законів і без заохочення зневаги законом.

Суддя Фостер. Я вражений тим, що Головний суддя, намагаючись уникнути труднощів, пов'язаних з цим трагічним випадком, повинен був прийняти і запропонувати своїм колегам настільки убогу і таку очевидну міру. Я вважаю, що щось більше постало перед судом у цій справі, ніж доля нещасних дослідників, а саме – закони нашої Співдружності. Якщо суд оголосить, що згідно з нашими законами ці люди вчинили злочин, то самі наші закони будуть засуджені судом Здорового глузду незалежно від того, що станеться з поданою апеляцією. Те, що закон, якого ми дотримуємося і якому даємо тлумачення, змушує нас прийти до ганебного для себе висновку, а уникнути цього ми можемо тільки апелюючи до милості, що залежить від особистої примхи Президента, здається мені рівнозначним визнанням

того, що закон нашої Співдружності більше не намагається втілювати справедливість.

Особисто я не вірю, ніби наше право робить неминучим жахливий висновок про те, що ці люди – вбивці. Навпаки, я вважаю, що статут оголошує їх «чистими перед злочином». Я роблю цей висновок, виходячи з двох незалежних підстав, кожної з яких достатньо, щоб виправдати обвинувачених.

Перша підстава невинуватості виходить з тези, яка може викликати заперечення, поки не буде неупереджено вивчена. Я дотримуюся того погляду, що писаний або позитивний закон нашої Співдружності, включаючи всі статути і прецеденти, непридатний до цього випадку, який замість цього регулюється тим, що стародавні автори в Європі і Америці називали «природним правом».

Мій висновок ґрунтується на тому положенні, що наше позитивне право виходить з можливості співіснування людей в суспільстві. Якщо виникає ситуація, в якій співіснування людей стає неможливим, то умова, що лежить в основі всіх наших прецедентів і статутів, перестає існувати. Коли ця умова зникає, тоді, на мою думку, з нею зникає сила нашого позитивного права. Ми не звикли застосовувати максимуму *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* (коли перестає існувати розумне підґрунтя закону, перестає існувати і сам закон) до всього нашого писаного права, але я вважаю, що справа, яка нами розглядається, саме той випадок, коли ця максима повинна застосовуватися.

Положення про те, що все позитивне право ґрунтується на можливості співіснування людей, звучить незвично не тому, що в ньому міститься дивна істина, навпаки, ця істина настільки очевидна і переконлива, що саме тому ми рідко висловлюємо її. Вона як повітря, яким ми дихаємо і про існування якого забуваємо, поки нас несподівано його не позбавлять. Якби конкретні цілі не ставили перед собою різні галузі нашого права, по міркуванню стає ясно, що всі вони націлені на полегшення і поліпшення співіснування людей, на чесне і справедливе регулювання їхнього спільного життя. Якщо вихідне припущення про те, що люди можуть жити разом, втрачає свою істинність, як це сталося в розглянутій нами надзвичайній ситуації, де життя стало можливим тільки через відібрання життя, значить, основні положення всього правового порядку втратили свій сенс і силу.

Якби трагічні події відбулися за межами нашої Співдружності, ніхто не претендував би на те, що наш закон застосовується до них. Ми визнаємо, що наша юрисдикція має територіальну основу. Підстави цього принципу аж ніяк не є очевидними і рідко піддаються вивченню.

Я вважаю, територіальний принцип підтримується припущенням, що можливість встановити єдиний правовий порядок для групи людей існує, тільки якщо вони живуть разом в межах певної ділянки поверхні землі. Тоді теза про те, що люди будуть співіснувати в групі лежить в основі територіального принципу, як і всього права.

Тепер я заявляю, наш випадок може бути усунутий зі сфери дії правового порядку як морально, так і географічно. Коли обвинувачені приймали своє фатальне рішення, вони були так само віддалені від нашого правового порядку, як якщо б знаходилися за тисячі миль від кордонів Співдружності. Навіть у фізичному сенсі їх підземна в'язниця була відділена від наших судів і повісток міцною завісою скелі, усунутою тільки після надзвичайних витрат часу і енергії.

Я роблю висновок, таким чином, що в той час, коли життя Роджера Ветмора було припинене відповідачами, вони, використовуючи старомодну мову авторів XIX століття, перебували не в «стані громадянського суспільства», а в «природному стані». А значить, до них застосовується не право, введене в силу і встановлене для нашої Співдружності, а право, виведене з тих принципів, які доречні для їх ситуації. Я анітрохи не сумніваюся, стверджуючи, що, згідно з цими принципами, вони невинні ні в якому злочині.

Вчинок обвинувачених було звершено згідно з угодою, спочатку запропоновану самим Ветмором і всіма прийнятою, оскільки зрозуміло, що надзвичайний стан зробив непридатним звичайні принципи, що регулюють відносини людей один з одним, і було потрібно скласти нову хартію правління, доречну в ситуації, що створилася.

З часів античності визнається, що найбільш фундаментальний принцип права або держави повинен бути знайдений в ідеї договору, або угоди. Мислителі давнини, особливо в період з 1600 до 1900 рр., як правило, засновували саму державу на якомусь початковому суспільному договорі. Скептики вказували, що теорія суспільного договору суперечить відомим фактам історії, і немає ніяких наукових доказів того, що хоч якась держава коли-небудь засновувалася приписуваням теорією чином. У відповідь моралісти вказували, що якщо договір і був фікцією з погляду історії, то сама його ідея забезпечує єдино можливе моральне обґрунтування влади держави, включаючи її право забирати життя. Повноваження держави можуть бути морально виправдані тільки на тій підставі, що це ті повноваження, з якими погодилися б розумні люди, поставлені перед необхідністю створити заново деякий порядок, що забезпечує їх спільне життя.

