

### § 1. Поняття романо-германського типу правової системи

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

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. Його характерними рисами є домінування нормативно-правового акта як форми (джерела) права, поділ системи права на дві підсистеми — публічну і приватну, диференціація і кодифікація галузей права.

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

Попри множинність визначень права, сформульованих у цих країнах, загальним для них є вказівка на нормативність права, розгляд норми права як загального правила поведінки, встановленого законодавцем або уповноваженими органами. Дефініція права ґрунтується на визнанні норми права як моделі, масштабу поведінки загального (однакового для всіх), узагальненого (абстрактного, без деталізації), певного формально-визначеного характеру. Відзначається, що норма права створюється не суддями не суддями, а є результатом вивчення практики (її узагальнення) відповідно до принципу справедливості, моральності.

Визнання нормативності права як неодмінної його ознаки (а відтак, і регулятивного характеру права) дозволяє законодавцю чітко і оперативно регулювати суспільні відносини. Проте узагальнений характер норм права потребує уваги до їх тлумачення з метою уточнення волі законодавця, забезпечення єдності їх розуміння і реалізації. Норми тлумачення судовими, арбітражними, іншими органами є повторними, похідними від норм, створених законодавцем. Вони роз'яснюють, конкретизують положення законів. За правильністю інтепретацій норм стежать спеціальні органи. Отже, у поняття права

романо-германського типу правової системи включається система норм права, а також норм-роз'яснень (тлумачення), що виходять насамперед від законодавців і судів.

На відміну від юристів країн англо-американського права, які мислять конкретно, «прецедентно» і створили науку загального права на основі судових рішень, юристи європейського континенту мислять поняттями правових інститутів і галузей права, їх правова наука — абстрактна, одним із визначальних ознак її є правовий формалізм.

Порівнюючи англо-американську і континентальну правові системи, К. Цвайгерт і Х.Кьотц відзначають: «На континенті прагнуть створити правову систему без прогалін, у США і Англії для юристів орієнтирами служать судові рішення. На континенті відчують радість від наукової систематизації, у США і Англії царює глибокий скепсис щодо будь-яких узагальнень, що висушує душу. На континенті оперують поняттями, які починають часто жити власним життям, що таїть у собі небезпеку для тих, хто їх застосовує. А в Англії і США всьому цьому віддають перевагу наочні уявлення про предмет і т.д. »[1]

Проте континентальне право має особливості в кожній країні. Об'єднуючі їх риси не можуть зменшити своєрідності і розходжень, особливо помітних між малими і великими країнами (за територією і кількістю населення). Як зазначає німецький професор Е. Бланкенбург, держави, що займають великі території, головним чином покладаються на важке право кодифікації і суворе втілення в життя правових норм з метою зберігання єдності різноманітних частин своїх країн. Для невеликих держав характерні м'яке право, що допускає свободу розсуду, і почуття сприйнятності соціальних конфліктів[2].

---

### § 2. Формування романо-германського типу правової системи

Романо-германський тип правової системи виник на основі римського права в XII — на початку XIII ст. До його поширення на території теперішніх європейських країн застосовувалися норми-звичаї, «закони» німецьких, нордичеських та інших племен — закони варварів. Вони були різноманітними і строкатими. Не розминалися навіть спроби їх систематизувати. У вирішенні судових справ використовувалися позаправові засоби — «судження боже», «клятви сторін», «процедура очищення», «судове випробування», «сваволя місцевої влади».

Спочатку римське право поширювалося переважно в містах середньовічної Європи. У ХІІ—ХVІІІ століттях воно охопило земельні відносини на селі, пристосувалося до нових умов, його норми переплелися з місцевими звичаями і релігійними канонами.

Формування романо-германського типу правових систем відбувалося в умовах роз'єднаності країн Західної Європи і панування переконання, що таке об'єднання

неможливе. Відсутність тенденції до централізації влади виражає специфіку умов становлення романо-германського типу правової системи на відміну від англо-американського типу.

Підґрунтям розвитку системи романо-германського права служили загальна культура і традиції країн континентальної Європи, що сприйняли римське право завдяки його популяризації в університетах — італійських, французьких, німецьких. Саме університети створили в XII—XIII століттях загальну для європейських країн юридичну науку на базі зводу законів (кодексу) Юстиніана (529—534 рр.). Рецепція римського права розпочалася з його тлумачення і завершилася вмиканням абстрактних норм у кодекси європейських держав.

