Курсова робота

З дисципліни: «Теорія держави й права»

на тему:

**«Романо–германська правова система»**

План

Вступ

1. Загальна характеристика поняття – правова система

1.1 Сутність правової системи та її відмінність від інших правових категорій

1.2 Класифікація правових систем

2. Характеристика романо-германської правової системи

2.1 Формування та основні етапи розвитку романо-германської правової сім’ї

2.2 Структура права в романо-германській правовій системі

2.3 Поняття норми права

3. Роль та особливість судового прецеденту в романо-германській правовій системі

Висновок

Список використаної літератури

Вступ

Романо-германська правова сім'я має тривалу історію. Вона пов'язана з правом Стародавнього Риму, але більш ніж тисячолітня еволюція значно віддалила не тільки матеріальні і процесуальні норми цього права, але і саму концепцію права і правової норми від того, що було визнане за часів Августа і Юстініана. Романо-германські правові системи як би продовжують римське право, вони результат його еволюції, але жодним чином не є його копією. Останнє тим більше вірно, що багато їх елементів мають інші джерела, ніж римське право. В даний час романо-германська правова сім'я розсіяна по всьому світу. Вона вийшла далеко за межі колишньої Римської імперії і розповсюдилася на всю Латинську Америку, значну частину Африки, країни Близького Сходу, Японію, Індонезію. Ця експансія пояснюється частково колонізацією, частково — тими можливостями, які дала для рецепції юридична техніка кодифікування, загальноприйнята романськими правовими системами в XIX столітті. Широке розповсюдження даної сім'ї і сама техніка кодифікування заважають побачити елементи єдності, що зв'язує ці різні правові системи, які на перший погляд носять суто національний характер і повністю відмінні одна від одної.

Романо-германська правова система є, мабуть, найбільш древньою і широко розповсюдженою у світі. Це пояснюється не лише її історичними коренями. Система відрізняється нормативною упорядкованістю й структурованістю джерел, стійкими демократичними правовими принципами, забезпеченням строгої юридичної техніки. Носіями і рушійною силою даної системи були найбільш могутні держави: два тисячоріччя тому Римська імперія, а потім зароджуються й розвиваються держави Європи -Франція, Німеччина й інші, їхній вплив на життя Європи й країн інших континентів, як у культурологічному змісті, так і у військово-політичному й економічному, був беззаперечним. Романо-германская система права набула характеру універсальної, зрозуміло, з тими особливостями й модифікаціями, яким вона піддавалася в різних регіонах світу.

1. Загальна характеристика поняття – правова система

1.1 Сутність правової системи та її відмінність від інших правових категорій

Під правовою системою розуміється сукупність внутрішньо узгоджених, взаємозв'язаних, соціально однорідних юридичних засобів (явищ), за допомогою яких публічна влада надає регулятивно-організуючу і стабілізуючу дію на загальні відносини, поведінку людей і їх об'єднань (закріплення, регулювання, дозвіл, зобов'язання, заборона, переконання і примус е, стимулюванні і обмеженні, превенції, санкціях, і т.д.).

Це комплексна, інтегруюча категорія, що відображає всю правову організацію суспільства, цілісну правову дійсність. По влучному виразу французького правознавця Ж. Карбоньє правова система — це «вмістище, осереддя різноманітних юридичних явищ». Він відзначає, що юридична соціологія вдається до поняття «правова система» для того, щоб охопити весь спектр явищ, що вивчаються нею. Якби вираз «правова система» був лише простим синонімом об'єктивного (або позитивного) права, то його значення було б сумнівним.

Сучасну правову дійсність стало важко відображати за допомогою старих, часом дуже вузьких конструкцій. Потрібні ширші побудови (комплекси), що дозволяють проводити відповідно і гнучкіші і адекватніші наукові операції, досягати вищих рівнів узагальнення, абстракції. Одна з таких категорій — правова система, що дає можливість аналізувати й оцінювати всю правову реальність в цілісному вигляді, а не окремі її компоненти. При цьому немає необхідності в заміні концепції правлячи концепцією правової системи. Просто концепція права повинна стати складовою частиною концепції правової системи як найбільш широкої і багатоаспектної.

Право — ядро і нормативна основа правової системи, те, що зв’язує і цементує ланку. Вони співвідносяться як частина і ціле. По характеру права в даному суспільстві легко можна судити про сутність правової системи цього суспільства, правову політику і правову ідеологію держави. Крім права як стрижньового елементу правова система включає безліч інших доданків: правотворчість, правосуддя, юридичну практику, нормативні, правозастосовчі і право тлумачні акти, правовідносини, суб'єктивні права і обов'язки, правові установи (суди, прокуратура, адвокатура), законність, відповідальність, механізми правового регулювання, правосвідомість і ін.

Вичерпний їх перелік дати скрутно, оскільки правова система — складне, багатошарове, різнорівневе, ієрархічне і динамічне утворення, в структурі якої є свої системи і підсистеми, вузли і блоки. Багато її складових виступає в вигляді зв'язків, відносин, станів, режимів, статусів, гарантій, принципів, правосуб'єктності і інших специфічних феноменів, створюючих обширну інфраструктуру або середовище функціонування правової системи. Якщо говорити про її блоки, то можна виділити такі, як нормативний, правотворчий, доктриналъний (науковий), статистичний, динамічний, блок прав і обов'язків і ін. Між ними існують багаточислені горизонтальні і вертикальні зв'язки і відносини. Все це відображає складний правовий устрій даного суспільства.

Категорія правової системи відносно нова в нашій літературі, вона увійшла до наукового вжитку лише в 80-і роки і раніше практично не використовувалася, хоча зарубіжні дослідники, особливо французькі і американські, вже давно і активно оперують цим поняттям. Сама ця конструкція майже не представлена в учбових програмах і курсах по теорії держави і права, іншим дисциплінам.[13;179 – 180]

Найбільш крупною роботою, присвяченою сучасним правовим системам, є книга відомого французького юриста Рене Давида.

Цінність поняття правової системи полягає в тому, що воно дає додаткові (і чималі) аналітичні можливості для комплексного аналізу правової сфери життя суспільства. Це новий, вищий рівень наукової абстракції, інший зріз з правовою дійсністю а, отже, інша площина її розгляду. Перевага названого підходу полягає в тому, що, будучи гранично широким, він покликаний відобразити в цілісному вигляді загальну панораму правового простору — той складний юридичний світ, в якому постійно знаходяться, обертаються учасники соціального спілкування.

Це дозволяє повніше виявити найбільш істотні кореляційні, субординаційні та інші зв'язки і відносини між цілим і його частинами, а також останніх між собою, точніше визначити місце і роль кожної ланки системи в загальній роботі всього правового механізму, що знаходиться у розпорядженні держави. Тому інтеграційний підхід до правової системи — єдино можливий.

Вхідні в правову систему компоненти неоднакові за своїм значенням, юридичній природі, питомій вазі, самостійності, ступеню дії на суспільні відносини, але в той же час вони підпорядковані деяким загальним закономірностям, характеризуються єдністю.

Перед нами не випадковий конгломерат різнорідних і не пов'язаних один з одним елементів, а складна, динамічна, багаторівнева державно-правова освіта. Природно, що і функціонування такої системи — складний процес. Тому сучасна теорія права повинна піднятися на такий рівень узагальнення, щоб можна було більш глибоко і всесторонньо аналізувати і оцінювати виниклу сьогодні нову правову реальність як цілісний феномен, як систему.