На щастя, Співдружність не стоїть перед труднощами, котрі переслідували древніх. Ми приймаємо як історичну істину той факт, що наша держава заснована на договорі, або вільній згоді людей. За переконливими археологічними даними, в перший період після Великої Спіралі люди, які вижили в катастрофі добровільно зібралися разом і склали нову хартію влади. Софістично налаштовані автори піднімають питання про право цих далеких від нас у часі договірних сторін накладати обов'язки на майбутні покоління. Проте залишається фактом: наша держава зберігає безперервну спадкоємність у відношенні до цієї первісної хартії.

Тому те, що наші кати мають право позбавляти людей життя, шерифи – виставляти на вулицю неплатоспроможних мешканців, а поліція – ув'язнювати буйних п'яниць, морально виправдовується початковим договором наших предків.

Таким чином, якщо ми не здатні знайти більш високе джерело своїх правових порядків, яке вище джерело порядку, прийнятному для себе, повинні були знайти нещасні голодуючі? Я вважаю, викладені мною аргументи дозволяють зрозуміти, що на це питання немає раціональної відповіді. Я розумію, у багатьох ця думка, ймовірно, викличе певний дискомфорт і вони будуть схильні підозрювати якусь приховану софістику в основі всього сказаного, так як воно веде до багатьох незвичних висновків. Однак знайти джерело цього дискомфорту легко.

Звичайні умови людського існування роблять нас схильними сприймати людське життя як абсолютну цінність, якою не можна пожертвувати ні за яких обставин. Разом з тим кожна швидкісна магістраль, кожен тунель, кожна будівля, які ми проектуємо, становлять ризик для життя людей. Взавши ці проекти всі разом, ми можемо підрахувати з деякою точністю, як багато смертей спричинить їх будівництво; дані статистики вкажуть вартість в людських життях тисячомильної магістралі з рухом в чотири ряди. Але тим не менше ми свідомо і навмисно платимо цю ціну, виходячи з того, що користь для тих, хто залишається в живих, переважає втрати. Якщо так заведено в суспільстві, що живе звичайним і нормальним життям над землею, то що ми повинні сказати про нібито абсолютну цінність людського життя стосовно тієї відчайдушної ситуації, в якій опинилися обвинувачені і їх компаньйон Ветмор?

Цим закінчується виклад першої підстави мого рішення. Моя друга підстава гіпотетично відкидає всі ті тези, з яких я тільки що виходив. Для цілей аргументації я допускаю, що помиляюся,

стверджуючи, що становище цих людей усунуло їх зі сфери дії позитивного права, і виходжу з того, що Консолідовані Статути мають право проникнути через п'ятсот футів скельної породи і поширюються на цих голодуючих людей, що опинилися у своїй підземній в'язниці.

Звичайно, абсолютно зрозуміло, що вчинок обвинувачених порушує буквальне формулювання статуту, згідно з яким той, хто навмисно позбавить життя іншого, є вбивцею. Але згадаємо одне з найдавніших проявів юридичної мудрості: людина може порушити букву закону, не порушуючи сам закон. Кожне положення позитивного права, що міститься в статуті або судовий прецедент, має інтерпретуватися розумно, в світлі його явних цілей. Це настільки очевидна істина, що навряд чи потрібно про неї говорити. Приклади її незліченні і можуть бути знайдені в усіх сферах права.

У справі «Співдружність проти Сеймура» відповідач був засуджений згідно зі статутом, що оголошує злочином паркування автомобіля в певних місцях протягом більше двох годин. Відповідач намагався, але не зміг прибрати свою машину, так як вулиці були заповнені учасниками політичної демонстрації, в якій він не брав участі і яку не мав можливості очікувати. Вирок був скасований судом, хоча випадок повністю підпадав під буквальне формулювання статуту.

Статут ніколи не застосовувався буквально. Сотні років тому було встановлено, що вбивство при самозахисті не підлягає засудженню. Разом з тим формулювання саме по собі не передбачає цього винятку. І хоча не раз робилися спроби примирити юридичний підхід до самооборони зі словами статуту, на мою думку, все це лише дотепна софістика. Правда в тому, що виключення на користь самозахисту узгоджується не з словами статуту, а лише з його метою.

Справжнє узгодження виправдання самозахисту зі статутом має бути знайдено в наступній послідовності міркувань. Одна з принципових цілей будь-якого кримінального законодавства – утримати людей від вчинення злочинів. Очевидно, що якби закон оголосив позбавлення життя при самообороні вбивством, то таке правило не могло б виконувати стримуючу функцію. Людина, життя якої знаходиться під загрозою, буде давати відсіч агресору, що б не говорив закон. Тому, з огляду на спільні цілі кримінального законодавства, ми можемо з повним правом стверджувати: цей статут не був призначений для застосування у разі самооборони.

Коли сформульовано раціональну підставу для виключення на користь самозахисту, стає зрозуміло, що точно така ж аргументація застосовна і в розглянутому нами випадку. Якщо в майбутньому якісь

люди опиняться в трагічній ситуації цих обвинувачених, ми можемо обґрунтовано вважати, що їх рішення жити або померти не контролюватиметься змістом нашого кримінального кодексу. Відповідно, якщо ми прочитаємо цей статут розумно, то зрозуміло, що він не може застосовуватися у цьому випадку. Усунення ситуації зі сфери дії цього статуту виправдано тими ж міркуваннями, які століття тому використовували наші попередники щодо самооборони.

