

¹¹ Бекбаев Е. З. Проблема начала в теоретическом познании правовой системы (попытка обоснования). – Астана., 2009. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.allpravo.ru/library/doc108p0/instrum7129/item7140.html>

¹² Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 80.

¹³ Мальцев Г. В. Права личности: юридическая норма и социальная действительность // Конституция СССР и правовое положение личности. – М., 1979. – С. 50.

¹⁴ Бекбаев Е. З. Вказана праця.

¹⁵ Патюлин В. А. Государство и личность в СССР / В. А. Патюлин. – М.: Наука, 1974. – С. 128.

¹⁶ Шевчук С. Концепція позитивних обов'язків держави у практиці Європейського Суду з прав людини / С. Шевчук // Право України. – 2010. – № 2. – С. 59–60.

Резюме

Визначається співвідношення юридичних обов'язків і суб'єктивних прав, з'ясовуються їх спільні і відмінні риси, вивчається вплив системи прав і обов'язків на становлення законності.

Ключові слова: «права людини і громадянина», «суб'єктивні права», «обов'язки людини і громадянина», «юридичні обов'язки», «законність», «правопорядок».

Резюме

Определяется соотношение юридических обязанностей и субъективных прав, исследуются их общие и отличительные черты, изучается влияние системы прав и обязательств на становление законности.

Ключевые слова: «права человека и гражданина», «субъективные права», «обязанности человека и гражданина», «юридические обязанности», «законность», «правопорядок».

Summary

The notion of «legal duties» and «subjective rights» are analyzed. Their common and particular features are considered. The impact of the rights and duties system on the formation of legitimacy is studied.

Key words: the rights of man and of the citizen, subjective rights, duties of man and of the citizen, legal duties, legitimacy, law and order.

Отримано 19.09.2012

О. А. КОТЕНКО

Олег Анатолійович Котенко, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ДО ПОНЯТТЯ ПРО СУТНІСТЬ, ЗНАЧЕННЯ ТА «ДІЄВІСТЬ» ДЖЕРЕЛ ПРАВА В АНГЛОСАКСОНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

У системі англосаксонського права поняття «джерело права» повною мірою збігається з аналогічним поняттям, що використовується в інших правових сім'ях, зокрема, у системі романо-германського права.

У широкому розумінні поняття «джерело права» розуміється як:

а) офіційний документ, акт (*record*), що містить у собі норми права (наприклад, в Англії це судові звіти (*law record*) і статuti), узагальнена назва – «літературне джерело»; влада, від якої виходить принцип панування права і яка наповнює його реальним змістом (у якості такого джерела виступає держава (парламент) – це «формальне джерело» права;

б) різні явища, інститути й установи, які створюють умови й відповідно стимулюють процес формування права, хоча самі в цьому процесі особистої участі не беруть;

в) причини й умови формування права на кожному історичному етапі розвитку суспільства, держави, права є різними, тому відповідно, не можуть бути однаковими «джерела права» – це «історичне джерело» права;

г) під «джерелом права» розуміють ті конкретні процедури, форми й процеси, за допомогою яких право здобуває свою реальність, це – законодавчий процес, «суддівське правотворення», процес формування традицій і звичаїв тощо – «юридичне джерело».

В юридичній літературі джерела права поділяють на обов'язкові та необов'язкові, основні й додаткові¹.

Обов'язкові джерела – це ті, що мають примусову (або обов'язкову) силу.

До *необов'язкових джерел* права відносять законодавство інших країн, *obiter dictum*².

Основними джерелами є первинні джерела, чинність кожного з яких не виводиться з інших юридичних джерел. У теорії права до основних (первинних) джерел сім'ї англосаксонського права відносять насамперед законодавство (статути та делеговане законодавство) і судовий прецедент. Для англійського права основним джерелом є також правові документи Європейського Союзу.

Додаткові джерела права – правові звичаї, авторитетні публікації в галузі права, що витримали перевірку часом (старовинна доктрина), розум, канонічне право, римське право, судові звіти, матеріали Правової комісії³.