По-перше, окремі компоненти юридичного середовища вже досить добре вивчені (право, правовідносини, правосвідомість, законність, правопорядок, суб'єктивні права, нормативні акти і т.д.). Прийшов час синтезувати все це в одному понятті — правова система суспільства, щоб дістати можливість краще відобразити і представити загальну картину, з урахуванням тих, що постійно відбуваються у вказаній системі складних інтеграційних і дезинтеграционных процесів. По-друге, виникли нові завдання, в рішенні яких повинні бути задіяні всі правові важелі в їх узгодженому, а не роз'єднаному вигляді. Тільки комплексна, сукупна їх дія на суспільні відносини може дати бажаний соціальний ефект, привести до досягнення поставленої мети.

По-третє, дане поняття дає можливість творчо застосувати системно-структурний підхід до дослідження правової дійсності, а також використовувати порівняльний метод. Системне ж бачення будь-якого явища — застава його адекватного і глибокого осмислення.

Все це дозволяє зіставити правову систему з іншими такими ж широкими системами — економічної, політичної, моральної, виявити їх специфіку, можливості, форми взаємодії як однопорядкових по своєму рівню явищ.

Поняття правової системи і правової надбудови дуже близькі, але не ідентичні, не взаємозамінні. Правова система гнучкіше і повно відображає структуру правової матерії, всі її найдрібніші зв'язки, «капіляри», тоді як правова надбудова традиційно розуміється як єдність трьох компонентів: поглядів, відносин, установ.

Правова система і правова надбудова розрізняються за своїм змістом, елементним складом, гносеологічним функціям, соціальним призначенням, роллю в суспільному житті, характером детермінації матеріальними і іншими чинниками, генезису. Правова система — більш дробова і більш диференційована категорія; вона многоэлементна, поліструктурна, ієрархічна.

Якби вказані поняття співпадали, то сама ідея правової системи не виникла б. Але суть якраз в тому, що однієї категорії надбудови виявилося недостатньо, щоб можна було адекватно відобразити правове життя, що ускладнилося. Для складнішого об'єкту знадобилася і складніша, комплексна категорія, вона була виявлена перш за все потребами практики. Наука одержала в своє розпорядження ефективний інструмент системно-структурного аналізу. Предмет віддзеркалення один, але відображається він вказаними поняттями неоднаково (по ракурсу бачення, глибині, об'єму, цілям і т.д.).[13;182]

Категорія надбудови «розкриває місцеположення правових явищ перш за все відносно економічного базису; поняття ж правової системи служить головним чином для виразу внутрішніх зв'язків, їх організації, структури». Іншими словами, якщо правова надбудова як філософська категорія показує, що первинно і що повторно, підкреслює детермінованість юридичних фактів матеріальними чинниками, то правова система фіксує правову реальність в іншій площині — з боку її внутрішньої до зовнішньої організації, структурних елементів, динамічного стану, механізму дії, ефективності. Вона включає весь юридичний інструментарій, що знаходиться у розпорядженні держави, відображає сферу, що охоплює все правове в суспільстві.

Правова система за своїм змістом ширше, багатше, складніше. Це те, що можна назвати юридичною формою даного способу виробництва, даного суспільного устрою.

Поняття правової надбудови і правової системи охоплюють в принципі однакові рамки правової реальності, проте вони не можуть замінити один одного, бо характеризують, по-перше, різні аспекти одного і того ж моменту реальності, а по-друге, різні і рівень проникнення в неї. Надбудова відображає найзагальніший рівень правової системи, тому тут увага концентрується на найбільш узагальнених проявах правової дійсності -правових ідеях (правосвідомість), правовій діяльності (правовідносини), правових інститутах (правові норми).

Право, як вже підкреслювалося, — епіцентр правової системи. Юридичні норми, будучи обов'язковими еталонами суспільно необхідної поведінки, спираючись на можливість державного примусу, виступають інтегруючим і цементуючим початком. Це свого роду каркас, що несе конструкції правової системи, без яких вона могла б перетворитися на простий конгломерат елементів, не зв'язаних між собою єдиним нормативно-вольовим початком. Узгодженість і координація між ними виявилися б значною мірою ослабленими.

Особливо це стосується конституційних норм, що грають в правовій системі опорну пріоритетну роль. Сама Конституція вінчає собою все законодавство, виступає правотвірним ядром, встановлює види юридичних актів, їх співвідношення, субординацію, способи дозволу колізій між ними, служить головним орієнтиром в справі організації правового регулювання в країні.[8;156]

Норми права разом з породжуваними ними правовідносинами — це необхідні кріплення, зв'язки правової системи. Але право — теж система, і притому найбільш стійка і дисциплінуюча, що містить в собі чіткі оціночні критерії. Це — базова система і системі. Будучи первинними клітинками правової системи, юридичні норми і складають її першооснову, додають їй життєві сили. Саме через ці норми досягаються перш за все основні цілі правового регулювання.

Право домінує в правовій системі, грає в ній роль консолідуючого чинника, «центру тяжіння». Всі інші її елементи є фактично похідними від права. І всякі зміни в ньому неминуче породжують зміни у всій правовій системі або принаймні в багатьох її частинах.

1.2 Класифікація правових систем

Множинний, неоднорідний характер національних правових систем викликав численні спроби розбити їх на групи, здійснити їх класифікацію за класами, типами, виходячи з тих чи інших критеріїв. Слід, проте, констатувати, що визначення кількості сімей, груп, класів, типів, правових систем і належна їх класифікація завжди були і є дискусійними питаннями.

Під правовою системою в «широкому» розумінні (правовою сім'єю) мають на увазі більш-менш велику сукупність, класифікацію типів національних правових систем, близьких за конструктивними, техніко-юридичними та іншими особливостями.

У різний час як критерії класифікації висувалися такі:

різна роль правових джерел у правових системах, у зв'язку з чим розрізнялися: континентально-європейське, англо-американське та ісламське право (Леві-Ульман);

національний критерій з виокремленням сімей: індоєвропейських, семітських, монгольських, права нецивілізованих народів (Созе-Алль);

ідеологічний і техніко-юридичний критерій з виокремленням трьох правових сімей: романо-германського, загального права і соціалістичної, а також «інших систем», мало пов'язаних між собою, — ісламського, іудейського права, права країн Азії і Мадагаскару (Рене Давід);

змістовий критерій, що залежить від ступеня «спорідненої близькості» при відмові від використання зовнішніх критеріїв — географічних, національних та інших, при цьому класифікація включала: французьку, германську, скандинавську, англійську, російську, ісламську, індійську правові системи (А. Армінджон, Б. НольДе, М. Вольф);

історичне походження і розвиток правової системи, панівна доктрина юридичної думки і її специфіка, своєрідність правових інститутів, правові джерела і способи їх тлумачення, ідеологічні фактори, у зв'язку з чим усі національні правові системи згруповані у вісім правових сімей: романську, германську, скандинавську, загального права, соціалістичного права, права країн Далекого Сходу, ісламського права, індуського права (К. Цвайгерт, X. Кетц) та багато інших.

Найбільш аргументованими, на наш погляд, є класифікації, що ґрунтуються на системі критеріїв. Це дозволяє уникнути одномірності, однобічності при вивченні змісту правових систем. Зокрема, в основу класифікації можуть бути покладені такі критерії:, — а) історична ознака — спільність походження;

б) географічні ознаки;

в) своєрідність нормативної основи, ієрархія джерел права;

г)техніко-юридичні особливості, засоби правотворення, своєрідність юридичних понять або окремих правових інститутів;

ґ) роль судових органів у правотворенні;

д) особливості механізму реалізації і застосування юридичних норм; є) особливості юридичної ідеології сил, які є при владі, і морально-етичні уявлення в суспільстві.