Я беззастережно приймаю, що суд обмежений статутами нашої Співдружності. Аргументація, яку я привів вище, не змушує сумніватися у правильності прийнятих законів, хоча може поставити питання про відмінність між розумною і нерозумною правильністю. Виправлення очевидних помилок або упущень законодавців не підміняє законодавчу волю, але надає їй більше ефективності.

Тому я роблю висновок, що відповідно до будь-якого погляду, з якого може розглядатися ця справа, обвинувачені невинні у вбивстві Роджера Ветмора і вирок повинен бути скасований.

Суддя Таттінг. У міру того, як я аналізую думку, тільки що висловлену моїм колегою, я знаходжу, що вся вона пронизана помилками і суперечностями. Почнемо з першого положення: стверджується, що обвинувачені не підлягають під дію наших законів, вони були не в «стані громадянського суспільства», але в «природному стані». Мені не зрозуміло, чому це так. Через товщу скелі, що перегородила їм вихід? Через голод? Чи тому що вони встановили нову «хартію правління», яка замінила звичайні норми закону на кидання кубиків? Виникають й інші труднощі. Якщо люди перейшли з нашої юрисдикції в юрисдикцію «природного права», то в який момент це сталося? Коли вхід до печери був заблокований або коли загроза голодної смерті досягла певної невизначеної міри інтенсивності? А може бути вже після укладення договору про киданні кубиків? Ці неясності доктрини, висунутої моїм колегою, здатні спричинити реальні труднощі.

Припустимо, наприклад, що у одного з обвинувачених, коли він перебував у печері, двадцятого дня був день народження. Чи можемо ми вважати, що він досяг повноліття в той час, коли, відповідно до гіпотези, перебував поза сферою дії наших законів, або чи сталося це тільки після звільнення з печери (коли він знову став підлягати під дію «позитивного права»)? Ці труднощі можуть здатися несерйозними, але вони тільки слугують тому, щоб виявити несерйозний характер доктрини на основі якої вони виникли.

Немає необхідності досліджувати ці тонкощі далі, щоб продемонструвати абсурдність позиції мого колеги. Суддя Фостер і я є призначеними суддями суду Співдружності Ньюгарта, які прийняли присягу і наділені повноваженнями здійснення правосуддя цієї Співдружності. Якою владою ми перетворюємо себе в Суд Єства? Якщо обвинувачені справді підлягали природному праву, звідки походить наша влада тлумачити і застосовувати це право? Безперечним є те, що ми не в природному стані.

Звернемося до змісту природного кодексу, який мій колега пропонує прийняти як наш власний і застосувати до розглянутого випадку. Який це одіозний і поставлений з ніг на голову кодекс! Це кодекс, в якому договірне право більш фундаментальне, ніж закони про вбивство. Це кодекс, згідно з яким людина може укласти угоду, яка наділяє її товаришів правом на його тіло. Більш того, згідно з положеннями цього кодексу, така угода, будучи одного разу укладеною, діє навіть якщо одна зі сторін захоче вийти з неї, інші мають право взяти виконання закону в свої руки і реалізувати договір за допомогою насильства, бо, хоча мій колега обходить зручним мовчанням результат відмови Ветмора, це є необхідним наслідком його аргументації.

Принципи, викладені моїм колегою, містять й інші нетерпимі наслідки. Він стверджує, що коли обвинувачені напали на Ветмора і вбили його, вони тільки здійснювали права, отримані в результаті їх угоди. Припустимо, однак, що Ветмор сховав у себе револьвер і, побачивши, що обвинувачені готові вбити його, застрелив їх, щоб врятувати своє життя. Аргументація мого колеги стосовно цієї ситуації зробила б Ветмора вбивцею, так як виправдання самооборони не можна було б застосувати до нього. Якщо нападники діяли правомірно, прагнучи позбавити його життя, то, звичайно, Ветмор мав не більше підстав для виправдання, ніж засуджений до повішення, який убив ката, що законним чином намагався надіти петлю йому на шию.

Всі ці міркування не дозволяють мені погодитися з першою частиною аргументації мого колеги. Я не можу прийняти ні його ідею, що ці люди підлягали дії природного кодексу, який суд зобов'язаний застосовувати до них, ні одіозні і збочені положення цього кодексу. Тепер я переходжу до другої частини аргументації мого колеги, в якій він намагається показати, що обвинувачені не порушили положень N.C.S.A. (N.s.) § 12-A. Тут його шлях, замість того, щоб бути зрозумілим, стає туманним і двозначним, хоча він сам, схоже, не усвідомлює труднощів, властивих його аргументам.

Суть аргументів мого колеги може бути виражена в наступному: жоден статут, що б в ньому не говорилося, не повинен застосовуватися таким чином, який суперечить його меті. Одна з цілей будь-якого кримінального кодексу не допустити злочин. Застосування кодексу, який оголошує злочином вбивство, до особливих обставин розглянутого випадку суперечить цій меті, бо неможливо повірити, що зміст кримінального кодексу буде стримувати людей, що стоять перед вибором між життям і смертю. Підстави для такого прочитання кодексу, зауважує мій колега, ті ж, які роблять самозахист виправдувальною обставиною.