Велику роль в «очищенні», переробці і пристосуванні римського права до умов життя в XIV ст. відіграла школа глосаторів[3], що поставили за мету встановити початковий зміст римських законів, її діяльність продовжила школа постглосаторів. Процес запозичення і використання римського права (його понятійного апарату, структури, логіки викладу, юридичної техніки) одержав назву рецепції. Особливої популярності рецепція римського права набула в Німеччині з XV ст., справивши на неї більш сильний вплив, ніж на Францію.

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

Певний внесок у становлення романо-германського типу правової системи зробило канонічне (церковне) право завдяки величезному впливу католицької церкви і найширшої юрисдикції церковних судів (особливо в Іспанії). Становлячи собою систему канонів — правил, встановлених церквою і пристосованих як до устрою церкви, так і до життя віруючих (шлюб, заповіт), канонічне право[4] ґрунтувалося на принципах римського права, вивчалось в університетах нарівні з римським цивільним правом. Між ними існував взаємовплив. У результаті в одних країнах континентальної Європи римське право стало чинним, в інших — визначило напрямок змісту національного права, що формувалося.

Виняткова доля римського права, що зберегла за ним величезне значення протягом низки століть, пояснюється тим, що римське право було найбільш розробленою формою права, що базується на інституті права приватної власності. Це обумовило можливість його пристосування до товарно-грошових відносин, що зароджувалися в надрах феодалної Європи,

Епоха Ренесанса, або Відродження (почалася в Італії на рубежі XIII—XIV століть, а потім поширилася по всій Західній Європі), покінчила з релігійним середньовічним пануванням, звернувшись до гуманітарних досягнень античності. Розвиток юридичного світогляду, виникнення на його основі теорії природного права (як сили, що висунула на

перше місце розум, який творить право, верховенство закону і вимогу кодифікації законодавства), сприяли формуванню правової культури європейських спільнот, новому їх взльоту Як зазначає Р. Давид, поряд з приватним правом, заснованим на римському праві, Європа виробила відсутні норми публічного права, що виражають природні права людини і гарантують свободу особистості[5]. Місце пріоритетів римського права посіли принципи права, що відображують раціональні засади не минулого, а дійсного життя.

Основи системи національного права країн континентальної Європи були закладені в буржуазну епоху, коли суспільні відносини досягли рівня зрілості і цілісності, а суспільна свідомість віддала перевагу керуватися результатом систематизації правових норм.

Йшов процес внутрішньодержавної уніфікації права, без якого не могла сформуватися правова система держави. Так, у Франції необхідно було подолати різноманіття кутюмов (звичаїв), що діють у кожній провінції. Незважаючи на кодифікацію кутюмов на державному рівні, між ними залишилася відмінності до створення Цивільного кодексу 1804 р. Вольтер з приводу відсутності єдності французького права писав з глузуванням, що зміна законів відбувається на кожній поштової станції зі зміною коней. Перешкодою для створення єдиної системи права в Німеччині була територіальна роздробленість країни.

У ХІХ—ХХ століттях визначилися романський і німецький підтипи (групи) правових систем, затвердилися їх загальні специфічні риси: 1) пріоритет закону як головного інструменту в створенні національної правової системи; 2) кодифікація законодавства з метою звільнення від застарілих норм і понять. Розроблено і прийнято ЦК Франції 1804 р., Цивільне Уложення Німеччини 1896 р., Єдиний Торговий Цивільний кодекс Італії 1924 р. та ін.

У 1990 р. відбулося об'єднання ФРН (капіталістичної країни) і НДР (соціалістичної країни). Найважливішим етапом цього процесу став договір про економічний, валютний і соціальний союз ФРН і НДР, що набрав чинності з 1 липня 1990 р. Відповідно до цього договору все законодавство НДР в економічній і соціальній сферах анулювалося. Замість нього на території НДР вводилися закони ФРН. Об'єднання Німеччини відбулося 3 листопада 1990 р. на основі другого державного договору — про механізм входження НДР у ФРН. На територію НДР поступово поширилися всі закони ФРН, сформувалася їх загальна правова система.

Зараз демократичні традиції романо-германського права поповнилися ідеями створення «європейського будинку», Євросоюзу. Популярними стали ідеї правової інтеграції країн, позитивне значення яких безперечно. Основами інтеграції виступають як загальні принципи, «дух» римського права, так і норми англійського прецедентного права. Третє тисячоліття, в яке вступив світ, стане новим етапом розвитку романо-германського типу правової системи, ознаменований зближенням, гармонізацією та уніфікацією законодавчих комплексів континентально-європейських країн і побудовою загальноєвропейської правової системи. Початок цього уже призначений введенням загальноєвропейської валюти.