Розрізняють такі основні структурні сукупності правових систем: романо-германське право (його називають ще континентальним), до якого також належить скандинавське, латиноамериканське право і право Японії; англо-американське право, або система «загального права»; соціалістичне право; релігійно-традиційні правові системи, включаючи мусульманське право, індуське, іудейське, канонічне, далекосхідне, традиційне право країн Азії та Африки. В окремих державах спостерігається переплетіння, множинність двох або більше правових систем. Ці правові системи інколи називають «гібридними», оскільки їх важко віднести до якоїсь правової сім'ї, — це стосується правових систем Філіппін, Ізраїлю, Японії, Камеруна, Греції, Сомалі, Південно-Африканської Республіки, штату Луїзіана в США, провінції Квебек у Канаді, Шотландії та ін. Наприклад, правова система даної країни може мати певні особливості, завдяки яким їх відносять до конкретної правової сім'ї, але водночас вона може мати такі особливості, які не дозволяють цього зробити. Таке згладжування розбіжностей характерне для права в країнах Африки та Ближнього Сходу, де одні частини правової системи були наближені до західних ідеалів (у кримінальному праві, у торговельному праві та процесі), а інші (правовий статус особи, сімейне право та земельне право) продовжували існувати відповідно до традиційних принципів даного регіону. Такий феномен типовий не тільки для цих країн. Глибокі розбіжності можуть бути виявлені і поміж правовими системами, що, як узвичаєно вважати, належать до однієї правової системи. Американська система права, без сумніву, належить до сім'ї загального права, хоч численні відмінності відмежовують її від англійського права, головним чином через те, що Англія — унітарна держава, а США — федерація.[5;211 - 213]

2. Характеристика романо-германської правової системи

2.1 Формування та основні етапи розвитку романо-германської правової сім’ї

Романо-германське право (національні правові системи Франції, ФРН, Італії, Іспанії і ін.) — сім'я правових систем, що характеризується таким високим рівнем нормативних узагальнень, який досягається за допомогою кодифікуючих актів законодавчих або інших правотворчих органів і виражений в абстрактно сформульованих нормах, у формуванні логічно завершеної структурно замкнутої («закритої») нормативної системи. Відповідно до цього правові системи даної групи мають зовнішність нормативно-законодавчих і в масовій правосвідомості сприймаються як такі, де право виступає переважно у вигляді «закону».

Джерело виникнення національних правових систем даної сім'ї слід шукати перш за все в економічних, соціально-політичних умовах розвитку суспільного життя.

У континентальній Європі подолання феодальної роздробленості, створення централізованих держав, політичне затвердження соціально-економічного єдиного товарно-ринкового господарства, режиму демократії здійснювалося переважно через центральні органи державної влади, які взяли на озброєння такі ефективні засоби соціального регулювання, як закони, кодекси, абстрактні норми, що містяться в них (нормативні узагальнення високого рівня).

Відзначаючи це вирішальне джерело, необхідно вказати на те, що до XVIІ-XVІІI ст., тобто до часу, коли реально в соціальному житті виявилася потреба в нормативно-регулятивному інструменті, який міг би бути використаний для вирішення вказаних вище завдань, у державних органів «під рукою» опинилися такі матеріали правової культури, які і зумовили особливості правових систем континентальної Європи.[2;196 – 197]

Йдеться про правову культуру, засновану на юридичній системі Стародавнього Риму, що дав класичне, не перевершене по витонченій розробці перше всесвітнє право суспільства товаровиробників. Проте всупереч досить поширеній думці, романо-германське право не спиралося безпосередньо на норми римського приватного права — права характеру, казуїста, лише в якійсь мірі систематизованого (да і то після свого розквіту) в компіляціях Зведення законів Юстініана і, мабуть, за те, що більше тяжіє до загального прецедентного права. Згадані досягнення правової культури є, швидше, елементом духовного життя епохи Відродження, створеним в західноєвропейських університетах тлумачами положень римського приватного права — глосаторами і особливо постглосаторами; їх історична, недостатньо оцінена ще заслуга полягала в тому, що вони на новому рівні духовного, інтелектуального життя епохи Відродження відпрацювали логічні принципи, конструкції, узагальнені юридичні формули, закладені в римському приватному праві. Ці логічні принципи, конструкції і узагальнені формули, а також термінологія римського права і можуть бути охарактеризовані як матеріали правової культури, яка була сприйнята законодавством континентальної Європи, а потім через найбільш довершені досягнення його (Кодекс Наполеона, німецьке Цивільне укладення і ін.) розповсюдилася но багато країн світу. Романо-германська правова система сформувалася в континентальній Європі; тут і зараз її головний центр, не дивлячись на те, що унаслідок експансії і рецепції численні неєвропейські країни приєдналися до цієї системи або запозичили у неї окремі елементи.

Датою, коли з наукової точки зору з'явилася система романо-германського права, вважається XIII ст.. Донині, поза всяким сумнівом, існували елементи, за допомогою яких створювалася система; але тоді було ще рано говорити про систему і, можливо, навіть про право. Тому першим періодом можна вважати період, передуючий XIII століттю, коли збиралися матеріали, але ще були відсутні спроби синтезувати їх і коли не було навіть якої-небудь системи. Другий період почався з відродження вивчення римського права в університетах — з цієї істотної події. Протягом п'яти століть в системі панувала доктрина, під визначальним впливом якої еволюціонувала і правова практика в різних державах. Доктрина підготувала разом з школою природного права настання наступного періоду, в якому ми знаходимося і в даний час, - періоду, де переважає законодавство.[4;50 – 51]

2.2 Структура права в романо-германській правовій системі

Публічне право і приватне право. У всіх країнах романо-германської правової сім'ї юридична наука об'єднує правові норми в одні і ті ж великі групи. Всюди ми зустрічаємося з одним і тим же фундаментальним діленням права на публічне і приватне, яке засноване на ідеї, очевидній для всіх юристів цієї сім'ї, а саме: відносини між правлячими і керованими висувають свої, властиві їм проблеми і вимагають іншої регламентації, ніж відносини між приватними особами. Загальний інтерес і приватні інтереси не можуть бути зважені на одних і тих же вагах.

Додамо до цього, що пошану до права куди легше вселити приватним особам (держава може грати тут роль арбітра), чим державі — носію влади.

Протягом довгого часу ділення «публічне право — приватне право» розглядали в рамках учення, що рахувало право «природним порядком», незалежним від держави і вищим по відношенню до нього. Фактично при цьому всю увагу юристів було сконцентровано на приватному праві; заняття публічним правом здавалося безплідним і одночасно небезпечним. У Римі не було ні конституційного, ні адміністративного права, і кримінальне право зобов'язане своїм розвитком тому, що регламентувало здебільшого відносини між приватними особами (злочинець і жертва або його сім'я) і, отже, не лежало повністю у сфері «публічного права».

Деякі автори, що працюють на стику права, політичної науки і науки управління, давно вже робили спроби вивчення норм публічного права. Проте оскільки йшлося про матерії, тісно пов'язані з різними політичними режимами і національними управлінськими структурами, ці спроби не мали серйозного практичного значення. Не складало великих труднощів описати і навіть піддати критиці діючі інститути і дати правителям відповідні рекомендації. Але такого роду робота вже по самій логіці речей істотно відрізнялася від того, що зробили університети у області приватного права.

Нові перспективи для розвитку публічного права відкрилися тоді, коли в багатьох країнах стала основоположною доктрина, що затверджувала примат розуму і існування природних прав людини, що спричинило створення в цих країнах демократичного режиму. Тоді виявилася необхідність реалізувати на практиці те, що досі було лише ідеалом: держава, не керована більше монархом, помазаником божим, повинна була одержати розумну організацію і при цьому особливо важливо було дієвим чином захистити природні права громадян від зловживань влади. Ще більш насущною стала ця потреба в XX столітті, коли «поліцейська держава» минулого поступилася місцем «державі благоденствування», прагнучій створити нове суспільство і що опинилося перед лицем все зростаючого числа завдань.