Тепер дозвольте мені коротко окреслити те здивування, яке викликає в мене аргументація мого колеги. Те, що статут повинен застосовуватися в світлі його мети і що однією з цілей кримінального законодавства є профілактика злочинів, правильно. Труднощі в тому, що й інші цілі також приписуються законам про злочини. Так, ще одна його мета забезпечити упорядкований вихід інстинктивній людській вимозі відплати. Часто Метою називається виправлення злочинця. Пропонуються й інші теорії. Виходячи з того, що ми повинні інтерпретувати статут в світлі його цілі, що нам робити, коли він напівфункціональний або коли його цілі спірні?

Аналогічні труднощі пов'язані з тим фактом, що, хоча надана моїм колегою інтерпретація самооборони як виправдувальної обставини має вагу, є авторитетні думки, що приписують цьому виправданню інші підстави. Звичайна доктрина, яка вивчалася на юридичних факультетах, звучить наступним чином: положення статуту про вбивство вимагають, щоб це було навмисна дія. Людина, яка відображає агресію, що загрожує її життю, діє не навмисно, а імпульсивно, згідно з інстинктом самозбереження.

Таким чином, тільки що викладене розуміння самооборони як виправдувальної обставини очевидним чином не застосовується до цього випадку. Обвинувачені діяли не просто навмисно, але з великою передбачливістю, після багатьох годин обговорення. Знову ж ми стоїмо перед вибором: одна лінія міркувань веде нас в одному напрямку, інша - в повністю протилежному. Труднощі в цьому випадку посилюється тим, що ми повинні протиставити одне пояснення, що міститься в практично невідомому прецеденті цього суду, іншому поясненню, що становить частину правової традиції, що викладається в наших юридичних вузах але, наскільки мені відомо, ніколи не використовувалася в жодному судовому рішенні.

Мені важко стверджувати, що рішення суду визнати обвинувачених винними у вбивстві повністю позбавлене застережливого ефекту. Думаю, цілком ймовірно, що якби ці люди знали про протизаконність вчинку вбивства, то почекали б, принаймні, кілька днів перед тим, як здійснити свій план. В цей час могла прийти допомога.

Є ще й інша проблема в пропозиції мого колеги Фостера вичитувати в статуті виняток, сприятливий для цього випадку. Якою має бути масштаб цього винятку? У нашому випадку люди кидали жереб, і жертва спочатку сама була учасником угоди. А як нам слід було вчинити, якби Ветмор з самого початку відмовився підтримати цей план? Чи мала право більшість ігнорувати його незгоду? Або, припустимо, не було прийнято ніякого плану взагалі, а просто обвинувачені змовилися вбити Ветмора, виправдовуючись, що він знаходиться в самому гіршому фізичному стані. Або ж вони все-таки віднайшли якусь методу вибору, але виходили з інших підстав, наприклад, будучи атеїстами, наполягли на тому, що Ветмор повинен померти, як єдиний, що вірить в загробне життя. Можна збільшувати число прикладів, але було сказано досить, щоб показати, в яке болото прихованих проблем заводить аргументація мого колеги.

Чим більше я вивчаю цю справу, тим глибше вона захоплює мене. Мій розум заплутується в хитросплетіннях тих самих мереж, які я кидаю на поміч йому. Я знаходжу, що майже кожному міркуванню, що впливає на рішення цієї справи, є противага протилежне міркування, що веде в протилежному напрямку. Я не можу знайти для себе будь-якої формули, здатної вирішити двозначності, що воюють у мені з усіх боків.

Я віддав цій справі всі розумові зусилля, на які тільки здатний. Я майже не спав з того часу, як вона почала дебатоватиметься тут. Прийняти аргументацію мого колеги Фостера мені не дозволяє те, що вона інтелектуально необґрунтована. З іншого боку, коли я схиляюся до того, щоб залишити в силі вирок, мене вражає його абсурдність: відправити на смерть людей, врятованих ціною життя десяти героїчних рятувальників. У мене викликає жаль, що прокурор визнав доречним вимагати засудження за вбивство. Якби в наших статутах було положення, що оголошує злочином вживання в їжу людської плоті, це було б більш підходящою підставою для звинувачення. Якби будь-якого іншого звинувачення, що відповідає даній ситуації, не можна було висунути проти обвинувачених, я вважаю більш мудрим взагалі не виносити звинувачення. На жаль, звинувачення було пред'явлено, і

люди постали перед судом, в результаті ми опинилися залучені в цю нещасну справу.

Оскільки я абсолютно не здатний вирішити сумніви, які тяжіють наді мною з приводу правової оцінки цієї справи, я, з жалем, оголошую про крок, наскільки мені відомо, безпрецедентний в історії цього трибуналу. Я оголошую про те, що усуваюся від вирішення цієї справи.

Суддя Кін. Я хотів би спочатку відставити убік два питання, вирішувати які не справа цього суду. По-перше, питання про те, чи повинне помилування з боку виконавчої влади бути застосоване до обвинувачених у разі підтвердження вироку. У нашій державній системі це питання до Президента, а не до нас. Тому я не схвалюю Голови суду там, де він по суті вказує Президенту, що той повинен робити, і натякає на щось неправомірне, що відбудеться, якщо Президент не буде слідувати інструкціям. Це плутанина в розумінні функцій державних органів, в якій судова влада повинна бути найменш винною. Хочу констатувати, що якби я був Президентом, то пішов би далі в прояві милосердя, ніж пропонують адресовані йому клопотання. Я б повністю помилував звинувачених, так як вважаю, що вони вже постраждали досить, щоб оплатити будь-який можливо вчинений ними злочин. Я хочу, щоб було зрозуміло: цю ремарку я роблю як приватна особа, яка завдяки своїй посаді близько ознайомила з фактичною стороною справи. Мої обов'язки судді не передбачають адресувати Президенту вказівки, а також враховувати те, що він може або не може зробити при прийнятті свого власного рішення, який повинен повністю керуватися законом нашої Співдружності.