### § 3. Система права та її структура

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

Галузі підсистеми публічного права

Галузі підсистеми приватного права

— конституційне, — кримінальне, - адміністративне— фінансове, — міжнародне публічне, — процесуальні галузі, — основні інститути трудового права та ін.

— цивільне, — сімейне, - торгове, - міжнародне приватне, окремі інститути трудового права (у цілому трудове право має змішаний характер) та ін.

Всі норми права мають чітку «прив'язку» до конкретних галузей та інститутів права, що є результатом впливу юридичної доктрини, яка акцентує увагу на необхідності врахування предмета і методу правового регулювання. Галузі права визнаються найбільш значним структурним елементом системи права.

У більшості країн континентальної Європи класифікація галузей права подібна з німецькою (Швейцарія, Іспанія, Австрія). У деяких країнах (Італія, Бельгія, Нідерланди) ще превалює французька схема класифікації. У зв'язку з цим Нідерланди, наприклад, називають «юридичною донькою Франції»[6].

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

Абстрактний характер юридичного мислення юристів континентальної Європи (на відміну від конкретного, «прецедентного» мислення загального права) дозволив відпрацювати і систематизувати інститути права.

### § 4. Нормативно-правовий акт (закон) у системі джерела права

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

Види законів:

- конституційні. Писані конституції мають вищу юридичну силу і складають основу правової системи — Конституція ФРН 1949 р., Конституція Італії 1947 р., Конституція Франції 1958 р. та ін.;
- звичайні (поточні) — кодекси, спеціальні закони, зведені тексти норм.

Не кожна країна континентальної Європи має у своєму розпорядженні спеціальні правові акти про юридичні джерела (форми) права (так звані закони про закони). Наприклад, в Італії керуються «Загальними положеннями про Закон» 1942 р., у яких наведені перелік і характеристика джерел права і процедур застосування законів. У загальному виді вказівки про нормативно-правові акти, що діють у державі, містяться в конституціях.

Відповідно до Конституції Франції, закони поділяються на органічні, фінансові, програмні. Органічні закони визначають порядок діяльності парламенту, кількість членів кожної із його палат, умови і порядок їх обрання, уточнюють і доповнюють положення Конституції і Конституційної ради та ін. Фінансові закони визначають прибутки і витрати держави. Програмні закони закріплюють цілі економічної і соціальної діяльності держави.

Слід зазначити, що основна (законодавча) функція парламенту Франції обмежена: значна частина питань в сфері законодавства віднесена до відання уряду.

В Іспанії, відповідно до її Конституції закони поділені на органічні і звичайні. Органічні закони мають велику юридичну силу. Вони визначають розвиток основних прав і свобод, закріплюють статuti автономних співтовариств, що належать до загального виборчого права, та ін.

Важливе місце серед звичайних законів посідають кодекси.

Встановлено судовий контроль за конституційністю поточних законів.

Верховенство конституційних законів забезпечується спеціальними конституційними судами або верховними судовими органами. У ФРН це Федеральний конституційний суд, в Італії та Іспанії — Конституційний, суд у Франції встановлений поділ обов'язків між двома органами — Конституційною радою, до обов'язків якої входить стежити за конституційністю актів, що виходять із парламенту, і Державною радою, що здійснює контроль над конституційністю актів виконавчої влади (розгляд справ по скаргах про перевищення влади).

Як у конституціях, так і в інших законах континентальних країн перевагу в системі прав і обов'язків людини віддано правам.

Загальні норми міжнародного права мають перевагу перед внутрішньодержавними законами.

---

### § 5. Делегована правотворчість

У системі джерела права істотно зросло значення підзаконних нормативних актів, актів урядової влади. Це ордонанси декрети, регламенти, рішення, постанови, циркуляри, інструкції, повідомлення та ін. Значна частина з них з'являється на світ у результаті делегованої правотворчості. Парламент у межах своєї компетенції і відповідно до конституції делегує повноваження уряду і його структурним підрозділам. Значення правових актів, що є результатом делегованої правотворчості, визначається повноваженнями органів, що їх видали.

Особливе місце серед актів делегованої правотворчості Франції посідають ордонанси[7], їх можна назвати актами делегованого законодавства. В ієрархії актів уряду вони мають вищу юридичну силу, змінюються або скасовуються лише законом. В Іспанії закони, видані урядом у результаті делегування з боку парламенту, називаються «законами, що уповноважують». Для них установлені конституційні обмеження: а) не змінювати вже існуючі закони, що уповноважують; б) не видавати норми, що мають зворотну дію. Уряд Іспанії може «у надзвичайних і термінових випадках» видавати декрети-закони, які повинні бути розглянуті парламентом (Генеральними Кортесами) у 30-денний строк.

