

Л Е К Ц І Я:

Традиційні правові системи

(4 години)

1. Загальна характеристика правових систем традиційного типу.
2. Далекосхідне право (китайське право, японське право)
3. Африканське право.

1. Загальна характеристика правових систем традиційного типу

Традиційна правова сім'я є останньою із чотирьох правових сімей, яка складається із двох груп: 1) далекосхідного або морально-етичного права; 2) африканського або звичаєвого права. Перша група має морально-етичну спрямованість, а її основою виступає китайське право, об'єднує ця група китайське право, японське право, монгольське право, право Малайзії, корейське право, індонезійське право, право М'янми. Друга група – це африканське право (країни Африки та Мадагаскар).

Серед *головних особливостей цієї сім'ї* слід назвати наступні:

1) Звичай – основне джерело права (підвалиною правового регулювання виступають норми звичаєвого права, яке базується на традиціях і морально-етичних уявленнях народу, відбувається регулювання звичаєм всіх аспектів життя суспільства).

2) Негативне ставлення до законодавства (законодавство – «неприродне для суспільства», воно порушує гармонію).

3) Ігнорування державних структур у процесі реалізації норм права. (Вирішення переважної більшості спорів відбувалося у процесі примирливих процедур за допомогою посередництва на основі норм звичаєвого права).

4) Слабкий розвиток юридичної інфраструктури (тривала відсутність юридичних професій, юридичних навчальних закладів, правової науки, юридичних шкіл).

До розпізнавальних категорій, на підставі яких можна визначити, до якої правової сім'ї слід віднести ту чи іншу правову систему, належить також сприйняття права як винятково важливого інструменту соціального життя в рамках упорядкування окремих людських спільнот. У цьому відношенні країни Далекого Сходу принципово відрізняються від розглянутих раніше правових систем, тобто від романо-германської та англо-американської правових сімей. У правопорядках західного світу, незалежно від того, належать вони до громадянського чи до загального права, однак виходять з того, що всі важливі питання життя в суспільстві регулюються нормами об'єктивного права, а не тільки нормами, виробленими традицією, звичаями та мораллю.

Ці норми об'єктивного права наділяють кожного громадянина відповідним статусом, правами та обов'язками, але в рамках відповідного правового середовища, яке у загальній формі зазначена в законодавстві і судовій практиці. Кожен, наприклад, має право вимагати виконання укладеного ним договору чи покриття збитків, розлучитись чи отримати аліменти.

А коли правам будь-якого індивіду щось загрожує чи вони піддаються сумлінню, то він не тільки наділений повноваженнями їх реалізувати, але просто зобов'язаний зробити це. Механізм реалізації прав індивіда полягає в судових процедурах. Призначений державою суддя розглядає спір між сторонами, що позиваються, на підставі норм об'єктивного права і виносить обов'язкове для них рішення.

Звернення до правопорядків країн Далекого Сходу показує, що сказане вище не є чимось таким, що саме собою розуміється і що існують спільноти, де для вирішення спорів застосовується інша техніка, ніж за участі державного судді. Зрозуміло, що і в західному світі бувають ситуації коли рішення спірних питань за участю суддів є рідкісним або може викликати проблеми, як наприклад, у міжнародному чи трудовому праві.

Однак навіть у тих випадках, коли судові рішення спорів є ефективним, можна прослідкувати тенденцію, пов'язану з прагненням по можливості уникнути судового розгляду, а замість цього вирішити спір шляхом переговорів чи погоджувальних процедур. Завдяки цьому зберігаються відносини довіри, що досить часто для підприємців або учасників трудової чи ліцензійної угоди важливіше, ніж перемога у відстоюванні своїх прав через суд.

Хоча на Заході дуже мало знають про розповсюдження таких узгоджувальних процедур, однак там знають, що на Далекому Сході їм надають з точки зору західного менталітету неймовірно більшого значення. Вже одна ця обставина робить інтересним вивчення права країн Далекого Сходу і показує дуже чітко відмінності просторових і часових уявлень, які на Заході занадто легковажно приймають як таке, що саме собою розуміється.

Наступний виклад матеріалу в лекції буде присвячений перш за все короткому огляду історії розвитку права в Китаї, де під впливом вчення Конфуція вже в далекій старовині існував традиційний скептицизм по відношенню до узагальнюючим формулюванням норм закону і до всіх форм їх застосування судами. Китайські традиції ще й сьогодні справляють відповідний, хоча вже і не визначальний вплив на право КНР. Вони також справили великий вплив на Корею та Індокитай. Їх дотримуються китайці, що мешкають у Гонконзі, Індонезії та Малайзії.