Друге питання, яке я хочу відставити убік, це питання про те, чи була поведінка цих людей «правильною» або «неправильною», «порочною» або «благою». Це не має відношення до виконуваних мною обов'язків судді, який прийняв присягу застосовувати не свої уявлення про мораль, але закон держави. Думаю, що можу також спокійно залишити без коментарів першу, більш поетичну частину думки мого брата Фостера. Елемент фантазії, що міститься в його аргументації, був досить розкритий в дещо урочистій спробі мого брата Таттінга прийняти ці аргументи всерйоз.

Єдине питання, яке ми повинні вирішити, це чи дійсно обвинувачені, в тому сенсі, в якому це розуміється в N.S.C.A. (N.s ..) § 12-A, навмисно позбавили життя Роджера Ветмора. Точне формулювання статуту наступне: «Той, хто навмисно позбавить життя іншого, повинен бути покараний смертю». Я можу думати, що будь-

який щирий спостерігач, який бажає отримати з цих слів їх природне значення, зобов'язаний буде відразу визнати, що обвинувачені справді «навмисно позбавили життя» Роджера Ветмора.

Звідки ж тоді виникають всі труднощі цієї справи і необхідність такого тривалого обговорення того, що повинно бути настільки очевидним? Труднощі, в якому б болісному вигляді вони не поставали, походять з одного джерела нездатності відрізнити правові аспекти справи від моральних. Грубо кажучи, моїм братам не подобається той факт, що писане право вимагає засудження обвинувачуваних. Не подобається це і мені, але, на відміну від моїх братів, я поважаю обов'язки своєї посади, які вимагають від мене відкинути особисті переваги, коли я кажу і застосовую закони нашої Співдружності.

Звичайно, мій брат Фостер не визнає, що ним рухає особиста неприязнь до позитивного права. Замість цього він розвиває знайому лінію аргументації, згідно з якою суд може знехтувати чіткою мовою статуту, коли щось, що не міститься в самому статуті і назване його «метою», може бути застосоване для того, щоб виправдати той результат, який суд вважає доречним. Оскільки це стара суперечка між мною і колегою, я хочу перед тим, як обговорити конкретне застосування ним цього підходу до фактів цієї справи, сказати дещо про історію цього питання і його наслідки для права і держави в цілому.

Зараз ми маємо ясно виражений принцип пріоритету законодавчої гілки нашої влади, згідно з яким судді зобов'язані ретельно проводити в життя писане право і інтерпретувати відповідно до його точного змісту, абстрагуючись від особистих бажань або уявлень про справедливість. Мене зараз не цікавить питання про те, чи є принцип, що забороняє судову ревізію статутів, правильним чи неправильним, бажаним або небажаним. Я лише наголошую, що цей принцип став посиленням за замовчуванням, що лежить в основі всього правового і державного порядку, підтримувати який я зобов'язався, склавши присягу.

Нам всім знайома послідовність, згідно з якою здійснюється суддівська реформа неугідних постанов законодавчої влади. Процедура вимагає трьох етапів. Перший ворожіння про таку собі єдину мету, якій служить статут. Це робиться, незважаючи на те, що навряд чи один статут зі ста має єдину мету (цільові установки майже кожного статуту неоднаково інтерпретуються різними групами його прихильників).

Другий етап виявити, що якийсь міфічний «законодавець», прагнучи до цієї уявної цілі, щось переглянув або залишив якусь прогалину, або допустив недолік в своїй роботі. Потім починається

остання і найбільш «батьора» частина завдання (третій етап) це, звичайно, заповнити таким чином створене порожнє місце.

Неможливо знайти кращий приклад для ілюстрації оманливої природи «заповнення прогалін», ніж той, що перед нами. Мій брат Фостер вважає, ніби точно знає, до чого прагнули люди, оголошуючи вбивство злочином, він називає це «профілактикою». Мій брат Таттінг вже показав, як багато упускається цією інтерпретацією. Але я думаю, що проблема глибше. Я дуже сумніваюся в тому, що наш статут, що оголошує вбивство злочином, дійсно має якусь мету в звичайному розумінні цього слова. В першу чергу такий статут відображає глибоке переконання людей про те, що вбивство є зло, тому що щось має бути зроблено з тим, хто його вчиняє. Якби нам довелося більш чітко формулювати ідеї з цієї теми, ми, можливо, вдалися б до більш витончених теорій кримінологів, якими, звичайно, не користувалися ті, хто розробляв наш статут. Ми могли б також зауважити, що люди будуть більш успішно працювати і жити більш щасливим життям, якщо їх захистити від загрози насильства.

Якщо ми не знаємо мети N.S.C.A. (N.s.) § 12-A, як ми можемо сказати, що в ньому є якась прогалина? Як ми можемо знати, що розробники його думали про відповідальність за канібалізм? Залишається більш ніж ясним те, що ні я, ні мій брат Фостер не знаємо, яка мета N.S.C.A. (N.s.) § 12-A.