В англосаксонській правовій системі серед усіх існуючих юридичних джерел права (судовий прецедент, статут або закон, конституційний звичай або конституційна угода, доктрина, міжнародний договір) основним є судовий прецедент.

Прецедент (від лат. *praecedens* (*praecedentis*) – той, що передує) – спосіб зовнішнього вираження і закріплення індивідуального правила поведінки, що встановлюється компетентним органом держави для регулювання конкретної життєвої ситуації і стає загальнообов'язковим у регулюванні аналогічних конкретних життєвих ситуацій. Потреба у правовому прецеденті виникає насамперед за наявності прогалин у праві. Правовий прецедент – це не все рішення в цілому, а лише та його частина, що має назву «раціо десіденді» (лат. *ratio decidendi* – вирішальний довід, аргумент), тобто необхідна основа, певний «раціональний смисл», принцип, на якому воно ґрунтується. Саме ця частина рішення, яка виділяється шляхом логічного аналізу, використовується для урегулювання інших аналогічних конкретних життєвих ситуацій (хоча посилання робиться на прецедентне рішення у цілому)⁴.

У широкому розумінні прецедент – це те, що відбулося раніше у тій чи іншій ситуації та сприймається як приклад, що підказує, як слід вчиняти у подібній ситуації, якщо вона виникає знову. Судовий прецедент як джерело права вперше з'явився саме в англійській правовій системі. Право Англії було і залишається прецедентним.

Іншим джерелом англосаксонського права є **закони** (парламентські статути) – законодавчі акти, прийняті британським парламентом. Закон з'явився набагато пізніше прецеденту, але поступово набув досить важливого значення у правовому регулюванні суспільних відносин.

Закон в Англії – акт, прийнятий в установленому порядку в однаковій редакції обома палатами парламенту і санкціонований (підписаний) монархом.

Всі закони Великої Британії мають рівну юридичну чинність, підлягають єдиному порядку прийняття, зміни та скасування. Це впливає із принципу парламентського верховенства, відповідно до якого закон може бути прийнятий лише парламентом, і всі закони мають рівний статус. Незначна частина законів визнається частиною конституції. В Англії немає писаної (кодифікованої) конституції. Те, що зазвичай англійці називають конституцією, – це система норм законодавчого і судового походження, покликаних обмежувати сваволлю влади та забезпечувати права і свободи людини. Конституційне право носить поки що фрагментарний характер, проте кількість його джерел зростає⁵.

В англійському праві для ідеї закону дуже важливо, щоб він був забезпечений санкціями, тобто передбачав покарання за невідкорення⁶.

Англійські законодавчі акти класифікуються за різними підставами. За сферою дії вони поділяються на публічні, що поширюються на невизначене коло суб'єктів і діють на всій території Великобританії, і приватні, що поширюються на окремих осіб і території.

Парламент часто делегує свої повноваження щодо прийняття нормативно-правових актів іншим суб'єктам (королеві, уряду, міністерствам). Сукупність цих нормативно-правових актів становить «делеговане законодавство». Юридична чинність такого роду актів визначається передачею частини законотворчих функцій парламенту відповідному органу. Тому їх рішення вважаються частиною закону й обов'язкові до виконання усіма громадянами. Вищою формою здійснення делегованого правотворення є «наказ у Раді», що формально являє собою наказ Таємної ради (монарха й таємних радників), а фактично – уряду.

Поява великої кількості чинних законів обумовлює проблему їхньої систематизації. В Англії наприкінці XIX ст. розпочалися і продовжують проводитися і нині роботи з «очищення» законодавства від архаїчних актів, що фактично не діють, а також з об'єднання нормативних положень, що стосуються одного питання, або декількох законів у єдиний акт. Прийнято спеціальний акт про консолідацію законів. На відміну від континентальних правових систем виконавчі органи Англії були споконвічно позбавлені повноважень приймати акти «на виконання закону». Щоб видати такий акт, виконавчий орган повинен мати відповідні повноваження, що делеговані йому парламентом. Тому правотворчість виконавчих органів іменується делегуванням⁷.