Деякі підзаконні акти приймаються за власною ініціативою виконавчо-розпорядчими органами. За юридичною силою вони поступаються законам. Проте за своєю кількістю (особливо в тих країнах, де немає жорсткого контролю над їх прийняттям) вони посідають значне місце в регулюванні відносин:

1) усередині виконавчої влади;

2) між виконавчою владою і громадянами, установами, підприємствами та ін.

У ФРН, наприклад, федеральний уряд, федеральний міністр або уряд земель видають постанови. За згодою Бундесрата[8] федеральний уряд може видавати адміністративні розпорядження. На відміну від Франції та Іспанії, він не має права на самостійну правотворчість. Урядові акти видаються тільки на виконання законів. Однак урядовим законопроектам віддається перевага перед парламентськими.

---

## § 6. Правотворчість суб'єктів федерації

У федеративних державах чимале значення має правотворчість суб'єктів федерації. Наприклад, у ФРН законодавчі повноваження земель здійснюються в галузях, не віднесених до відання Федерації. Сфера виключної компетенції земель не зазначена в Основному законі. До їх відання, як правило, належить регулювання місцевих питань — культура, будівництво, місцеві фінанси.

На схемі це можна зобразити так:

Законодавча компетенція Федерації

Правотворча компетенція земель як суб'єктів Федерації

— суворо визначена в Конституції: (1) виняткова, тобто самостійна (ст. 71, 73); (2) конкуруюча, тобто спільна — Федерації і земель (ст. 72, 74, 74-а); (3) загальні розпорядження (ст.75).

— суворо не визначена в Конституції: (1) участь у федеральній нормо-творчості через Бундесрат (ст. 50); (2) нормотворчість з питань, не віднесених до компетенції Федерації (ст. 70).

Зупинимося на питанні про співвідношення законодавчої діяльності Федерації і земель ФРН.

1 Виключна компетенція федерального законодавства. Закони приймаються тільки на рівні Федерації, до виключного відання якої належать загальнодержавні справи — зовнішні зносини, оборона і безпека, паспортизація, імміграція, фінансове і валютне регулювання, грошова емісія, інформація, зв'язок та ін. Всі вони визначені в Конституції. Федеральний законодавець може делегувати землям законотворчі повноваження за предметом своєї виключної компетенції. Проте, як правило, він уповноважує уряди земель на видання підзаконних актів з конкретних питань. Такі урядові постанови є нормативно-правовими актами земель.



2. Конкуруюча компетенція Федерації і земель. Землі можуть приймати законодавчі акти у разі невикористання Федерацією своїх законодавчих повноважень у галузі цивільних, кримінальних, господарських, трудових, земельних, житлових, процесуальних та інших правовідносин. Конкуруючу компетенцію не можна кваліфікувати як спільне відання Федерації і земель. Законодавець Федерації має право ґрунтовно відрегулювати ту чи іншу сферу суспільних відносин, щоб уникнути руйнації єдиного правового або економічного простору країни, коли інтереси однієї землі законодавчим шляхом можуть порушити інтереси іншої землі

3. Компетенція по прийняттю основ федерального законодавства. Федерація має право приймати основи законодавства, що: а) регулюють правове становище посадових осіб, які перебувають на службі в органах земель, муніципалітетах та інших органах місцевого самоврядування; б) встановлюють загальні принципи організації і діяльності вищої школи, кінематографії, землевпорядкування і землекористування та деякі інші. Землі лише конкретизують основи законодавства.

4. Виключна компетенція законодавчої діяльності земель. До неї входить усе, що не належить до трьох попередніх. У виключній компетенції земель знаходяться конституційне законодавство, адміністративний устрій земель, школа, культура, засоби масової інформації, в тому числі кінематографія і преса, оскільки федеральні основи законодавства в цій галузі відсутні. До відання земель належить законодавство про місцеве самоврядування. Це правоположення призвело до формування різних систем місцевого самоврядування у ФРН.

Федерація має явну перевагу в сфері законодавства. На частку законодавства земель припадає лише одна десята частина всіх законів, які діють у ФРГ [9], що відповідає Конституції, яка проголосила перевагу федерального права над правом земель (ст. 31). Нормативні акти земель є підзаконними. У разі колізії — розбіжностей законів земель із загальнофедеральним законодавством -превалюють федеральні закони.