Міркування, аналогічні тим, що я тільки що привів, застосовні і до виключення на користь самооборони, яке відіграє таку велику роль в міркуваннях моїх братів Фостера і Таттінга. Як і тоді, коли ми маємо справу зі статутом, у випадку з виключенням питання не в здогадах про цілі норми, але в її (нормі) межах. Межі виключення на користь самозахисту, як воно застосовувалося цим судом, є очевидним: воно може бути застосовано до випадків опору агресивній загрозі своєму життю. Тому більш ніж зрозуміло, що розглянутий нами випадок не охоплюється цим винятком, оскільки Ветмор ніяк не погрожував життю обвинувачених.

Ущербні спроби мого брата Фостера прикрити перероблення писаного права фіговим листком легітимності трагічно виявляють себе в думці мого брата Таттінга. Суддя Таттінг мужньо бореться за об'єднання розпливчастого моралізму свого колеги і власного почуття вірності писаному праву. Результат цієї боротьби може бути лише таким, який і мав місце: повна нездатність здійснювати обов'язки судді. Просто неможливо одночасно і застосовувати статут відповідно до того,

що в ньому написано, і переробляти його так, щоб він відповідав твоїм власним бажанням.

Я знаю, що ця лінія міркувань є неприйнятною для тих, хто чекає негайних результатів рішення, а значить і проігнорує довгострокові наслідки права суддів звільняти себе від відповідальності. Важкі рішення завжди непопулярні. У літературі прославляють хитромудре вміння суддів придумувати деякі хитрощі, за допомогою яких особа, що судиться, може бути позбавлена своїх прав, коли публіка думає, що для неї неправильно стверджувати про ці права. Але я вірю, що судове звільнення від відповідальності в довгостроковій перспективі принесе більше шкоди, ніж важкі рішення. Важкі випадки можуть навіть мати деяку моральну цінність, повертаючи людям розуміння їх власної відповідальності стосовно права, яке, в кінцевому підсумку, їх творіння, і нагадуючи їм, що не існує принципу особистої доброти, яка може виправити помилки їх представників.

Більш того, я маю намір піти далі і стверджувати, що викладені мною принципи не тільки найбільш здорові в наших нинішніх умовах, але якби цими принципами ми йшли з самого початку, то успадкували б кращу правову систему від наших предків. Наприклад, якби у відношенні до самооборони як виправдання, наші суди твердо дотримувалися формулювань статуту, результатом, безсумнівно, був би його перегляд законодавцями. Така ревізія спиралася б на допомогу натурфілософів і психологів, в результаті чого приписи з цього питання отримали б зрозумілі і раціональні основи, замість мішанини слів і метафізичних розрізень, які виникли з розгляду його суддями і професійними юристами.

Заключні ремарки, звичайно, виходять за межі моїх обов'язків щодо цієї справи, але я включаю їх, тому що відчуваю: мої колеги недостатньо усвідомлюють небезпеки, властивої тому розумінню обов'язків судді, яке підтримує мій брат Фостер. Я роблю висновок, що вирок повинен бути залишений в силі.

Суддя Хенді. Я з подивом слухав вимучені мудрування, які породила це проста справа. Я ніколи не втомлююся дивуватися здатності моїх колег накидати темний покрив легалізму на майже кожен справу. Сьогодні ми слухали високоінтелектуальні міркування про відмінність між позитивним і природним правом, формулюваннями статуту і метою статуту, функції судової та виконавчої влади, судове та законодавче законодавство.

Яке відношення все це має до цієї справи? Проблема, що стоїть перед нами, в тому, що ми як представники влади повинні вирішити, що зробити з цими обвинуваченими. Це питання практичної мудрості і воно повинно проявлятися в контексті не абстрактної теорії, але людських реалій. Якщо цю справу розглядати в такому світлі, вона стане, я думаю, однією з найлегших, що коли-небудь поставала перед цим судом.

Перед тим, як висловити мої власні висновки про цю справу, я хотів би коротко обговорити деякі з порушених фундаментальних проблем - проблем, за якими моя думка і думка моїх колег розходиться з того моменту, як я зайняв цю посаду.

Я ніколи не міг дати моїм колегам зрозуміти, що держава це справа рук людських і що людьми правлять не слова на папері або абстрактні теорії, але інші люди. Правлять добре, коли правителі розуміють почуття і уявлення мас, правлять погано, коли таке розуміння відсутнє.

З усіх гілок державної влади, судова найбільш схильна до небезпеки втратити контакт зі звичайними людьми. Причини, звичайно, цілком очевидні. Маса, реагуючи на ситуацію, звертають увагу на деякі її яскраві особливості, ми будь-яку ситуацію, яка постає перед нами, розбираємо на дрібні частини. Обидві сторони наймають юристів, щоб аналізувати і критикувати. Судді та адвокати змагаються один з одним у тому, хто зможе виявити більше труднощів і розрізень в одному наборі фактів. Кожна сторона намагається знайти приклади, реальні чи вигадані, оскільки це поставить у незручне становище аргументи іншої сторони. Щоб уникнути цієї незручності, винаходяться і привносяться в цю ситуацію інші розрізнення. Якщо набір фактів піддається такій обробці тривалий час, всі життєві соки витягуються з неї, і перед нами залишається лише жменя праху.