У своєрідних взаємовідносинах перебуває прецедентне право зі статутним. Де-юре будь-який прецедент може бути скасований статутом парламенту, а при виникненні протиріччя саме норма закону матиме однозначну перевагу. Разом із тим кожен закон при застосуванні його судами «приростає» величезною кількістю прецедентів тлумачення, що встановлюють порядок застосування двозначних положень статуту. Таким чином, саме судова практика визначає реальний вплив актів парламенту на суспільні відносини і визначає їх зміст. Це є однією з причин, які пояснюють, чому «верховенство закону» не є категорією загального права⁸. В Англії без прецедентного права статутне право фактично втрачає свій сенс та призначення і не може бути застосованим⁹. Саме судова практика визначає реальний вплив закону на суспільні відносини і, по суті, його зміст¹⁰. Закон реалізується не самостійно, а через прецеденти¹¹. Англійські юристи сприймають норми,

створені законодавцем, тільки в тому разі, коли існує їх судове тлумачення¹². Таким чином, увага акцентується не на тексті закону, а на судових рішеннях, які застосували його положення¹³. В англосаксонській правовій системі воліють цитувати замість тексту закону судові рішення, у яких він застосований.

Давнім джерелом англосаксонського права є **звичай**. Історично правовий звичай як джерело права передре усім іншим джерелам права. На думку багатьох дослідників, на основі звичаїв споконвічно будувались усі національні системи права, включаючи англійську систему загального права¹⁴.

Сьогодні його роль серед інших джерел права безупинно зменшується. Однак у змістовному плані для становлення й розвитку англосаксонського права звичай мав досить важливе значення. Справа в тому, що присяжні засідателі порівнянні з професійними суддями не мають ті знання про норми (раніше прийнятих судових рішень), які необхідні для точної юридичної кваліфікації діянь. Для них орієнтиром при оцінці конкретних подій, фактів виступають традиції, звичаї, норми поведінки, які склалися в Англії, в окремих графствах. З урахуванням цих норм і формується загальна думка, позиція присяжних щодо конкретної справи¹⁵.

«Розподіл праці» між суддями і присяжними відбувся не відразу та не повною мірою, причому присяжні неминуче брали участь у розгляді питань не тільки факту, але й власне права. Тому слід визнати логічним тезу англійських юристів про те, що загальне право – право звичаєве, що в його основі лежить звичай, традиція. Американський вчений Паунд (Round) зазначив, що загальне право – це традиція судового і юридичного мислення. Воно є, скоріше, особливими прийомами вирішення правових проблем, ніж фіксованою сукупністю визначених правил та норм¹⁶.

До джерел англійського права також відносять і **правову доктрину**. Правова доктрина – сукупність (система) наукових знань про певне правове явище¹⁷.

Англійська доктрина як джерело права – це судові коментарі, описи прецедентної практики, покликані виконувати роль практичного керівництва для юристів, а не юридична наука, теоретичні уявлення, ідеї, конструкції.

Роль правової доктрини як джерела права традиційно недооцінювалася у країнах загального права і особливо в Англії. Причина полягає в тому, що в цих країнах право споконвічно створювалося суддями-практиками, а науковій доктрині приділяли значно менше уваги, ніж у країнах романо-германського права.

Останнім часом використання доктрини як джерела права помітно зросло. Нерідко обґрунтування тієї чи іншої позиції при винесенні судового рішення відбувається з урахуванням наукових посібників, а іноді й наукових статей. Удаються до них не для використання як первинного джерела, а для переконливості рішення.

Канонічне право – це джерело права знайшло власний предмет регулювання в епоху «папського абсолютизму» XI–XIII ст.ст. Система канонічного права охоплювала тільки такі види правових відносин, що підпадали під юрисдикцію церкви як корпоративного правового утворення. Інші правові відносини підпадали під відповідні юрисдикції, що перекривали одна одну, різних світських держав, включаючи королівства, феодальні домени, самостійні міста. Кожна людина в західному християнському світі жила під керуванням і канонічним правом однієї або більше світських систем. Пліуралізм правових систем усередині загального правового порядку був істотною рисою структури кожної з них.