Особливої уваги заслуговує і японське право. Хоча Японія завдяки своєму вигідному островному положенню ніколи не була під владою китайських імператорів, китайська культура від VI-УІІ століть справляла сильний вплив на Японію і тим самим на її право. Сучасне японське право складає особливий інтерес для компаративістів і з іншої причини. У ньому переплітаються живучі традиції позасудового рішення спорів із сучасними кодексами і процесуальними нормами, які спочатку створювались на зразок

німецького та французького права, а після Другої світової війни орієнтиром для них почало слугувати американське право.

Філософсько-традиційний (далекосхідний) підтип правової системи є досить своєрідним. Він має давню історію і є довговічним.

Країни Далекого Сходу є різноманітними як за історичними умовами розвитку, так і за правовою культурою та сучасним станом правової системи, а також за концепціями соціального розвитку. Поряд з тим, однією з найсуттєвіших ознак, що відрізняє цей підтип від інших типів та підтипів правової системи свого (релігійно-общинного) типу, є специфічне праворозуміння. На відміну від західного розуміння права як виключно важливого інструменту соціального життя щодо впорядкування суспільних відносин, далекосхідне розуміння наділяє право субсидіарною функцією, і схильне відноситися до права, як до засобу забезпечення соціального порядку та справедливості. Висхідними засадами цієї концепції є те, що соціальний порядок забезпечується переважно методами переконання, технікою посередництва, самокритичними оцінками поведінки, духом поміркованості та згоди.

На розвиток далекосхідного підтипу особливий вплив мала китайська та індійська (індуська) філософсько-світоглядна доктрина і правова культура. Особливо впливовим у свій час було *конфуціанство*, яке і заклало філософсько-релігійні (традиційні) основи даного підтипу. Зокрема, ще у давнину сформувався (на базі конфуціанства) традиційний скептицизм по відношенню до узагальнюючих формулювань приписів нормативно-правових актів (норм права) і до всіх форм застосування їх судами. Ці традиції і на сьогодні мають певний вплив на право КНР, у свій час сприяли формуванню права даного типу у Японії, Монголії, Кореї, мають відповідне значення для китайців, що проживають у Гонконзі, Індонезії, Малайзії, Бірмі та інших країнах Індокитаю.

Глибокі морально-релігійні та філософсько-традиційні витoki виявилися настільки стійкими, що наступні рецепції континентального і загального

права не змогли суттєво змінити сутність та природу даного типу, не привели до зміни традиційних структур.

Кодифікація правових систем, інші модифікації права не дають підстав стверджувати про повну відмову від традиційного права. Інститути західного права у багатьох випадках є фасадом, за яким здійснюється регламентація суспільних відносин за традиційними моделями. Поряд з цим, керівництво цих країн повинно враховувати і рівень свідомості населення. Часто етично-філософські цінності та традиційні способи регулювання відносин діють через право (включаються, трансформуються в нормах права).

Все це дає можливість виділити загальні ознаки далекосхідного підтипу правової системи:

- наявність філософсько-традиційних джерел права щодо врегулювання деяких суспільних відносин;
- вплив філософсько-релігійної доктрини на праворозуміння та формування правової системи;
- наявність значної частини нормативно-правових актів, зокрема, законів; їх кодифікованість;
- дуалізм системи (наявність нормативно-правових актів та традиційних норм);
- рецепція ознак континентального та загального права;
- наявність специфічних способів вирішення юридичних спорів (судових процедур та позасудових).

В той же час можна виділити і ряд тенденцій розвитку даного підтипу: 1) розвиток правової системи за західноєвропейськими зразками; 2) звуження сфери застосування традиційних норм; 3) фіксація філософсько-релігійних принципів у правових нормах; 4) плюралізм у юридичній науці; 5) розформалізованість в системі.

Найбільш чітко виділити різні важливі та характерні елементи далекосхідного (філософсько-традиційного) підтипу правової системи дозволить характеристика китайського та японського права.

Правові системи Китаю та Японії – це два різні види суспільства: Китай керується соціалістичними (комуністичними) цілями, Японія – дотримується принципів ліберальної демократії.

2. Правові системи країн Далекого Сходу

Китайське право

Китайська цивілізація є однією з найдавніших на землі і налічує декілька тисячоліть. Різноманітне китайське праворозуміння, яке формує основу далекосхідного права, також сягає своїм корінням у глибину століть. Отже, основою далекосхідного права є китайське право. Історія Китаю – це історія багаточисленних філософських ідей. На китайське праворозуміння вирішальний вплив мали лише три з них – даосизм, конфуціанство та легізм.