Гостро встала проблема, яким чином утримати в рамках і проконтролювати цю багатогранну діяльність, яка за логікою речей вимагає необмеженої влади. Органи управління керують соціальним і економічним розвитком країни, встановлюють обмеження права власності, регламентують професійну діяльність, видають дозволи і ліцензії, дарують пільги. Як погоджувати все це з принципами свободи і рівність, гарантії якої не менш важливі? І як, не гальмуючи діяльність цих органів, зобов'язати їх враховувати приватні інтереси, що захищаються конституцією?

Як ми бачимо, виникають нові проблеми, і ми задаємося питанням, а чи не відносяться вони не стільки до права, скільки до недавно виниклої науки управління. Ці нові проблеми нашаровуються на старі, які в свою чергу набувають нового звучання. Як зробити так, щоб суди, що встановлюються державою і, що виносять ухвали від його імені, залишалися достатньо незалежними від політичної влади? Як примусити державну адміністрацію підкорятися судовій юрисдикції і виконувати ухвали, що виносяться нею? Щоб публічне право діяло, потрібен високий рівень цивільної свідомості. Реалізація цього права досяжна, лише якщо громадська думка вимагає від правителів і адміністраторів підпорядкування дисципліні і контролю; вона припускає, що правителі бачать в керованих громадян, а не підданих. Досвід показує, що найбільші труднощі можуть виникати тоді, коли адміністрацію спонукають вжити заходи елементарної справедливості або відмовитися від явно безрозсудного проекту.[4;86 – 88]

Всі вказані умови забезпечити було важко; цього досягли в деяких країнах досить пізно і вельми недостатньо.

Це можна продемонструвати на прикладі Франції, країною, що поза сумнівом є, де адміністративне право досягло найбільш високого ступеня розвитку. Те, що створене Державною радою Франції, з цієї точки зору гідно захоплення: даній моделі слідують багато держав, і навіть англійські юристи віддають їй належне. Проте скільки недоліків і слабких місць можна знайти в цьому хваленому адміністративному праві. Прагнення не втручатися в сферу загальних судів привело Державну раду до відмови від контролю за судовою поліцією. З іншого боку, поліцейським властям надані щонайширші повноваження по затриманню осіб, підозрюваних в діяльності, характер якої визначений вельми туманно. На відміну від санкцій, що накладаються адміністрацією, багато пільг, що надаються нею, не підлягають судовому контролю.

Адміністративне право, як і кримінальне право, кінець кінцем в значній мірі застосовується або не застосовується по розсуду адміністрації. Додамо до цього, що адміністративні суди у Франції не рахують себе правомочними давати які-небудь накази адміністрації; вони обмежуються анулюванням незаконних актів і визнанням за приватними особами права на відшкодування збитку. Тривалість адміністративного процесу і трудність виконання рішень також ослабляють ефективність адміністративного права.

Публічне право, як і приватне право, у всіх країнах романо-германської системи розпадається на одні і ті ж основні галузі: конституційне право, адміністративне право, міжнародне публічне право, кримінальне право, процесуальне право, цивільне право і торгове право, трудове право і т.д. Той же збіг спостерігається і на нижчому рівні — правових інститутів і понять, у зв'язку з чим, як правило, немає ніяких труднощів при перекладі юридичних термінів з французької мови на німецьку, іспанську, італійську, голландську, грецьку або португальську.

Ця схожість забезпечує тим, хто знає одну з цих правових систем, можливість розуміння інших правових систем. Основні норми цих систем можуть мати відмінності, але ми завжди відразу розуміємо, про що йде мова, який обговорюється або ставиться питання, його місце, його природу і т. д.,- для цього нам не треба ніяких пояснень, не треба пристосовуватися до іншої форми мислення.

Пояснення подібної спільності вже було дано. Вона грунтується на тому, що правова наука у всій континентальній Європі протягом століть мала одну і ту ж базу для навчання праву: римське і канонічне право. Методи застосування цієї науки на практиці могли бути різними в різні часи і в різних країнах. Проте термінологія завжди була однаковою і виражала одні і ті ж поняття.

Пояснення, яке ми дали, викликає проте одне питання. Якщо вірно, що схожість між правовими системами романо-германської правової сім'ї пояснюється тим, що історично одна і та ж правова наука процвітала в університетах, чи не виходить з цього, що схожість існує лише в дисциплінах, які викладалися? Іншими словами, чи не існує єдина романо-німецька правова сім'я тільки у сфері приватного права, тобто цивільного права, яке розвинулося на базі римського права? Чи можемо ми говорити про ту ж романо-німецьку правову сім'ю, якщо йдеться про публічне право, кримінальне право або процес? Розглянемо послідовно приватне і публічне право.

В якій мірі приватне право різних країн, що входять в романо-германську правову сім'ю, має однакову структуру?

Навіть серед інститутів, що регламентуються цивільними кодексами, не всі мають римське походження. Французький Цивільний кодекс, наприклад, запозичив регламентацію одних інститутів в канонічному праві (шлюб, усиновлення), інших — в звичайному праві (режими шлюбного майна). Цей кодекс також значно відновив регламентацію таких інститутів, як право власності, спадкоємство. З іншого боку, цей кодекс значно відновив регламентацію таких інститутів, як право власності, спадкоємство, закріпивши ідеї революції. Що ж в кінцевому рахунку залишилося в цій праці від правової науки, створеної в університетах? На перший погляд може здатися, що дуже мало.[7;35]

Поза сумнівом, що кожне національне право представляє навіть в тому, що стосується цивільного права, відому оригінальність, що виявляється в наявності тільки йому властивих інститутів. Проте між різними правовими системами існує певна схожість. Це стає очевидним перш за все при вивченні відносин, врегульованих на основі римського права. Схожість, проте, не обмежується цим. У відносинах, регламентація яких грунтується на канонічному праві, також існує велика спільність, в усякому разі коли йдеться про правові системи християнських країн. З іншого боку, в регламентації відносин на основі звичайного права є деякі відмінності. Кодекси можуть сприйняти в тому або іншому питанні національні і регіональні звичаї, і тоді вони, звичайно, міститимуть певні особливості, хоча самі національні і регіональні звичаї зводяться у результаті до декількох типів, досить обмежених по кількості. Але кодекси можуть бути складені і на основі звичайного права, яке до кодифікування було інтернаціональним; тоді і тут спостерігатиметься схожість між різними правовими системами. Викладене має велике практичне значення, оскільки стосується всього торгового права, у тому числі і морського. (Торгові звичаї, що сформувалися в середні віки, були штучно прив'язані до римського права в результаті творчості постглосаторів. Прийняті всією Європою, де вони виникли, ці звичаї були потім реципійовані разом з цивільним правом в країнах Сходу і Далекого Сходу, що побажали приєднатися до романо-германської правової сім'ї, і склали разом з власне цивільним зобов'язальним правом єдиний комплекс, який надає велике значення цій системі, забезпечуючи єдність структури у всьому, що стосується обороту.