Канонічне право протягом тривалого історичного періоду (до реформи Генріха VII) займало значну частину існуючого «правового простору» Англії. Релігія була цілісним світоглядним утворенням, що пояснювало людині її призначення й готувало до переходу в «град небесний». Як наслідок цього – особливе правове становище служителів церкви, що займали тривалий час пости лорда-канцлера, вищих суддів і радників корони. Для католицької церкви так зване канонічне право – *jus canonicum* – упродовж усього розвитку завжди мало своїм останнім матеріальним джерелом божественне право. Звідси виникало не тільки саме його існування, а і його юридичний характер.

На сучасне право Англії канонічне право зробило істотний вплив у двох напрямках:

1. Норми права справедливості за своїм моральним змістом спираються на канонічне право (гуманізація покарань і моральне освячення шлюбно-сімейних відносин).
2. Церковні суди дотепер використовують процедури, розроблені середньовічними каноністами, а юрисдикція цих судів до середини XIX ст. охоплювала значну категорію справ.

Римське право. Вплив цього джерела помітний у сфері діяльності церковних судів і в спадковому праві. Пов'язано це з тим, що питання законності заповітів тривалий час знаходилося у руках церкви. Як приклад рецепції римського права в Англії можна привести положення англійського права, що передбачає заповіт воїна (можливість заповіту в усній формі)¹⁸. Також, наприклад, згідно з максимами римського права не можна подавати позов на підставі угоди, яку укладено з аморальною метою. Цей принцип римського права був відтворений у англійському праві.

Розум. Казуїстичний характер англосаксонського права породжує багато прогалів, і розум визнається додатковим, допоміжним джерелом права, покликаним подолати ці прогалів.

Підбиваючи підсумки, хочемо зазначити, що ефективність правового регулювання опосередкована різними формами, джерелами права в романо-германській та англосаксонській правових системах і визначається відповідно до їх дії упродовж правового розвитку відповідно до різних координат часу й простору. З упевненістю можемо стверджувати, що відповідну прогресивну роль у розвитку романо-германської правової системи відіграли правові звичаї (до речі ця форма відображена, закріплена законодавством і сьогодні, зокрема регламентація святкових днів у Кодексі законів про працю України)¹⁹. Відповідне регулююче «навантаження» покладалося на канонічні норми, що закріплювали, наприклад, суспільні відносини. Водночас

є беззаперечним, що на сьогодні найбільш дієвим джерелом права виступає нормативно-правовий акт: має швидко доходити до адресата, дає змогу оперативно вносити зміни і доповнення, що потребують суспільні відносини в процесі розвитку, найкраще може бути систематизованим (кодифікованим). Втім, хочемо зазначити, що ефективне правове регулювання повинно оперувати й іншими джерелами права, такими, як нормативно-правовий договір та судова практика.

Джерела права в романо-германській правовій сім'ї можуть бути поділені на первинні – нормативно-правові акти і звичаї та вторинні – судові рішення (прецеденти), доктрини та інші джерела права. Однак в окремих країнах цей поділ має свої особливості. Так, наприклад, в Італії до первинних відносять також делеговане законодавство і регіональні законодавчі акти, у Франції – загальні принципи права, в Данії – міжнародні угоди тощо. До вторинних відносять судові рішення (прецеденти), наукові праці (доктрини) вчених-правників. Іноді до вторинних джерел відносять рішення іноземних судів, які були прийняті в подібних правових системах. Зокрема, це стосується діяльності конституційних судів – рішення конституційного суду певної країни, передусім, щодо прав людини, стають іноді зразком для конституційних судів інших держав.

Система загального права, безумовно, визначена основним джерелом права – правовим прецедентом, роль та розвиток якого в історичній перспективі були проаналізовані вище. Втім, сьогодні певного значення для ефективного правового регулювання набуває, безумовно, статутне законодавство (закон).