Але необхідно відмітити особливості традиційної для Китаю концепції суспільного ладу, яка відрізняється від західної концепції. Її фундаментальна ідея про космогонічний лад, в якому взаємодіють земля, небо та люди є далекою від релігійної догми (скоріше це філософська концепція). Гармонія проявляється у відносинах між людиною та природою, а також відносинах між людьми. Поведінка людини має відповідати природному порядку, а у суспільних відносинах на перший план виходить ідея узгодженості (згоди).

Цій концепції відповідав тип суспільства, який існував у Китаї досить тривалий період часу. А філософське обґрунтування цьому типові запропонувало конфуціанство. Конфуціанство заперечує принцип недіяння, основою суспільства представники цієї концепції визнають сім'ю з ієрархічною організацією і безмежною владою глави сім'ї. Община і держава повинні відповідати цій моделі сім'ї. Члени общини повинні дотримуватися правил поведінки (звичаїв) у відповідності з їх статусом, який вони мають в общині.

В цій статичній концепції суспільства основними принципами визнавалися: синівська любов, підпорядкування вищим в ієрархії, заборона будь-яких конфліктів.

Конфуцій (551-479 рр. до н.е.) був виразником філософських та етичних ідей свого часу. Всі наступні століття це вчення (ідеї) розвивалося його учнями. Так, зокрема, філософ Тун Чуншу (176-104 рр. до н.е.) вніс у **конфуціанство** елементи народності та створив доктрину космічної гармонії. В такому варіанті конфуціанство існувало як основа державної ідеології Китайської імперії аж до революції 1911 р. Представники цього вчення стверджували, що людина і Бог, земля і небо, все живе та інертне є органічними частинами гармонійно впорядкованого та єдиного Всесвіту. Люди не повинні порушувати природну рівновагу відносин, що існують між ними, а найважливіша мета людини – її ідеальна гармонія з космосом.

Правила, яких повинна дотримуватися людина, називалися "лі" і визначали її "правильну" поведінку. Вони, в значній мірі, залежали від соціального положення людини в сім'ї, соціальній ієрархії, державі. Ці правила передбачали поведінку у будь-якій ситуації і стосовно будь-якої особи: родичів, друзів, батьків, дітей, подружжя тощо. Ідеальна людина, згідно конфуціанства, – це той, хто усвідомлює природний порядок у світі, визнає необхідність і призначення правил поведінки ("лі"), добровільно їх виконує і підпорядковує свої інтереси меті збереження гармонії.

А тому конфуціанство було невисокої думки стосовно норм права та їх застосуванні судами. Будь-яке право передбачає типізацію та формалізацію суспільних відносин і не може врахувати багатоманітних факторів, пов'язаних із соціальним станом осіб (сторін спору). Ще менш схильним є конфуціанство до встановлення юридичних прав у судовому порядку. Згідно з конфуціанською етикою, якщо особа вважає, що хтось у відносинах з нею порушив правила "лі", вона повинна вирішувати проблему шляхом переговорів, а не звертатися до суду за відновленням своїх прав, оскільки це

тільки посилить дисгармонію. Добродійна та мудра особа піде на поступки і змириться з несправедливістю, чим звеличиться в очах суспільства і Бога.

Конфуціанство створило стійку віру в дотримання морально-релігійних та філософсько-традиційних норм, а також зневагу до права "як зовнішнього примусу". Пошук згоди, компромісу, подолання власних помилок вели до ігнорування права як системи логічних та формальних норм. Китай протягом століть не знав юридичних доктрин, професій. Судочинство у ньому здійснювалось управлінським апаратом.

Поряд з цим, необхідний вплив на праворозуміння мали і концепції *даосизму* та *легізму*.

Даосизм як релігійно-філософська система сформувався на рубежі VI ст. до н.е. Його основоположниками вважаються *Лао цзи* (VII-VI ст. до н.е.) і *Дао де цзин* (IV-III ст. до н.е.).

Згідно з даосизмом, у світі крім дао (шлях) – прояв небесної волі, існує дао – природний хід речей, природна закономірність, тобто існує дао, яке визначає закони неба, природи і суспільства. І тим самим дао, з одного боку, розуміється як загальний закон природи, як першопричина усього суцього, як джерело всіх явищ матеріального і духовного життя, а з іншого – виступає як природне право безпосередньої дії, в якій бездіяльності, тобто утриманню від активних дій, відводиться суттєва роль.

Заклик до пасивності, згідно з філософією даосизму, виходить із пріоритетності природного перед суспільним, соціальним. Недіяння за даосизмом – це засудження антинародної активності можновладців і їх заклик утриматись від утисків народу.

Завдання людини, згідно із вченням даосизму, полягає в пізнанні дао, пов'язаного з перебуванням людини на шляху природності, що зумовлює гармонію світу і як наслідок – злиття людини з природою.