Зобов'язальне право - це один з основоположних розділів будь-якої правової системи, що входить в романо-германську сім'ю. Юристи цієї сім'ї не можуть уявити собі, що поняття зобов'язального права невідомо іншим системам, зокрема з сім'ї загального права. Їх подив ще більш зростає, коли вони дізнаються, що навіть саме поняття і термін «зобов'язання», такі елементарні для них, невідомі цією сім'єю не мають аналога в англійській юридичній мові.:

Зобов'язання в романо-германській системі — це обов'язок особи (боржника) дати щось іншій особі (кредитору), зробити або не зробити щось на користь останнього. Зобов'язання може виникнути безпосередньо із закону (таке, наприклад, зобов'язання аліментування за сімейним правом), з договору і навіть в деяких випадках з односторонніх дій особи. Зобов'язання виникають також з делікту і квазіделікту, коли особа повинна відшкодувати збиток, заподіяний їм або об'єктами, за які він відповідає. Нарешті, згадаємо необгрунтоване збагачення, що також породжує обов'язок повернути необгрунтовано одержане.[4;91 – 92]

Спираючись на римське право, доктрина в країнах романо-германської сім'ї створила зобов'язальне право, яке вважається центральним розділом цивільного права, головним об'єктом юридичної науки. Із зобов'язального права дізнаються, як виникає зобов'язання, який правовий режим і наслідки невиконання, як воно змінюється і припиняється. Завдяки своїй великій практичній значущості зобов'язальне право — об'єкт постійної уваги юристів. Звідси його високий юридично-технічний рівень. Як чинник, що визначає єдність правових систем романо-германської сім'ї, зобов'язальне право грає роль, подібну трасту в країнах загального права і праву власності в соціалістичних країнах.

Чи виявимо ми єдність романо-германської сім'ї, якщо, покинувши сферу приватного права, звернемося до тих понять, які використовуються в процесуальному, кримінальному, трудовому або публічному праві? Відповідь на це питання викликає особливий інтерес, враховуючи практичне значення вказаних галузей права в сучасному світі.

Хоча ці дисципліни не викладалися свого часу в університетах і нові принципи більшості з них були розроблені в XIX і XX століттях, тут також є велика схожість між різними правовими системами романо-германської правової сім'ї, що пояснюється двома моментами.

Перший з них, неюридичний, - це спільність політичної і філософської думки різних країн. Юридична наука часто лише додає юридичний аспект ідеям і тенденціям, що склалися спочатку в інших сферах науки. Так, на розвиток публічного права на всьому Європейському континенті досить значний вплив зробили Монтеськье і Руссо. У області кримінального права Беккаріа заклав основи сучасного кримінального права, теорії, направлені на індивідуалізацію покарання або відвідні певну роль перевихованню злочинця, завоювали весь західний світ.

Однаковий метод формування юристів є другим чинником, що пояснює існування романо-германської правової сім'ї. Щоб утілити в праві нові політичні і філософські ідеї і створити нові галузі права, у всіх країнах вдавалися до допомоги юристів, які здобули освіту на основі вивчення цивільного права. При новій регламентації, абсолютно природно, взяли за зразок або щонайменше відправної крапки цивільне право; воно зіграло в правопорядку роль свого роду моделі, яка використовувалася при створенні і розвитку інших галузей права (адміністративного права, трудового права). При формуванні цих дисциплін набагато сильніше, ніж в цивільному праві, що вже досягло певного ступеня досконалості, відчувалася необхідність враховувати досвід інших країн. Конституційне право показує, як юридична наука в цій новій сфері придбала інтернаціональні риси. Що ж до адміністративного права, те це творіння Державної ради висунуло Францію як головну країну ліберальної демократії серед держав Європейського континенту, хоча методи розгляду адміністративних суперечок неоднакові в різних країнах. Цікаво відзначити, що першою роботою по адміністративному праву, написаною в Німеччині, був курс французького адміністративного права; і лише після нього і на його основі Отто Майєр визнав можливим підготувати курс німецького адміністративного права. Франція більше, ніж інші країни, сприяла ідеї про те, що адміністративне право повинне бути самостійним по відношенню до приватного.

Відмінність між країнами романо-германської сім'ї відображає лише різні рівні розвитку адміністративного права, але воно позбавлене принципового значення. Наявні відмінності представляють інтерес для порівняння європейських правових систем, але не є перешкодою для нього.

Так само як в традиційних областях цивільного або торгового права, немає єдності і в структурі різних правових систем, що відносяться до публічного права. Проте, не дивлячись на повне оновлення, яке зазнали за останні сто років публічне і кримінальне право, і не дивлячись на те, що йдеться про галузі права, де відсутні які-небудь традиції римського права, схожість між європейськими і неєвропейськими правовими системами, що входять в романо-германську правову сім'ю, тут не менше, ніж в традиційних областях.

Структурна схожість правових систем, що становлять романо-германську правову сім'ю, не є повною. У правовій системі однієї країни можуть існувати категорії або поняття, невідомі іншій, про що свідчать численні приклади. Іспанія, наприклад, не повністю уніфікувала своє цивільне право. Норми іспанського Цивільного кодексу 1889 роки, якщо вважати, що вони утворюють якесь загальне право (derecho comun), допускають наявність в різних районах Іспанії регіонального права (derecho foral). Ці два поняття незрозумілі юристам інших країн, де такого ділення не існує. У ФРН, Мексиці або Швейцарії федеральному праву протистоїть право земель, штатів або кантональне право. У ФРН є особлива форма втрати права — Verwir-kung, в Аргентині — форма товариства (Sociedad de abilitacion), в Швейцарії — земельного обкладення (charge fonciere), в Мексиці— вид земельного володіння під назвою ejido, в Швеції і інших Скандінавських країнах існує омбудсман — спеціальний інститут контролю за адміністрацією. Всі ці інститути порівняно доступні для розуміння юристів, знайомих з однією з систем романо-германської правової сім'ї, оскільки вони відразу бачать, яким цілям служить новий для них інститут і яке місце займає він в праві дайной країни. Проте це порушує єдність правової системи, і одним із завдань тих, хто прагне до збереження цієї єдності, є вивчення питання, чи варто запозичувати це нове поняття чи ж це поняття корисно лише в особливих умовах країни, де воно виникло. Правова наука, на щастя, не відхилилася від вказаного завдання: з часу національних кодифікувань і всупереч їм продовжується певний паралелізм в розвитку правових систем, що входять в романо-германську правову сім'ю.

У випадках появи нового поняття ситуація простіша, чим тоді, коли ми стикаємося з деформацією загальновідомого інституту. Небезпека в тому, що схожість найменувань, що збереглася, приховає відмінність за змістом. Не так-то просто відмітити, що поняття «рухомість» і «нерухомість», «сумлінність», «неможливість виконання», «необгрунтоване збагачення» можуть виявитися несхожими в змістовному плані. Ми обмежимося тут тим, що звернемо увагу на цю небезпеку, загрозливу єдності структури правових систем романо-германської сім'ї.

У сфері приватного права два явища привернули особливу увагу компаратистів. По-перше, особливість Німецького цивільного укладення, яке містило нову «Загальну частину». По-друге, злиття цивільного і торгового права в єдиному кодексі, здійснене в Італії в 1942 році.

Німецьке цивільне укладення, опубліковане в 1896 році, має на відміну від попередніх кодексів «Загальну частину», в якій зосереджені значущі для різних розділів цивільного права розпорядження. Такі норми про правоздатність, юридичні акти, обчислення термінів давності. Загальна частина — це наслідок догматичного викладання права в німецьких університетах прихильниками пандектної школи, які в своєму прагнені до систематизації грунтовно відновили jus commune, що застосовувалося в Німеччині в XIX столітті.