Хибно вважати, що сьогодні нормативно-правові акти (закони і підзаконні акти) відіграють в системі джерел англійського права незначну, другорядну роль. Сучасні нормативно-правові акти фактично займають таке ж місце, як і в континентальному праві, хоча первинно вони займали другорядне значення. Однак вони виконують свою функцію дещо інакше, ніж в країнах романо-германської правової сім'ї. Адже вже на стадії процесу підготовки проектів статутів враховуються судові рішення, а значущість конкретних норм статутів оцінюють саме судді під час винесення рішень у справі²⁰.

В англійському праві судовий прецедент і акт парламенту (статут) настільки тісно пов'язані між собою, що існування одного без іншого неможливе. У свою чергу місцеві звичаї, обов'язковість яких, незважаючи на існування протягом багатьох століть, залежить від системи прецедентів, можна вважати підлеглими прецедентному праву. Саме на основі вимог прецедентного права перевіряється «розумність звичаю». Визнання судом звичаю нерозумним тягне за собою його незастосування.

Примат актів, прийнятих парламентом, проявляється лише в тому, що норма прецеденту згодом може бути відмінена законом. Тоді як і закон, і прецедент в англійській системі джерел права вважаються первинними джерелами (Р. Крос)²¹.

Як бачимо, проаналізовані джерела права англосаксонської та романо-германської правових систем, що є «оболонкою», «вмістилищем» права як явища соціальної дійсності, виразно свідчать про відмінність джерельної бази національних правових систем. Втім, неможливо говорити сьогодні про більшу або меншу ефективність тієї чи іншої форми права (джерела права) саме в різних правових системах або правових сім'ях. Таке порівняння не було б коректним ні з наукової, доктринальної позиції, ні з практичної. Однак можна говорити про те, що процеси глобалізації та інтеграції сприяли і сприятимуть збільшенню питомої ваги, скажімо, статутного законодавства в англосаксонській правовій системі, й судової практики в романо-германській, що, безумовно, обґрунтовано з огляду на необхідність імплементації, адаптації, уніфікації національних законодавств. Без цих процесів не можна вести мову про ефективність правового регулювання в майбутньому.

Такий стан речей продиктований логікою правового розвитку і необхідністю підвищення ефективності правового регулювання в контексті інтеграційних процесів.

¹ Порівняльне правознавство: підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / В. Д. Ткаченко. – Х.: Право, 2003. – С. 126–132.

² Порівняльне правознавство: підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / В. Д. Ткаченко. – Х.: Право, 2003. – С. 141.

³ Романов А. К. Правовая система Англии: учеб. пособ. / А. К. Романов. – М.: Дело, 2000. – С. 128–129.

⁴ Луць Л. А. Прецедент правовий / Л. А. Луць, П. М. Рабінович, Г. Г. Шмельова // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 2003. – Т. 5: П-С. – С. 77–78.

⁵ Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / О. Ф. Скакун / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2006. – С. 558.

⁶ Федераліст: коментар до Конституції Сполучених Штатів / А. Гамільтон, Д. Медісон, Д. Джей / Пер. з англ. – К.: Сфера, 2002. – С. 72.

⁷ Малько А. В. Сравнительное правоведение / А. В. Малько, А. Ю. Саломатин. – М.: Норма, 2008. – С. 106–115.

⁸ Богдановская И. Ю. Закон в английском праве / И. Ю. Богдановская. – М.: Наука, 1987. – С. 120–121.

⁹ Романов А. К. Правовая система Англии: учеб. пособ. / А. К. Романов. – М.: Дело, 2000. – С. 82.

¹⁰ Kiralija K. R. The English Legal System / K. R. Kiralija. – L.: Sweet and Maxwell, 1990. – P. 1.

¹¹ Теория государства и права: учебник / Под. ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. – М.: НОРМА – ИНФРА М, 2000. – С. 557.

¹² Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози / Пер. с фр. В. А. Туманова. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 244.

¹³ Общая теория права: учебник / Под. общ. ред. А. С. Пиголкина. – М.: Изд-во МГЭУ им. Н. Э. Баумана, 1995. – С. 358.