Держава також повинна управлятись не законами, створеними людиною, нехай навіть дуже мудрою, а «природним законом», який є однаковим як для справ небесних, так і справ земних. Тому складні закони і заборони

уявляються не тільки зайвим прикрашанням, але можуть привести державу до краху. Тут можливий лише один шлях – безумовне слідування природному закону дао

У III ст. до н.е. сформувався відмінний від попередніх концепцій підхід до ролі права в суспільному житті – *легістський*. Видатним теоретиком легізму вважається *Шан Янь* (IV ст. до н.е.). Згідно з легістською концепцією, влада повинна ґрунтуватись не стільки на добродетельності правителіву, скільки на правлінні законів. Легісти вважали, що жорсткі закони є єдиним способом регулювання відносин держави і її населення. *Легісти*, на відміну від конфуціанців, вважали, що людина за своєю сутністю є егоїстичною і користолубною, а тому її поведінка має визначатися законодавством.

Легісти вважали також, що всі люди є рівними перед законом, правильна соціальна поведінка має стимулюватися примусовими заходами держави. Внаслідок цього виникла ідея роздачі титулів не за народженням, а відповідно до реальних заслуг. Згідно з цією ідеєю будь-яка проста людина мала право брати участь в управлінні державними справами. Іншими словами, школа легістів виступала за рівність усіх перед законом і вважала, що все суспільне життя підлягає регулюванню з боку позитивного права (фа), яке виступає як стандарт і мірило поведінки людини. Влада, на думку легістів, має базуватись на законах (постійно діючих). Монарх повинен його знати, а піддані дотримуватись (виконувати). Для цього закони потрібно оприлюднити і довести до відома кожного.

Прихильники легізму вважали, що організація суспільного управління повинне забезпечуватись суворими покараннями. Вони проповідували ідею даремності неможливості існування людей поза рамками жорстких покарань і виходили з обов'язковості превентивних заходів і колективної відповідальності, що забезпечують «хороше управління», відмовлялись визнавати наявність якого-небудь зв'язку між мірою покарання і тяжкістю

вчиненого злочину. Жорстоко карати, на їхню думку, слід навіть за найменше порушення наказів правителя.

Проповідуючи своєрідну «рівність» перед законом, невідворотність покарань за вчинені злочини, легісти прагнули позбавити знать, чиновників різних князівств спадщини привілеїв в ім'я централізації влади. Не випадково крайнє посилювання покарань, вимогу їх невідворотності було прямо пов'язано з розвитком поняття злочину проти держави.

Китайський філософ *Шень Дао* (близько 395 – близько 315 до н.е.), спочатку близький до даосизму, згодом почав проповідувати «пошану до закону» і «повагу до владної сили». З його ім'ям пов'язують висунення на перший план категорії «ши» («владна сила»), що поєднує поняття «влада» і «сила» та дає змістовне наповнення формальному закону. Згідно із Шень Дао, недостатньо бути гідним, щоб підпорядковувати народ, але досить володіти владною силою, щоб підпорядковувати гідного.

Легізм був теоретичним обґрунтуванням тоталітарно-деспотичного управління державою і суспільством, яке першим у китайській теорії добилось статусу єдиної офіційної ідеології в першій централізованій імперії Цинь (221-207 до н.е.), відсунувши тим самим на задній план конфуціанство. Проте подібний стан речей зберігався недовго, оскільки наприкінці III ст. до н.е. імперія Цинь занепала.

Через багато століть під час проведення кампанії «критики Конфуція» (1973-1976) ідеологія легізму в КНР реабілітувалась, внаслідок цього легісти були офіційно проголошені прогресивними реформаторами, які боролись з консервативними конфуціанцями за перемогу феодалізму, що зароджувався, над віджилим рабовласництвом і ідейними попередниками маоїзму.

Таким чином, школа легістів обґрунтовувала ідеї пріоритетної ролі закону, що забезпечується насильницькими заходами держави. Проте дані ідеї були сприйняті більшістю китайського народу.

Незважаючи на концептуальні відмінності між ідеями конфуціанства і легізму, здійснювались спроби примирити і пом'якшити суперечності

вищезгаданих філософських вчень. Видне місце у цьому процесі посідає діяльність відомого філософа III ст. до н.е. **Хань Фей**, який виступав за доповнення законів мистецтвом управління, тобто за відмову від тяжких покарань як єдиного засобу управління суспільством і державою.