Я розумію, що всюди, де є правила і абстрактні принципи, юристи хочуть бути в змозі робити розрізнення. До деякої міри те, що я описував, є неминуче зло, яке супроводжує будь-яку формальну регуляцію справ людських. Але я думаю, що розміри тієї сфери, яка дійсно потребує такої регуляції, сильно перебільшені.

Звичайно, є кілька фундаментальних правил гри, їх слід прийняти, щоб гра взагалі тривала. Я б включив в них правила, що регулюють проведення виборів, призначення офіційних осіб і тривалість перебування на посаді. Визнаю, що тут надзвичайно важливі деякі обмеження свавілля чиновників і звільнення від відповідальності, деяка прихильність формі, деяка скрупульозність щодо того, що підпадає і що

не підпадає під правило. Можливо, сфера фундаментальних принципів повинна бути розширена і включити деякі інші правила.

Але за межами цієї сфери, я вважаю, всі офіційні особи, включаючи суддів, краще впораються зі своєю роботою, якщо будуть розглядати формальності і абстрактні поняття як засоби. Я думаю, що в якості нашої моделі ми повинні взяти хорошого адміністратора, здатного пристосовувати процедури і принципи до конкретної справи, вибираючи з можливих формальних процедур найбільш придатні для досягнення належного результату.

Саме очевидна перевага цього методу управління в тому, що він дозволяє нам працювати над щоденними завданнями ефективно і зі здоровим глуздом. У моїй прихильності цій філософії, проте, більш глибоке коріння. Я вірю, що тільки з тим баченням, яке ця філософія дає нам, ми можемо зберегти гнучкість мислення, принципово важливу для того, щоб утримати наші дії в розумній згоді з почуттями тих, ким ми правимо. Найбільше було зруйновано держав і заподіяно нещастя людям через відсутність такої згоди. Варто один раз вбити клин між масами і тими, хто керує їх правовим, політичним та економічним життям, і наше суспільство загинуло. Тоді ні природне право Фостера, ні вірність писаному праву Кіна не врятують нас.

Використовуючи ці концепції, розв'язати нашу справа зовсім легко. Щоб продемонструвати це, я повинен охарактеризувати деякі реалії, які мої брати вважали доречним обійти мовчанням, хоча вони так само чудово обізнані про них, як і я.

Перша реалія ця справа викликала величезний суспільний інтерес в нашій країні і за кордоном. Майже кожна газета і журнал опублікували статті про неї; колумністи поділилися з читачами конфіденційною інформацією про наступні кроки уряду; надруковані сотні листів редактору. Одна з найбільших газет провела опитування громадської думки. На питання: «Як ви думаєте, що Верховний суд повинен зробити зі спелеологами?» приблизно дев'яносто відсотків відповіли, що вони повинні бути помилувані або отримати символічне покарання. Таким чином, абсолютно зрозуміло, що думає громадськість про цю справу. Звичайно, ми могли вирішити її і без опитування, на підставі здорового глузду, або навіть помітити, що в цьому суді приблизно чотири з половиною людини ті ж дев'яносто відсотків поділяють спільну думку.

Це робить очевидним, як ми повинні вчинити, щоб зберегти розумну і гідну згоду між нами і громадською думкою. Оголошуючи цих людей невинними, ми не зобов'язані вдаватися до якихось негідних

хитрощів або трюків. Не потрібно ніякого принципу конструювання статуту, несумісного з попередньою практикою цього суду. Безсумнівно, жодна звичайна людина не подумає, що, відпускаючи цих людей, ми тлумачимо цей статут більш розширено, ніж наші предки, які виправдали самооборону. Якщо потрібна більш детальна демонстрація того, яким способом можна примирити наше рішення зі статутом, я можу задовольнитися аргументами, викладеними в другій, менш візіонерській частині думки мого брата Фостера.

Я знаю, мої брати прийдуть в жах від пропозиції, щоб суд враховував громадську думку. Вони скажуть, що громадська думка базується на емоціях і капризах, що вона базується на напівправді і прислухається до свідків, непридатних для перехресного допиту. Вони скажуть, що суди оточують розгляд подібних справ продуманими заходами, розробленими для того, щоб істина стала відома, і кожне раціональне міркування, що стосується цієї справи, було враховано. Вони застерезуть, що всі ці заходи обернуться на ніщо, якщо думці маси, сформованої за межами цієї системи, буде дозволено мати хоч якийсь вплив на рішення суду.

Але подивимося чесно на деякі реалії здійснення нашого правосуддя. Коли людина звинувачена у злочині, для неї є, кажучи загалом, чотири шляхи уникнути покарання. Один з них рішення судді, що, згідно з чинним законодавством, обвинувачений не вчинив злочину. Це, звичайно, рішення, прийняте в досить формальній і абстрактній атмосфері. Але подивимося на три інших шляхи уникнення покарання: рішення прокурора не просити про пред'явлення обвинувачення; визнання присяжними обвинуваченого невинним; помилування або пом'якшення покарання виконавчою владою. Чи може хто-небудь робити вигляд, що ці рішення приймаються в межах жорсткої і формальної системи правил, що запобігає фактичним помилкам, яка виключає емоційні і особистісні чинники і гарантує, що всі формальні процедури права будуть дотримані?

Звичайно, у випадку з присяжними ми намагаємося обмежити їх обговорення сферою юридично релевантного, але не потрібно обманювати себе з приводу того, що ці спроби дійсно успішні. При звичайному ході подій справа, яка перед нами, перейшла б прямо до присяжних. У цьому випадку ми можемо бути впевнені: було б можливим визнання невинними або, принаймні, голоси розділилися, що зробило б винесення вироку неможливим.