¹⁴ Порівняльне правознавство (правові системи світу): монографія / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К.: Парламентське вид-во, 2008. – С. 178.

¹⁵ *Магазинер Я. М.* Избранные труды по общей теории права / Я. М. Магазинер / Отв. ред. А. К. Кравцов. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 81–82.

¹⁶ *Романов А. К.* Правовая система Англии: учеб. пособ. / А. К. Романов. – М.: Дело, 2000. – С. 96.

¹⁷ *Копейчиков В. В.* Доктрина права / В. Копейчиков // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 2003. – Т. 2: Д-Й. – С. 275.

¹⁸ *Черноков А. Э.* Введение в сравнительное правоведение: учеб. пособ. / А. Э. Черноков. – СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2004. – С. 62.

¹⁹ *Толкачева Н. С.* Звичаєве право: навч. посіб. / Н. С. Толкачева – 2-е вид., перероб. і доп. – К.: Видавничий центр «Київський університет», 2006. – С. 37–58.

²⁰ Порівняльне правознавство: навчальний посібник / О. О. Погрібний, І. М. Погрібний, О. В. Волошенко та ін. / За заг. ред. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АПрН України О. Н. Ярмаша. – Харків: Вид-во Харківського нац. ун-ту внутр. справ, 2006. – С. 46.

²¹ Там само. – С. 48.

Резюме

У публікації висвітлюються актуальні, з огляду на інтеграційні процеси, підходи до дослідження ефективності (дієвості) джерел права в англосаксонській правовій системі.

Ключові слова: джерело права, форма права, ефективність джерел права, правовий прецедент, делеговане законодавство, англосаксонська правова система.

Резюме

В публикации освещаются актуальные, учитывая интеграционные процессы, подходы к исследованию эффективности (действенности) источников права в англосаксонской правовой системе.

Ключевые слова: источник права, форма права, эффективность источников права, правовой прецедент, делегированное законодательство, англосаксонская правовая система.

Summary

The actual light up in a publication, taking into account integration processes, going near research of efficiency (effectiveness) of sources of right in the anglo-saxon legal system.

Key words: source of right, form of right, efficiency of sources of right, legal precedent, delegated legislation, anglo-saxon legal system.

Отримано 30.07.2012

А. В. КРАСНИЦЬКИЙ

*Андрій Володимирович Красницький, здобувач
Київського національного університету імені Тараса
Шевченка*

НАЦІОНАЛЬНА ТА РАДЯНСЬКА ДЕРЖАВНІСТЬ НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У РОКИ УКРАЇНСЬКОЇ РЕВОЛЮЦІЇ (1917–1921 рр.) В ІНТЕРПРЕТАЦІЯХ ПРАВОЗНАВЦІВ

Яскравою сторінкою національного державотворення є історія Західно-Української Народної Республіки (ЗУНР). За дев'ять з половиною десятиліть дослідження та осмислення державотворчих процесів на західноукраїнських землях нагромадився величезний пласт історичної, мемуарної та історико-правової літератури, присвяченої різним аспектам діяльності ЗУНР. Є всі підстави погодитися з думкою історика В. Великокого, одного з відомих дослідників ЗУНР, що цей масив літератури «за сукупністю емпірично-документальної бази і теоретико-методологічних розробок претендує на оформлення в українській історіографії окремого «зунрознавчого» напрямку»¹.

Якщо істориками вже здійснено вдалі, на наш погляд, спроби узагальнення та історіографічного осмислення державотворчих процесів революційної доби на західноукраїнських землях², то величезний масив різножанрової літератури, створеної правознавцями, такому всебічному аналізу ще не підлягав.

Щодо перших матеріалів, присвячених державотворчим процесам в ЗУНР, то це були офіційні публікації в пресі про її створення, а також збірники законодавчих актів молодій республіці³.

Одним із перших серед істориків права спробу стисло узагальнення державотворчих процесів на західноукраїнських землях здійснив М. Чубатий⁴. Вже сама структура брошури свідчить про намагання автора охарактеризувати ЗУНР як цілісний державний організм. З цією метою автор виокремлює шість