Спільною рисою конфуціанства і легізму була їх політична спрямованість, прагнення організувати життя китайського суспільства на «раціональних», «справедливих» засадах, але таких, що розуміються кожним із них по-різному. Вплив конфуціанства і легізму на правосвідомість сприяв тому, що норми поведінки набули великої обов'язковості і Формалізму. В результаті були систематизовані і закріплені норми конфуціанської моралі.

Слід зазначити, що погляди легістів (як і даосистів) не закріпилися у свідомості більшості китайського населення.

Таким чином, становлення філософських основ китайського права – неоднозначний процес, що відображає особливості розвитку китайської цивілізації. На основі вищенаведених філософських концепцій сформулювалось і китайське праворозуміння, що зумовлює негативне ставлення до права взагалі і необхідності правового регулювання суспільних відносин, зокрема.

При династії Хан (206 р. до н.е.) **конфуціанство** набуло статусу офіційної державної ідеології. Послідовники розповсюдили це вчення в країні, і конфуціанство стало духовною та філософською основою китайського суспільства та держави на наступні 2000 років.

В той же час, послідовники конфуціанства визнавали, що правила "лі" та морально-філософського вчення недостатньо для врегулювання суспільних відносин. Держава має створити і правові норми, навіть якщо вони не матимуть цієї ж цінності, що і правила "лі". Кодекси віддавна створювалися у китайському суспільстві (ще до об'єднання Китаю у єдину імперію), але, як правило, ці давні кодекси не збереглися. До наших днів дійшов лише кодекс династії Тан (Цань), що датований VII ст. н.е. Кодекс розділений на дві частини: I – кримінальне право; II – адміністративні правила. Але всі ці

кодекси, фрагменти та заголовки розділів, що збереглися до тепер, як і кодекс Тан, стосувалися лише кримінального та адміністративного права і свідчили про високий рівень юридичної техніки в Китаї. Питання сімейного та спадкового права розглядалися лише постільки, поскільки це було важливо для кримінального та адміністративного права, зокрема, оподаткування.

Вплив конфуціанства прослідковується в усіх галузях права, навіть у кримінальному. Це, зокрема, дістає вираз у чіткій градації кримінальних покарань. Ця градація враховує наміри злочинця, обставини злочину, соціальний стан злочинця і потерпілого. Наприклад, якщо старший брат вдарив молодшого – ці дії не каралися, а якщо навпаки – він отримував 2,5 років каторги і 90 ударів бамбуковими палицями.

Таким чином, основна маса законів мала кримінальний або адміністративно-кримінальний характер.

В той же час, на основі конфуціанського вчення отримали розвиток різні форми позасудового вирішення спорів. В такому порядку і вирішувалися цивільно-правові конфлікти. Сімейні розбіжності вирішував глава сім'ї, родичі, авторитетні особи за соціальним станом тощо. Критерії вирішення проблеми визначалися на підставі правил "лі", місцевих звичаїв, світогляду та життєвого досвіду осіб, що вирішували спір.

Якщо перша мирова пропозиція не приймалася сторонами, переговори продовжувалися до досягнення загальної згоди. Якщо сторони не були зв'язані сімейними відносинами, але проживали в одному селі чи об'єднувалися за професією, тоді посередником міг бути старійшина, інші поважні особи, керівники. Сторони могли звернутися і до суду, але, як правило, вони спочатку намагалися вирішити спір шляхом мирової процедури. В іншому випадку вони заслуговували б на громадський осуд. До того ж, розгляд позовів у судах був довготривалим та дорогим, а суддівський штат – корумпованим. Тому лише дуже мала частина цивільно-правових спорів розглядалася державними судами. Це влаштовувало і державу, так як

її адміністрація звільнялася від законодавчої та судової діяльності у сфері цивільного права.

Китайське право позначалось спочатку терміном "ксін", що у сучасній мові означає покарання, а пізніше використовувалося слово "фа" - право. Тому можна вважати, що китайці під правом розуміють тільки кримінальне право.

Китайцям досить довго було невідоме поняття суб'єктивного права. Це слово іноземного походження було запозичене у новітній Японії. Суб'єктивне право, на думку китайців, служить джерелом зіткнення інтересів, бо соціальний спокій не досягається шляхом приведення до гармонії суб'єктивних прав кожного члена суспільства. Така точка зору є характерною для азіатського мислення. В уяві китайців порядок у суспільстві базується не на праві, а на етиці. Кожна людина повинна не порушувати природний порядок. Традиції передбачені для того, щоб запобігти соціальному злу. А тому вони мають первинне значення. Право ж необхідно використовувати як можна менше. І навіть якщо виникає спір, головним у його вирішенні є усвідомлення кожною стороною відповідності її позиції "дао", в чому полягає їх обов'язок по відношенню до порушеної гармонії.