У ФРН має місце залучення земель до участі в європейській нормотворчості. Позиція земель з питань європейської нормотворчості виражається і враховується на рівні Бундесрату, де утворена спеціальна колегія.

### **§ 7. Правовий звичай**

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

Конституції і є правовим звичаєм, що оформився в 1867 р.

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

---

### § 8. Правова доктрина

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

З затвердженням буржуазних відносин у другій половині

ХІХ ст. концептуальною основою правотворчості, тлумачення і застосування права стала доктрина юридичного позитивізму (П. Лабанд, К. Бергбом — у Німеччині). Відповідно до цієї доктрини творцем права вважалася держава, а право і закон ототожнювалися, тому юридичний позитивізм ще одержав назву етатичного (державницького) позитивізму. Як головний елемент правової системи розглядалося законодавство (система нормативно-правових актів). Основна вада юридичного позитивізму полягала в звуженні сфери правового регулювання до законотворчості. Його позитивною рисою були акцентування уваги на цінності і важливості правопорядку для суспільства, орієнтація на додержання законності, законослухняну поведінку.

Будучи одним із неофіційних джерел права, доктрина в

ХХ ст. відсунута на другий план основним офіційним джерелом — законом, про що свідчить кодифікація законодавства. Проте вона і задач значно впливає на розвиток права. Нині роль правової доктрини визнається в законопідготовчій роботі й правозастосовній діяльності — при тлумаченні норм права. Доктрина допомагає розробці сутнісно-категоріального апарату юридичної науки, її методології, чим користується законодавець. При створенні нормативно-правового акта творець закону керується науково-доктринальним підходом до розуміння права, тлумачення правової держави та інших правових категорій. При тлумаченні норм права їх застосувач удається до допомоги коментаря до кодексу, який має доктринальний-фаховий характер. Коментарі видаються у Франції, Німеччині та інших країнах континентального права.

Водночас було б невірним перебільшувати роль доктрини як юридичного джерела права, а тим більше вважати її пріоритетним джерелом. Вплив доктрини є безсумнівним, проте вона має допоміжний характер стосовно головної форми права — закону. Офіційно вона не визнавалася і не признається джерелом права.

### § 9. Принципи права

Істотний вплив на створення і функціонування права справляють принципи, що сформувався внаслідок тривалого впливу теорії природного права. У Франції «загальні принципи права» склалися як джерело адміністративного права. Оскільки ця галузь права залишилася некодифікованого, на її не поширювалася концепція беспрогаленності права. Не будучи законодавче закріпленими, принципи права вироблялися адміністративними судами в процесі розгляду справ. Ці суди у Франції завжди були самостійні і не підпорядковувалися яким-небудь органам у системі загальних судів. Нині спеціалізація судів допомагає глибше проникати в сутність розглянутих справ, приймати кваліфіковані рішення. Важливу роль при цьому грає адміністративний прецедент.

З огляду на самостійну діяльність адміністративних судів Державна рада Франції (вища інстанція в системі адміністративних судів) сформулювала поняття загальних принципів права. Їх пріоритетом проголошено справедливість. Це означало, що справа вирішувалася на основі правосвідомості правозастосувача, що було обумовлено соціальними процесами конкретної історичної епохи. Незабаром під впливом відродженої теорії природного права принципи стали оцінювати як свого роду вище право, за допомогою якого може бути доповнена і реформована правова система. Одночасно на всю правову систему поширилася ідея про прогаленність права. Принципи матеріального права (заборона зворотної дії закону, захист прав людини і т.ін.) і процесуальні гарантії прав людини (право бути вислуханим, право на захист і т.ін.) згодом набули універсального значення і найбільш чітко проявляються в галузі основних прав людини. Як важлива частина права, вироблена судовою практикою, вони покликані сприяти захисту прав громадян від порушень владними державними структурами.

У ФРН аналогічний підхід до тлумачення принципів права розроблявся на іншому історичному тлі. Природно, нацистське законодавство після Другої світової війни було заборонено. Закон став оцінюватися з позиції верховенства права. Конституція ФРН закріпила положення, відповідно до якого судді пов'язані «законом і правом». У рішеннях Федерального Верховного суду ФРН стало звичайним підкреслювати, що право ширше за законодавство. Федеральний Верховний суд і Федеральний Конституційний суд ФРН у серії рішень встановили, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а включає «деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував у позитивній формі».