Чи не був ступінь цієї систематизації надмірна? Таке питання ставили юристи всіх країн, у тому числі і німецькі. Після публікації нового кодексу деякі країни виявилися прихильними до введеного їм нововведення і сприйняли «Загальну частину». Ми бачимо її в багатьох кодексах, прийнятих після 1900 року (Бразилія,Греція, кодекси Радянських соціалістичних республік, Польщі, Чехословакії). Інші країни відмовилися слідувати німецькій моделі, і «Загальної частини» немає в кодексах Швейцарії, Мексики, Італії, Угорщини. Автори Цивільного кодексу Голландії зайняли проміжну позицію: «Загальна частина» (книга III) кодексу стосується там лише майнових прав.[4;93]

Наявність «Загальної частини» внесла деякий розкол в юридичну науку романо-германської сім'ї. Але причиною його є не стільки систематизація як така, скільки тенденція до абстрактності, що виразилася в «Загальній частині». Лінія розколу, яка розділила німецькі і романські правові системи, швидше відображає існуючі в кожній країні відмінності між тими, хто прагне до систематизації і абстрактності, і тими, хто віддає перевагу більш емпіричному підходу. У Франції є прихильники «Загальної частини», а в Німеччині — її супротивники. Цивільне право і торгове право. Уніфікація цивільного і торгового права, проведена або намічана у ряді країн, на нашу думку, має обмежене значення. Цивільне право у всіх економічно розвинених державах до такого ступеня злилося з торговим, що майже немає випадків, коли б торгові зобов'язання регламентувалися інакше, ніж цивільні зобов'язання. З іншого боку, національні кодифікування привели до втрати торговим правом його міжнародного характеру, що раніше глибоко відрізняв його від цивільного права. Питання про те, чи доцільно регламентувати в спеціальному кодексі деякі проблеми (торгові папери, компанії, промислову власність, банкрутство), які більше цікавлять комерсантів і саму торгівлю, не здається нам сьогодні важливою проблемою юридичної науки.

У 1865 році провінція Квебек регламентувала в своєму Цивільному кодексі ряд питань торгового права і відмовилася від видання Торгового кодексу. У Швейцарії в 1881 році з причин конституційного порядку був виданий не Цивільний, а Зобов'язальний кодекс, але в нього були включені зобов'язання і по цивільному і по торговому праву. Зобов'язальний кодекс зберіг свою силу і після того, як в 1907 році з'явився Цивільний кодекс, покликаний регламентувати на федеральному рівні все інші сфери цивільного права. У Нідерландах до єдності цивільного і торгового права пришли в 1934 році, встановивши, що норми торгового кодексу застосовуються до всіх — торговцям і неторговцам — і до всіх операцій. Італія в 1942 році з'єднала цивільне і торгове право в єдиному Цивільному кодексі.

Чи означає все це, що дуалізм цивільного і торгового кодексу приречений? У, Швейцарії, Італії, Нідерландах цивільне і торгове право як і раніше викладаються в університетах як самостійні дисципліни, і викладають їх юристи, що мають відповідно різну спеціалізацію.

Поза сумнівом, істотнішим, ніж законодавча уніфікація цивільного і торгового права, сьогодні є перетворення торгового права в «господарське право», в якому переважають установки політичного і соціального плану і найтіснішим чином переплетені право приватне і право публічне. Праці по торговому праву дають урізане уявлення про свій предмет, бо вони не виходять за традиційні рамки торгового права і залишають без уваги цілий ряд істотних для цієї сфери діяльності заходів, як: податковий режим, регламентація зовнішньої торгівлі, порядок і умови надання кредитів і т.д.[4;96]

2.3 Поняття норми права

Схожість або відмінності структури слід, проте, розглядати ще і з іншої точки зору: як розуміється сама правова норма, її значення, природа і характер. Цей аспект виявляє один з найважливіших елементів єдності романо-германської правової сім'ї, при всієї її географічної протяжності.

У всіх країнах романо-германської правової сім'ї правову норму розуміють, оцінюють і аналізують однаково. У цій сім'ї, де наука традиційно займається впорядкуванням і систематизацією рішень, що виносяться у конкретних справах, правова норма перестала виступати лише як засіб рішення конкретного випадку. Завдяки зусиллям науки норма права піднята на вищий рівень; її розуміють як правило поведінки, що володіє загальністю і що має серйозніше значення, ніж тільки її застосування суддями в конкретній справі. Стало модним відоме презирство до протилежної концепції, яка ставить правову норму на рівень конкретних казусів: казуїстику оголошують ненауковим методом. Збірки судової практики і форми позовів можуть, звичайно, бути корисним робочим інструментом для практиків, вони також необхідні юристам як початковий матеріал для їх роботи, але ці компіляції не мають того престижу, яким оточена правова наука. Завдання юристів полягає в тому, щоб витягнути з цієї безладної маси норми, а потім і принципи, звільнити рішення питання від випадковості і дати практикам спосіб для вирішення конкретних справ.

Така позиція, яка переважає в країнах, що відносяться до романо-германської сім'ї. Разом з тим вхідні в неї правові системи не є продуктом творчості, де життєві реалії принесені в жертву чисто логічної конструкції.

У певні періоди в деяких країнах деякі теоретики піддавалися спокусі такого роду; відгомони їх впливу і сьогодні відчуваються у викладанні права, але в практичній діяльності їх майже немає.

На основі конкретних справ римські знавці права формулювали свої погляди; на основі вивчення рішень парламенту дослідники старого французького права писали свої трактати; враховуючи судову і іншу практику, сучасні автори створюють необхідні для нашої епохи нові конструкції у області адміністративного, трудового або ділового права. Проте доктрина не вважає, що в її завдання входить лише виклад і приведення по можливості в порядок створених практикою положень. Вона бачить свою роль у виявленні з цієї маси, що складалася день за днем, по волі випадку або під тиском якоїсь термінової необхідності, чітких основоположних принципів, норм права, якими в майбутньому стануть керуватися судді і практики. Правова норма не створюється суддями: у них немає для цього часу; крім того, турботи про справедливість рішення саме у даній справі відчужують все інші міркування, нарешті, вони і не має права виносити ухвалу «у вигляді загального розпорядження». Правова норма, яка не може і не повинна бути творінням суддів, з'являється пізніше; вона продукт роздуму, заснованого частково на вивченні практики, а частково на міркуваннях справедливості, моралі, політики і гармонії системи, які можуть вислизнути від суддів.

Правова норма очищає практику від невідповідних або зайвих елементів, вона спрощує тим самим пізнання права. Норма права дозволяє громадській думці, законодавцю ефективніше втручатися в ті, що вимагають цього ситуації і навіть орієнтувати суспільство на досягнення певної мети. Така роль права відповідає традиції, згідно якої право розглядається як модель соціальної організації. Розпорядливий і політичний, а не тільки строго судовий аспект права підтверджує і виступає дуже чітко в сучасну епоху, коли від права чекають активної участі в створенні нового суспільства.

Поняття правової норми, прийняте романо-германською правовою сім'єю, є основою кодифікування в тому вигляді, як її розуміють в континентальній Європі. Не можна створити справжній кодекс, якщо бачити норму права в кожному рішенні, винесеному суддею у конкретній справі. Кодекс в романо-германському трактуванні не прагне до того, щоб вирішити всі конкретні питання, що встають на практиці. Його завдання — дати достатньо загальні, зв'язані в систему, легкодоступні для огляду і розуміння правила, на основі яких судді і громадяни, витративши мінімальні зусилля, можуть визначити, яким чином повинні бути вирішенні ті або інші проблеми.

Правова норма романо-германської правової сім'ї є чимось середнім між рішенням суперечки — конкретним застосуванням норми — і загальними принципами права. Мистецтво юриста в країнах романо-германської правової системи полягає в умінні знайти норму і сформулювати її з урахуванням необхідності вказаної рівноваги. Норми права не повинні бути дуже загальними, оскільки в цьому випадку вони перестають бути достатньо надійним керівництвом для практики; але у той же час норми повинні бути настільки узагальненими, щоб регулювати певний тип відносин, а не застосовуватися, подібно до судового рішення, лише до конкретної ситуації. Додамо, що ця рівновага зовсім не обов'язкова повинно бути однакова у всіх галузях права: велика конкретизація бажана в таких галузях, як кримінальне або податкове право, де прагнуть максимально скоротити свавілля адміністрації. Навпаки, великий ступінь узагальнення буває необхідним в деяких інших галузях, де немає потреби так строго нав'язувати жорсткі юридичні рішення.