Тому процесуальна техніка захисту прав є для Китаю непритаманною. Бо переконати сторони виконати свій обов'язок повинен не суддя, а посередник. Завдяки усьому цьому далекосхідна концепція права має і виховний характер.

І лише наприкінці XIX ст., після підписання договорів з Англією, Францією, Німеччиною, Росією та Японією, відбулися зміни у китайському суспільстві. У 1899 р. готувалася анексія всього Китаю, територія якого поділялася на сфери впливу. Але у 1911р. імператор зрікся престолу, китайська держава була проголошена республікою. Відносна стабільність настала у 1926-1928р.р. після перемоги партії Гоміньдана. Цей час був використаний для кодифікації приватного права.

Як і в Японії, кодекси були створені за зразками німецького та швейцарського права. Цивільний кодекс, який включав цивільне та торгове право, набрав чинності у 1929-1931 рр., Цивільний процесуальний кодекс – у 1932 р., Земельний кодекс – у 1930 р. Зовні китайське право набуло європейського вигляду. Але поряд з цим, продовжували діяти традиційні поняття та норми. Зрозуміло, що за такий короткий термін не можна було перебудувати мислення китайського населення та запровадити у практику концепцію континентального права, яку тисячі років створювали юристи Заходу. Кодекси та закони застосовувалися тоді, коли не суперечили традиції.

Але вже в 30-ті роки ХХ ст. почалася військова конфронтація. У 1931 р. Японія завоювала Манджурію, а у 1937 р. почала наступ на центральний Китай. В країні почалося повстання, яке очолили комуністи. Це повстання підтримав Радянський Союз, і в результаті перемоги комуністичної партії на чолі з Мао Цзедунем Китай 1 жовтня 1949 р. був проголошений Китайською Народною Республікою.

У 1949 р. були скасовані всі закони та декрети, які діяли до 1949 р., а також ліквідовані суди. Нові закони, які були створені у 1949 р. і пізніше, відповідали радянській моделі. Був створений Верховний Суд, що керував нижчими судовими інстанціями, створена прокуратура, яка забезпечувала принцип соціалістичної законності. Проте в країні не вистачало кваліфікованих юристів: функції судів виконували органи поліції та державної безпеки. Поряд із судами загальної компетенції діяли особливі суди. Контролювали їх діяльність органи виконавчої влади.

У 1954 р. суди і прокуратура були реорганізовані і у 1957р. в країні вже діяло більше 2700 народних судів.

У 1949-1951 рр. були ухвалені закони: про шлюб, профспілки, про аграрну реформу, судову організацію тощо.

У 1954 р. була прийнята Конституція Китаю, за зразком радянської конституції 1936р.

У 1969 р. Китай розірвав відносини з Радянським Союзом. З цього часу пріоритет у китайців був наданий соціальній перебудові, а не економічному розвитку.

Конституції 1954, 1975, 1978 рр. закріпили комуністичний режим в країні, панівну роль ідеолого-бюрократичної держави. В 70-ті роки ХХ ст. відбулася так звана "культурна революція", яка мала на меті відкинути конфуціанство. Однак разом з тим вона відкинула навіть умовний, тобто комуністичний принцип «законності». Правові норми і правопорядок було замінено партійними директивами та "чистками кадрів". Інтелектуальна структура суспільства знищувалася. У 1976 р. були заарештовані керівники "культурної революції". Тільки наприкінці 1984 р. в країні почалися зміни. І хоча були збережені соціалістичні принципи, керівна і спрямовуюча роль компартії, державна централізація та ін., в той же час проводилася модернізація сільського господарства, промисловості, національної оборони, науки та різних технологій. Почав проводитись курс на правову регламентацію господарських та інших відносин. У 1979 р. був виданий закон про спільні підприємства та вільні економічні зони, на підприємствах створені 4 вільні економічні зони, вжиті заходи для сприяння іноземному інвестуванню. У 1980 р. прийнято Закон про шлюб.

У 1982 р. була прийнята четверта Конституція КНР, у якій визнавався пріоритет державної економіки, а також колективних її форм, державна та колективна форми власності на землю.

У цей же час ухвалюються закони про організацію Всекитайських зборів народних представників, місцевих зборів, виборчий закон, закон про суди, народну прокуратуру, Кримінальний кодекс, положення про адвокатуру та нотаріат.

Про Інтенсивний розвиток законодавства у сфері економіки свідчать такі закони: про патенти, господарські дотації (1982), іноземні підприємства (1986), господарські договори, про управління землею (1986), про сільське господарство (1993) та інші. Ці закони сприяють розвитку ринкових відносин

в економіці. В той же час комуністична партія не допускала впливу іноземного права.