Для вирішення справи судді звертаються до права як до над-позитивної (понадзаконної) справедливості у випадках: 1) наявності прогалин у законі; 2) буквального тлумачення норм закону, що породжує відхід від намірів законодавця.

У деяких країнах, що належать до романо-германського типу правової системи, загальні принципи права прямо закріплені в законі як джерело права у разі наявності прогалин,

наприклад, у цивільних кодексах (Австрія, Греція, Іспанія, Італія).

Принципи права країн романо-германського типу — традиційні правові цінності, що формувалися століттями. Починаючи з 50-х років ХХ ст. вони розвиваються під впливом інтеграційних процесів, що відбуваються в рамках Європейського співтовариства. У практиці Європейського суду сформувалося поняття «загальні принципи, характерні для права держав-членів». Воно було сформульовано ще в період існування Європейського об'єднання вугілля і сталі, а згодом знайшло закріплення в Договорі про створення ЄЕС. «Загальні принципи, характерні для права держав-членів» розглядаються як складова частина права Європейського співтовариства, їх порушення вважається підставою для скасування в судовому порядку актів співтовариства. На думку Європейського суду, відображеній в деяких рішеннях, джерелом формування цих принципів є конституційні традиції держав-членів, Європейська конвенція прав людини та інші міжнародні-правові акти.

---

### § 10. Роль судової практики

Судову практику можна віднести до допоміжного джерела права романо-германського типу. Відповідно до чинної доктрини права (правові норми приймаються парламентом і уповноваженими ним органами) судовій практиці не відведена роль джерела права. Проте об'єктивно спостерігається явне зростання ролі судового прецеденту в правотворчій діяльності держави, чому сприяють:

1) недосконалість законодавства (суперечності і прогалини в ньому);

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

Використовуючи казуїстичний підхід, судді нерідко виступають «заступниками»

законодавця, особливо тоді, коли законодавець широко сформулював норми права і тим самим відкрив простір для розширювального тлумачення і творчості. Так, у Нідерландах творча функція судової влади декілька вище, ніж у ряді країн романо-германського права. Це пояснюється тим, що нідерландський законодавець утримався від врегулювання деяких питань, залишивши їх суддям. Часткова кодифікація конституційного права дозволила судовій практиці взяти на себе функцію захисту прав громадянина не тільки в судово-охоронному, а й у правотворчому відношенні. Проте прецеденти не набули такої ж престижності, як закон.

Між нормами, відпрацьованими судовою практикою, і нормами, створеними законодавчим органом, є розходження. Дія судової практики в країнах романо-германського типу відбувається в межах, встановлених законодавцем. Створена судовою практикою правова норма носить обмежений характер, оскільки не володіє такою ж загальністю і узагальненістю як норма права, що виходить від парламенту. При розгляді нової справи вона може не враховуватися. У цьому полягає головна відмінність норми, створеної в процесі судової діяльності країн, що належать до романо-германського типу, від пріоритетного становища судового прецеденту в країнах англо-американського права.

Отже, романо-германський тип правової системи характеризується пріоритетом норми, що міститься в законодавчих актах. Проте він припускає і пошук кожним юристом у конкретному питанні рішення, що відповідає принципу справедливості.

---

### §11. Кодифікація

Континентальні системи ще відомі як кодифіковані правові системи, оскільки їх відмінною рисою є наявність кодексів з високим рівнем узагальнення і систематизації значної частини законодавства. Тут велике значення надається підготовчим за-конопроектним роботам, коментарям авторів до проектів законів, матеріалам обговорень. Вони використовуються в процесі офіційного тлумачення законодавства.

Особливості кодифікації в країнах романо-германського типу полягають у такому.

1. Розробляються кодекси галузевого характеру. Вже перші з них — Французький цивільний кодекс 1804 р., Німецьке Цивільне уложення 1896 р., Швейцарський цивільний кодекс 1907р. та ін. — мали галузеву спрямованість. Таку ж спрямованість вони мають і нині, хоча у них з'явилися явно виражені особливості.

2. У кодекси включаються як законодавчі, так і підзаконні акти. Це пояснюється значною роллю делегованої правотворчості — делегування парламентом низки повноважень щодо видання законів уряду.

3. Створюються кодекси і комплексно-галузевого характеру (комплексне законодавство). В них містяться норми декількох галузей права для регулювання відносин у конкретній сфері промисловості, господарства чи культури.

У кодексах і законах кожної держави висвітлюються особливості внутрішньополітичного життя країни та її правових традицій.