У різних країнах романо-германської правової сім'ї не відразу пришли до того, що сьогодні представляється оптимальним. Прусське Земельне укладення 1794 роки і в ще більшій мірі російське Зведення законів 1832 роки відмічені підходом, казуїста, такою мірою, в якій він сьогодні представляється надмірним. Наполеонівські кодекси початку XIX століття з'явилися тією моделлю, якої потім слідували. В даний час ступінь абстрактності може вважатися оптимальним у всіх країнах, за винятком, мабуть, скандінавських правових систем, де ще сильні тенденції, казуїстів.[4;97 – 99]

романський германський правовий

3. Роль та особливість судового прецеденту в романо-германській правовій системі

Не дивлячись на те що в останні десятиліття в зарубіжній і, частково, вітчизняній літературі, присвяченій проблемам глобалізації, а також взаємозв'язки і взаємодії різних правових сімей і систем, підвищена увага приділяється їх "наростаючій" спільності, їх подальшому "зближенню" (конвергенції) і навіть формуванню на їх основі єдиної "глобальної юриспруденції", єдиного "глобального співтовариства судів" і єдиної "космополітичної концепції юрисдикції", особливий інтерес дослідників викликає не стільки їх одноманітність, скільки їх відмінності.

Вельми показовими в цьому відношенні є дослідження, що проводяться у сфері суддівського права взагалі і його джерел - судових прецедентів, зокрема. Концентруючи основну увагу на загальних рисах суддівського права і формуючих його судових прецедентах, як "класичні зразки" яких традиційно розглядаються їх англійські аналоги, автори, що займаються проблемами порівняльного правознавства, значну увагу приділяють також виявленню їх "регіональних" особливостей, системах, що виявляються в різних правових сім'ях. Зрозуміло, при цьому йдеться про особливості не тільки самої даної матерії судового права і формуючих його прецедентів, але і про особливості виникаючих на їх основі судових і правових доктрин. "У всіх правових системах, - наголошується у зв'язку з цим в науковій літературі, - є такі правові масиви, які в тому або іншому ступені наповнюються і розвиваються завдяки існуванню прецедентів", але не всі вони однаково оформляються і адекватно виражаються зовні. Які ж особливості доктрини судового прецеденту і самого судового прецеденту як явища в системі романо-германського права?[10;22 – 23]

Відповідаючи на дане і йому подібні питання, необхідно звернути увагу, як представляється, перш за все на наступні їх специфічні риси і особливості.

Перше. На багатозначність самого явища в системі романо-германського права, що іменується прецедентом, і відповідно його "континентальної" доктрини і поняття. При цьому йдеться не тільки про назву і зміст даного феномена на рівні всієї романо-німецької правової сім'ї, який в одних випадках традиційно називається "прецедентом", в інших - "судовою практикою", що утворюється "при повторенні прецедента", а в третіх - "судовими встановленнями" (court's holdings)чи ж просто - "судовими рішеннями" (court's rulings), але і про різне сприйняття судового прецеденту на рівні окремих правових систем.

Друге. У числі специфічних рис і особливостей прецедентів в системі романо-германського права слід назвати їх вторинний, в порівнянні з поряд інших джерел цієї правової сім'ї, характер.

Слід відмітити, що ділення джерел романо-германського права на первинні і вторинні є досить сталим і вельми поширеною їх класифікацією. Згідно звичаю, що склався, і юридичній практиці у ряді країн романо-германской правової сім'ї до первинних джерел відносять всі без виключення нормативно-правові акти (enacted law), правові звичаї, а іноді "загальні принципи права", відповідно до вторинних - судові прецеденти і правові доктрини, "наукові праці відомих учених-юристів".

Необхідно відзначити, що серед авторів, джерел романо-германського права, що займаються класифікацією, немає єдиної думки відносно деяких з них: чи слід їх відносити до первинних або необхідно класифікувати як вторинні? Це відноситься до підрозділу джерел на первинні і вторинні не тільки на рівні всієї романо-германської правової сім'ї, але і на рівні окремих правових систем, що становлять її.

Третє. До специфічних рис і особливостей прецеденту в системі романо-германського права слід віднести його подвійний характер, а точніше, - його подвійне положення серед джерел права, що полягає, з одного боку, в його офіційній, формально-юридичній невизнанні як джерела права, а з іншою - в його фактичному використанні як такого і, отже, у визнанні його реального існування.

Подібного роду подвійне положення прецеденту в даній правовій сім'ї давно стало загальновизнаним фактом. В даний час в західноєвропейській науковій літературі підкреслюється, що всі країни романо-германського права, принаймні de facto, визнають важливість судового прецеденту і це "не тільки не руйнує систему, що склалася в них, права і систему джерел права, а, навпаки, робить її глибшою і доповнює її".

Дискусійним, проте, залишається питання про те, якою мірою і в якій формі здійснюється це визнання прецеденту як джерело права і чи необхідно у зв'язку з цим визнанням вносити корективи в існуючу теорію джерел права?

Дані, рівно як і інші аналогічні їм питання зовсім не є простими, а тим більше випадковими. Річ у тому, що, визнаючи в цілому фактичне існування прецеденту як джерела романо-германського права, дослідники даної правової матерії вельми по-різному оцінюють як сам факт визнання прецеденту, так і його значення в системі романо-германської правової сім'ї.

Четверте. Серед специфічних рис і особливостей прецеденту в системі романо-германського права слід назвати його "диференційований", свого роду "виборчий" характер стосовно різних галузей права.

Не дивлячись на увагу (особливо після утворення Європейського Союзу, що включає разом з країнами романо-германської правової сім'ї Великобританію - "цитадель" системи загального права), що акцентується в західній юридичній літературі, на схожість різних правових сімей, яка полягає, на думку авторів, перш за все «в значній ролі прецеденту в процесі правотворчості», слід все ж таки в черговий раз виділити той загальновідомий факт, що в кожній правовій сім'ї як в цілому, так і на рівні окремих складених частин (окремих галузей права) прецедент грає далеко не однакову роль. У науковій літературі вірно помічається, що роль прецеденту в одних сферах права вельми істотно відрізняється від його значущості в інших галузях.

Узагальнюючи практику застосування прецеденту в різних галузях права даної правової сім'ї, дослідники указують, зокрема, на його "видатну" роль в конституційному праві, а також "на рівні звичайного права", де в цілому ряду правових систем "деякі, надзвичайно важливі сфери права майже повністю охоплюються прецедентами". Серед цих "сфер" і галузей права виділяються перш за все такі, як комерційне право, делікти, зобов'язальне право, а також такі "відносно нові правові анклави", що швидко розвиваються, як охорона навколишнього середовища, комп'ютерне право і ін.

У набагато меншому ступені прецедент застосовується і, відповідно, грає менш значущу роль в тих "сферах" і галузях права, де потрібний і де існує "складніше і детальніше регулювання суспільних відносин за допомогою норм, що містяться в статутах". До таких "сфер" і галузей права відносяться в багатьох країнах податкове законодавство і кримінальне право. Виняток відносно останнього становить правова система Шотландії, де в основі кримінального права лежать звичаї і раніше ухвалені судові рішення, а не кодифікуюче законодавство.

П'яте. У числі специфічних рис і особливостей прецедентів романо-германського права в порівнянні з прецедентами системи загального права слід вказати на різнорідність їх правової основи в різних країнах і на диференціацію підходу до визнання за ними юридичної сили.