У 1986 р. було прийнято закон про спадкування, а у 1987 р. набрали чинності "Основні принципи цивільного права", які фактично стали цивільним кодексом.

У сфері публічного права було збережено багато інститутів та норм соціалістичного права: щодо науково-технічного прогресу, соціалістичної конкуренції, зборів працівників на державних підприємствах, місць утримання засуджених тощо. В Китаї відсутній інститут приватного права на землю. Селяни мають лише право користування і часткового розпорядження землею.

У 1954 р. в Китаї була створена зовнішньо-торгівельна арбітражна комісія в межах Ради по розширенню міжнародної торгівлі. Попередній її регламент 1956 р. відповідав радянському зразку, але практика виявилась відмінною.

За даними 1960 р. ця комісія у Пекіні розглянула 61 справу, жодна з яких не завершилася винесенням арбітражного рішення. Усі справи були завершені укладенням мирової угоди.

Як вже відмічалось, Китай протягом тривалого часу не мав юридичної доктрини, правових шкіл, відомих юристів-вчених, юридичної професії.

Але вже після 1911 р. Китайська республіка відчувала потребу у професійно підготовлених юристах, і ця потреба загострилась з 1949 р., оскільки з'явився великий масив норм позитивного права. У Китаї створювалися умови для навчання молодих осіб за кордоном. Суттєво змінилася вища освіта. У 1975 р. у Китаї функціонувало 4 юридичних факультети, а в 1986 р. вже більш ніж у 20 університетах були факультети права. Строк навчання – 4 роки, програма ж охоплює широке коло обов'язкових та факультативних предметів.

В країні функціонує судова система, система органів прокуратури та адвокатура.

Згідно з законодавством, судді повинні здійснювати судову владу згідно з законом, але на основі незалежності: тобто вони мають бути вільними від впливу адміністративних та політичних органів.

Законодавча влада здійснюється парламентом, який утворюється за радянським зразком. Але роль його зводиться до формального підтвердження прийнятих політичних рішень вищими органами комуністичної партії.

Сучасна правова система КНР є *симбіозом* стародавніх правових традицій і сучасного законодавства, заснованих, одного боку, на старокитайських філософських і правових концепціях, а з іншого – на ідеях «соціалізму з китайською специфікою» та деяких принципах романо-германського права. *Змішаний характер* китайської правової системи ускладнився після приєднання у 1997 р. колишньої англійської колонії Гонгконг (нині провінція Сянган) до Китаю. Згідно з китайсько-британськими угодами, Сянгану надано особливий правовий статус, згідно з яким він має власну законодавчу, виконавчу і судову владу, і лише питання зовнішньої політики і оборон делегується центральним державним органам Китаю. Згідно із цими угодами, Китай підтверджує продовження чинності на території колишнього Гонгконгу близько 140 законів Великобританії. Ці обставини вказують на наявність у сучасній правовій системі Китаю деяких елементів загального права.

Таким чином, правова система Китаю на сучасному етапі модернізована і своєю зовнішньою формою відображає романо-германську модель правового будівництва. Проте правовий менталітет китайців, їхня правова свідомість і правова поведінка не вписуються в романо-германську модель та залишаються в рамках традиційної конфуціанської концепції праворозуміння, де праву в процесах суспільного розвитку відводиться не головна, а допоміжна роль. Причина цього очевидна і полягає в тому, що романо-германське право є продуктом західної цивілізації і розвивалось воно в рамках західної традиції права.

Що стосується китайського права, то воно, як вже наголошувалось, має найдавнішу історію і його формування та еволюція відбувались в рамках тих історичних умов і в рамках тих філософських поглядів, які докорінно відрізняються від західних. Сприйнята китайським правом структура романо-германського права, система його джерел, кодифікація, інші форми нормотворчої діяльності, а також юридична техніка, на ґрунті китайської дійсності справили великий вплив на розвиток китайського суспільства. Разом з тим вони зазнали і східного впливу.

Джерела сучасного права Китаю. Основним джерелом сучасного китайського права є **закон**. Систему законодавства очолює **конституція**. Як вже наголошувалось, в Китаї існує багатий досвід конституційного будівництва.

Швидке зростання законодавчого масиву після прийняття Конституції 1982 р. є відмітною рисою сучасної китайської правової системи. У ході реформ правотворчими органами різного рівня прийнято велику кількість різних законів, які у світлі ситуації, що змінилась, виступають правовим підґрунтям широкомасштабних економічних і політичних реформ. Були прийняті такі кодифіковані акти, як Кримінальний, Кримінально-процесуальний, Цивільно-процесуальний, Лісовий і Водний кодекси.