Якби присяжних проінструували, що голод і угода людей не захищають від звинувачення у вбивстві, їх вердикт, цілком ймовірно,

проігнорував би цю інструкцію і містив ще більше спотворень букви закону, ніж те рішення, яке може спокушати нас. Звичайно ж, єдина причина, що так не сталося при розгляді даної справи, то випадкова обставина, що голова присяжних виявився юристом. Його освіта дозволила йому знайти формулювання, яка звільнила присяжних від відповідальності.

Мій брат Таттінг роздратований тим, що прокурор, не вимагаючи пред'явлення звинувачення, по суті, не вирішив справу замість нього. Будучи таким строгим в дотриманні вимог теорії права, він цілком задоволений можливістю вирішити долю цих людей прокурором за межами суду на підставі здорового глузду. Головний суддя, з іншого боку, хоче відкласти застосування здорового глузду до самого кінця, хоча, як і Таттінг, він не хоче ніяк особисто брати участь в цьому.

Це підводить мене до заключної серії моїх зауважень, які відносяться до помилування, яке здійснюється виконавчою владою. Перед тим, як прямо перейти до обговорення цієї теми, я хочу зробити ремарку з приводу опитування громадської думки. Як я сказав, дев'яносто відсотків опитаних хотіли б, щоб Верховний суд повністю виправдав обвинувачених або призначив їм номінальне покарання.

Десять відсотків незгодних з рішенням більшості являють собою дуже химерну групу людей з у край дивними і несхожими один на одного поглядами. Хоча майже кожна мислима думка і відтінок думки були представлені в цій групі, не було, наскільки мені відомо, серед них нікого, хто сказав би: «Я думаю, було б чудово, якби суди засудили цих людей до повішення, а потім інша гілка державної влади втрутилася б і помилувала їх». Але саме це рішення так чи інакше домінувало в наших дискусіях, і його наш Головний суддя пропонує як спосіб уникнути несправедливості, в той же час зберігши повагу до закону.

Можна запевнити Головного суддю в тому, що, якщо він піклується про збереження чийогось морального духу, то це його власний моральний дух, а не публіки, нічого не знає про проведені ним розмежування. Я згадую про це, тому що хочу ще раз підкреслити ризик заблукати в стереотипах нашої думки і забути, що шаблони часто вже не відкидають ні найменшої тіні на зовнішній світ.

Тепер я підходжу до найважливішого факту цієї справи, факту, відомому всім нам в цьому суді, хоча мої брати, схоже, вважають зручним приховувати його під своїми мантиями. Йдеться про лякаючу ймовірність того, що якщо питання передати Президенту, він відмовиться помилувати цих людей або пом'якшити вирок. Як ми знаємо, наш Президент людина вельми похилого віку і дуже строгих

принципів. Протести публіки зазвичай діють на нього так, що він приймає рішення, протилежне необхідному від нього. Як я говорив моїм братам, випадково виявилось так, що племінниця моєї дружини близький друг секретаря Президента. Я дізнався цим непрямым, але, я вважаю, цілком надійним шляхом, що він твердо налаштований не пом'якшувати вироку, якщо буде встановлено, що ці люди порушили закон.

Повинен зізнатися, що чим старше я стаю, тим більше мене вражає відмова людей вирішувати проблеми права і держави з позиції здорового глузду, і цей справді трагічний випадок поглибив моє розчарування і сум'яття. Я бажаю тільки переконати братів в мудрості тих принципів, які я застосовував на посаді судді з самого початку вступу на посаду, і роблю висновок, що ці люди невинні і що звинувачення і вирок повинні бути скасовані.

Так як думки членів Верховного суду розділилися порівну, звинувачення і вирок суду із загальних справ залишаються в силі. Вирішено, що виконання вироку матиме місце о 6 годині ранку в п'ятницю 2 квітня 4300 р. В якийсь час державному катові вказано приступити до повішення кожного з обвинувачених за шию до настання смерті.

Постскрипtum. Тепер, коли суд виніс рішення, читачеві, здивованому вибором дати, можна нагадати, що нас відділяє від 4300 року приблизно стільки ж століть, скільки пройшло з часів епохи Перикла. Мабуть, немає необхідності говорити, що «Справа спелеологів» задумана не як сатира і не як пророцтво в скільки-небудь звичайному сенсі слова. Судді, які є членами суду Трупень, звичайно, настільки ж міфічні, наскільки і факти, і прецеденти, з якими вони працюють. Ця справа була сконструйована виключно, щоб привернути увагу до різних філософій права і держави. Ці філософії ставлять перед людьми нагальні питання, що вимагають вибору з часів Платона і Аристотеля. Можливо, вони будуть продовжувати робити це і після того, як наша епоха скаже про них своє слово. Якщо в цій справі є елемент передбачення, він не виходить за межі припущення про те, що ці питання належать до числа вічних проблем людства.

Навчальне видання

ЮРИДИЧНА КОМПАРАТИВІСТИКА

Навчально-методичний посібник

Кучук Андрій Миколайович

Завгородня Юлія Степанівна

Редактор, оригінал-макет – *А.В. Самотуга*

Редакційно-видавниче відділення відділу організації наукової роботи ДДУВС
49005, м. Дніпропетровськ, просп. Гагаріна, 26, тел. (056) 370-96-59
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру ДП № 6554-р від 28.02.2018 р.