У Франції законодавство зберігає традиційну наполеонівську форму систематизації — цивільний, кримінальний та інші кодекси, зміни в яких також проводяться шляхом видання законів, якщо законодавець не наказує іншого. Юридичну чинність зберігає дотепер Й Декларация прав людини і громадянина 1789 р. як складова частина Конституції Франції 1958 р. Також має юридичну силу преамбула до Конституції 1946 р., що містить розгорнутий виклад демократичних прав і свобод громадян. З п'ятих наполеонівських кодексів три — Цивільний, Торговий і Кримінальний — визнаються, як і раніше, чинними, хоча вони і зазнали значних змін. Адміністративний і Цивільні кодекси служать формою консолідації законів, декретів, регламентів уряду, судових рішень і міжнародних актів. Спроба звести трудове законодавство до «трудового кодексу» вдалася лише частково. У результаті утворилися скоріше компілятивні зібрання нормативно-правових актів, ніж єдиний, зведений, юридичне і логічно цілісний, внутрішньо узгоджений нормативний акт.

Відійшовши від традиційної класичної кодифікації, Франція віддала перевагу консолідації — упорядкуванню нормативних актів шляхом логічного перегрупування, виробленого, як правило, без зміни змісту складових їх норм. Результатом такої форми систематизації нормативно-правових актів стали галузеві збірники, що включають норми як законодавчих, так і підзаконних актів, які не зазнали переробки і удосконалення.

Після оформлення Бельгії як самостійної держави (1830 р.) основу її законодавства склали п'ять французьких кодексів: Цивільний, Торговий, Кримінальний, Цивільний процесуальний, Кримінально-процесуальний. Цивільний кодекс з тією ж структурою діє і нині, щоправда, зі зміненним змістом. Торговий кодекс (прийнятий у 1872 р.), Кримінально-процесуальний кодекс (прийнятий у 1878 р.) включали і нині містять розділи, запозичені із кодексів Франції. У такому ж плані складений і прийнятий у 1967 р. Судовий кодекс, що регулює організацію судів, трибуналів, їх компетенцію і порядок діяльності.

В Італії, так само, як і у Франції, кодифікація здійснюється з XIX ст. Вона провадиться головним чином відповідно до галузей права: Цивільний, Торговий, Цивільний процесуальний, Кримінально-процесуальний (1865 р.) кодекси. Пізніше два із них були удосконалені з техніко-юридичної сторони -- Торговий (1882 р.) і Кримінально-процесуальний (1913 р.). У 1889 р. був прийнятий перший Кримінальний кодекс, який містив широко подану систему обставин, що пом'якшують покарання, і відмову від смертної кари. У 1930 р. він був замінений новими Кримінальним і Кримінально-процесуальними кодексами. У наші дні діє Кримінально-процесуальний кодекс 1988 р., що спростив вирішення деяких процедурних питань і правовий статус учасників судового процесу.

Продовжує діяти Цивільний кодекс Італії 1942 р., який за структурою наближається до французького кодексу, ніж до німецького. На ньому позначився вплив і швейцарського зобов'язального закону. На відміну від більшості країн Європи (Іспанії, Бельгії, Португалії, Австрії, Німеччини), де є окремі торгові кодекси, італійський Торговий кодекс 1882 р. входить до складу Цивільного кодексу 1942 р. Навігаційний кодекс 1942 р. є істотним доповненням до Цивільного кодексу.

Цивільний кодекс і Закон про шлюб зазнали поступових змін щодо розлучення. Тривалий час в Італії не дозволялося розлучення. Внаслідок значного впливу католицької церкви допускалося лише юридичне оформлене роздільне проживання чоловіків. Тільки в 1987 р. був прийнятий закон № 47, яким роздільне проживання чоловіків протягом трьох років визнавалося достатньою підставою для розлучення. Було передбачено чергове виконання батьківських обов'язків розлученими чоловіками.

У ФРН серед форм систематизації законодавства перевага віддається консолідації. Відповідно до закону 1958 р. про зібрання федерального права систематизації підлягають видання, в яких публікуються закони і підзаконні акти. Сюди не входять закони про державний бюджет, акти про тарифи, статuti публічно-правових корпорацій і фірм та ін. За період 1958—1963 рр. були опубліковані «Зібрання федерального права» — зібрання чинного законодавства ФРН, систематизоване по таких головних галузях права і напрямках діяльності держави: державне і конституційне право; управління; правосуддя; цивільне і кримінальне право; оборона; фінанси; господарське право; трудове право, соціальне забезпечення, забезпечення жертв війни; зв'язок, шляхи сполучення, водяний транспорт.