Аналізуючи правові акти в країнах романо-германської правової сім'ї, що стосуються джерел права, не можна не відмітити, що ні в одній з них немає спеціального закону або підзаконного акту, які б офіційно, формально-юридичний визначали статус прецеденту, його місце і роль як фактичного джерела права, а також встановлювали його юридичну вагу, що іменується юридичною силою.[10;24 – 27]

Зважаючи на відсутність такого акту цілком справедливими слід визнати затвердження типу: У Італії немає законодавчих актів, які б встановлювали вимоги, що зобов'язують або, навпаки, що забороняють використання прецеденту в правозастосовчій діяльності, як втім немає законодавчих актів, що визначають правовий статус прецеденту в правовій системі Італії взагалі". "У Фінляндії не існує особливого статуту, що стосується використання прецедентів". Тут немає також "ніякого суддівського акту, що відноситься безпосередньо до процесу формування прецеденту".

Аналогічні за своєю суттю і змісту твердження можна знайти в науковій юридичній літературі і відносно правового статусу, точніше відсутність особливих юридичних актів, що закріплюють правовий статус прецеденту, і в інших країнах романо-германського права. І це цілком зрозуміло, оскільки прецедент в цих країнах хоча у формально-юридичному плані прямо і не признається, але разом з тим він і не забороняється. Існує свого роду "юридичний баланс" між формальною невизнаннею прецеденту, з одного боку, і відсутністю заборони на його необмежене практичне використання, з іншою.

Фактично в кожній країні є правові акти, в тій або ний мірі що стосуються як самих прецедентів, так і формованого з їх допомогою суддівського ("прецедентного") права. У Фінляндії - це Закон про порядок діяльності Верховного суду (Working Order of the Supreme Court), у якому мовиться про прецедент; у Іспанії - це перш за все сама Конституція (ст. 5), що зобов'язує всі судові органи, що застосовують і інтерпретують статутне законодавство, діяти строго відповідно до конституційних принципів і актів тлумачення Конституції, а також Закон про Конституційний суд Іспанії і деякі інші закони; у Німеччині - це Закон про федеральний Конституційний суд, а також закони про інші вищі федеральні суди.

Аналогічні закони, що в тій чи іншій мірі стосуються прецедентів і що створюють їх правову основу, є і в інших країнах романо-германського права. Дані нормативно-правові акти вельми різнорідні, а часом і суперечливі, особливо відносно питань, що стосуються юридичної сили прецеденту, а також його місця і ролі як джерела права в системі інших джерел романо-германського права

Нормативно-правові акти, що створюють формально-юридичну основу прецедентів і що встановлюють їх правовий статус, поза сумнівом, вельми важливі і у формально-юридичному плані вельми необхідні. Проте аналогічним по своєму характеру фактом є і те, що в романо-германській правовій сім'ї реальний статус і реальна юридична сила прецеденту визначається не формально-юридичними актами, а фактичними життєвими обставинами. Формально-юридичний акт як форма права лише відображає і закріплює суспільні відносини, що в тій чи іншій мірі реально склалися, включаючи відносини, що стосуються реального статусу прецеденту і його юридичної сили, які складають матеріальний зміст цієї форми.

Незалежно від того, в якому вигляді утворюється і як виявляється ця форма по відношенню до даного змісту, вона незмінно залишається по своїй реальній значущості в правовій системі романо-германського права вторинним феноменом, а її зміст, тобто відносини, що фактично склалися, опосередковані правом, — первинними.

У перекладі з мови теорії на мову практики це означає, що незалежно від того, як, якою мірою і в якій правовій формі - прямою або непрямою опосередкує прецедент в системі романо-германського права, вирішальним для визначення його реального правового статусу і його юридичної сили буде не статут або будь-який інший формально-юридичний акт, а реальні життєві обставини, а також практична необхідність і потреба в прецеденті як джерелі права.

Це стосується прецеденту не тільки в системі романо-германського права, але і в будь-якій іншій правовій сім'ї і системі, включаючи правову систему сучасної України.[11;567]

Висновок

Отже підсумовуючи все вище сказане можна зробити висновок, що романо-германське право сформувалось в ХІІ-ХШ ст. у результаті рецепції (запозичення) римського права країнами континентальної Європи. Підставою для рецепції в економічній сфері стали розвиток торгівлі, ремесел, зростання міст. Спочатку соціальною основою і сферою його застосування в середньовічній Європі було переважно міське населення, однак поступово ця правова система стала загальнонаціональною, континентально-європейською.

Крім економічних причин, існували і соціально-культурні передумови запозичення Європою римського права. Розвиток освіти, мистецтва, культури підготував грунт для сприйняття римських юридичних концепцій, поглядів, понять, конструкцій. Неабияку роль у цьому процесі відіграли університети, де відбувалося вивчення оригінальних римських текстів.

Важливою передумовою рецепції римського права було також благословення християнської церкви. Протягом багатьох століть церква негативно ставилася до римського права, і знадобився авторитет середньовічного філософа Фоми Аквінського, щоб перебороти таке упередження.

З XIII ст. романо-германське право активно розвивається, стає надбанням усієї Європи, крім острівної Англії. У XVI-XVIII ст. процес правового розвитку Європи здобуває нові форми. Загальні принципи римського права поступово інтегровані в національні нормативні системи. Цей процес завершився розробкою національного законодавства, національних кодексів.

Особливості норм романо-германського права наступні. Романо-германська норма права — загальне правило поведінки. Головною особливістю цієї норми, порівняно з англосаксонською прецедентною, виступає узагальнений, абстрактний характер, що викликає необхідність її тлумачення і конкретизації. Романо-германські норми мають системно-ієрархічний характер.

Найважливішим джерелом романо-германського права виступає закон. Закони приймаються парламентами країн цієї системи і володіють вищою юридичною силою, поширюються на всю територію держави, на всіх громадян. В усіх країнах романо-германської системи є писані конституції, за нормами яких визнається вища юридична чинність. Закон має пріоритет стосовно всіх інших джерел права. Він може заборонити чи легалізувати звичай, окремі положення судової практики, нормативні договори.

Структура романо-германського права відрізняється своєрідністю. У країнах романо-германської правової системи існує розподіл права на публічне і приватне. Підставою, критерієм виділення публічного права виступає загальний, державний інтерес (здійснення суспільних цілей і завдань), приватного права — особливий, приватний інтерес (реалізація цілей окремих осіб, громадян, організацій). Іншою структурною особливістю романо-германського права є послідовний галузевий розподіл норм, їх прив'язка до конкретних галузей права і правових інститутів.

Література

1. Алексеев С.С. Право: Азбука. Теория. Философия: Опыт комплексного исследования. – М., 1999 – 712 с.
2. Алексеев С.С. Теория права – М., 1994 – 224 с.
3. Ведєрніков Ю.А. Грекул В.С. Теорія держави та права: Навчальний посібник. – К., 2005. – 224 с.
4. Давид Рене. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. и вступ В.А. Туманова. – М.,1988. – 496 с.
5. Загальна теорія держави і права / за ред. М.В. Цвіка. – Харків: Право, 2002. – 432 с.
6. Зайчук О. Правові системи сучасності та тенденції їх розвитку // Право України – 2002. - №11. – С.23 – 26.
7. Кагадін М. Поняття та елементи правових систем. // Право України. – 2004. - №12. – С. 32 – 36.
8. Каустова М.Г. Поняття правової системи в юридичній науці і практиці // Проблеми законності. – 2004. – Вип.66. – С. 152 – 158.
9. Комаров С.А. Общая теория государства и права: Ученик. – М., 1998. - 400 с.
10. Марченко М.Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права. // Государство и право – 2006. - №8. – С. 22 – 28.

11.Общая теория государства и права В 2т. Академический курс. Т.2: Теория права / За ред. Марченка М.Н. – М.: Зерцало, 1998. – 639 с.

12.Терия государства и права: Учебник для вузов / Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д.Перевалова. – М., 2002. – 616 с.

13.Терия государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – М., 2001. – 776 с.