Кодекси країн континентальної Європи мають певну схожість, що пояснюється впливом традицій римського права не тільки на положення приватного права, а й на методи створення нових положень. Так, цивільні кодекси побудовано за пандектною системою — загальна частина, речеве право, зобов'язальне право, спадкове право. Конкретні непринципові розходження в їх структурі виникли з моменту появи перших значних кодексів. У Німецькому цивільному уложенні 1896 р. виділено Загальну частину. В Французькому цивільному кодексі 1804 р. Загальної частини практично немає, а міститься лише стислий Вступний титул про опублікування, дію і застосування законів узагалі (на зразок Конституції).

Новий Цивільний кодекс Нідерландів, за прикладом Швейцарії та Італії, об'єднує в одному акті цивільне і торгове право, тобто охоплює всю галузь приватного права. У ньому жодна правова доктрина не є переважною, і іноземний вплив збалансований. Робота над кодексом була розпочата в 1945 р. професором Е.М. Майерсом. Планувалося, що кодекс буде складатися з дев'яти книг. Перша книга повинна була регулювати положення фізичних осіб, сімейні стосунки; друга — право акціонерних компаній, спілок та ін. Третя книга присвячувалася майновим відносинам, четверта — спадковому праву, п'ята — речевому праву, шоста -- загальним нормам зобов'язального права, сьома — окремим типам договорів, восьма — договорам перевезення, дев'ята — патентному і винахідницькому праву (від цієї книги відмовилися). Книги Цивільного кодексу набирали чинності в міру їх підготування. Так, перша книга набрала чинності в

1970 р. Друга книга діє з 1976 р. Восьма книга була частково прийнята в 1979 р. Цивільний кодекс у цілому набрав чинності в 1992 р. Він становить собою добре продуману систему. До нього включено Загальну частину (Книга 3), дія якої не поширюється на «Право осіб», «Сімейне право» (Книга 1) і «Право юридичних осіб» (Книга 2). Вважається, що зі створенням нового Цивільного кодексу в Нідерландах відбулася рекодифікація цивільного права[10].

-----

[1] Див.: Цвайгерт К., Хьоц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — М., 1998. — Т. 1. — С. ПО.

[2] Див.: Правовая система Нидерландов / Под ред. В.В.Бойцовой, Л.В. Бойцовой. — М., 1998. Предисловие.

[3] Школа юристів XI—XIII ст.ст., що виникла в Болоньї й одержала назви від приміток (глосс), якими юристи постачали тексти кодексу Юстині

[4] У міру розвитку канонічне право піддавалося кодифікації — Звід канонічного права 1582 р. Як основне джерело канонічного права завжди виступала Біблія.

[5] Див.: Давид Р. Основные правовые системы современности. — М., 1988. — С. 61.

В країнах континентальної Європи маються дві форми контролю над конституційністю нормативно-правових актів:

превентивний, чи попередній - здійснюється до прийняття нормативно-правового акта (наприклад, ч. 1 і 2 ст. 61 Конституції Франції; ч. 2 ст. 138 Федерального конституційного закону Австрії — у частині, що стосується компетенції Федерації і земель; ст. 127 Конституції Італії — у частині, що стосується стверджень про порушення законодавчої компетенції та ін.); репресивний, чи подальший - здійснюється після прийняття нормативно-правового акта. Предметом репресивного конституційного контролю є: нормативно-правові акти вищих органів влади (і посадових осіб); нормативно-правові акти про надзвичайний стан; закони, прийняті до вступу в силу нової конституції; порядок внесення пропозицій про зміну конституції і самої процедури її зміни, а також зміст цих змін (останнє, наприклад, передбачене ч. 3 ст 79 Конституції ФРН).[6] П'ять відомих кодексів Франції — Цивільний кодекс 1804 р., Цивільний процесуальний кодекс 1806 р., Торговий кодекс 1807 р., Кримінально-процесуальний кодекс 1808 р. і Кримінальний кодекс 1810 р. — вплинули на розвиток голландського права.

[7] Ордонанси набули особливого значення з XVII—XVIII ст.ст.: про цивільний процес (1667 р.), про кримінальний процес (1670 р.), про договори дарування (1731 р.), про заповіти (1747 р.) та ін.



[8] Бундестаг і Бундесрат — дві палати парламенту ФРН.

[9] Див.: Современный немецкий конституционализм. — М., 1994. — С. 13.

[10] Див.: Правовая система Нидерландов / Под ред. В.В.Бойцовой, Л.В. Бойцовой. - М, 1998. - С. 224.