Специфікою законотворчого процесу в Китаї є певний **дуалізм** у здійсненні законодавчих функцій. Згідно з Конституцією 1982 р., законодавча влада належить як Всекитайським зборам народних представників (ВЗНП), так і їх Постійному комітету, що виконує в період між сесіями ВЗНП функції найвищого органу державної влади. Законодавчі функції ВЗНП торкаються основоположних сфер життєдіяльності китайського суспільства і держави, зокрема, внесення змін до конституції, прийняття законів, що регулюють кримінально-правові і цивільно-правові відносини, закони про державне будівництво та інші. Що стосується законодавчих функцій Постійного комітету ВЗНП, то вони направлені на регулювання поточних проблем, а також внесення незначних змін і

доповнень до законів, прийнятих ВЗНП, що не можуть суперечити основним принципам цих законів.

Основний обсяг законодавчої роботи виконує Постійний комітет ВЗНП. На своїх сесіях, що проводяться один раз на рік, ВЗНП ухвалює законодавчі рішення з найбільш важливих питань державного життя і може в принципі затвердити проект, але при цьому надіслати його на доопрацювання в Постійний комітет, який і приймає рішення про набуття ним чинності.

Таким чином, основне джерело сучасної правової системи КНР – закон, що регулює основні сфери життя суспільства.

Джерелом сучасного китайського права є і *підзаконні акти*, такі як ухвали Постійного комітету ВЗНП, ухвали і розпорядження Державної ради, а також інші акти органів державної влади і управління. Останнім часом основні питання, пов'язані з правовим забезпеченням процесу модернізації суспільства і держави, а також розвитком зовнішньоекономічних зв'язків, вирішуються в ухилах Державної ради, актах місцевих органів влади і управління.

Важливими джерелами права залишаються *традиції і звичаї*, які беруть свій початок у конфуціанстві. Через історичні і соціальні причини вони впродовж тисячоліть займали значне місце в правовій системі Китаю. Навіть законодавець виходить із концепції створення сучасної законодавчої бази тільки у випадках подальшої нездатності традиціоналізму.

Судова практика в Китаї не є джерелом права. Обов'язком судових органів є неухильне застосування законів.

Джерелом права є також *міжнародні угоди і договори*, укладені КНР. У разі колізій між національними і міжнародними правовими нормами в КНР пріоритет віддається міжнародним договорам. Цивільно-процесуальний кодекс КНР передбачає, що якщо положення міжнародної угоди, в якій бере участь КНР, суперечить встановленим ЦПК КНР нормам, то застосовується положення міжнародної угоди. Залишаються в силі лише ті встановлені ЦПК, з приводу яких китайська сторона робить відповідні заяви.

Таким чином, у сучасних умовах китайське право за рядом ознак можна віднести до континентального права, але поряд з ними, є ряд ознак, які свідчать про особливий специфічний характер китайського права. Це обумовлює потребу виділити загальні ознаки китайського права:

- наявність нормативно-правових актів, особливо законів, кодексів;
- наявність традиційних правових норм та релігійно-етичних цінностей у деяких сферах суспільних відносин;
- фіксація філософсько-традиційних понять, принципів у праворозумінні, правових нормах та інших елементах правової системи;
- дуалізм системи: наявність законодавства та традиційних норм;
- наявність ознак континентального права.

Одна з суттєвих ознак полягає у функціонуванні і до сьогоднішнього часу філософсько-традиційних концепцій, норм, інших способів і процедур врегулювання суспільних відносин. Постає закономірне питання: якими ж є причини їх стійкості? До таких причин можна віднести:

- особливості історичного розвитку та довготривалу ізоляцію від інших країн;
- ізоляція від зарубіжного права;
- вплив філософських ідей конфуціанства на праворозуміння;
- трансформування конфуціанського світогляду, принципів через правові норми;
- стійкі психологічні установки населення на дотримання цих традиційних правил, а також невизнання права найефективнішим регулятором суспільних відносин.

Японське право

Японське право має глибокі історичні корені. У V ст. н.е. в Японію прийшла китайська письменність, а вслід за нею і буддизм. Вплив китайської культури у VII-XIII століттях знайшов відображення і в реорганізації держави за китайським зразком.

Перші пам'ятки японського права з'явилися після 646 р. В цей час у Японії вводився порядок розподілу високих полів (ділянок), що належали державі, а також відбувався поділ суспільства на "ранги" - соціальні прошарки населення. Обов'язки кожної соціальної групи фіксувалися у юридичних збірниках – "*ріцу*". Складені за китайським зразком, вони містили кримінальні (репресивні) та адміністративні норми.

Система розподілу земель у VII ст. погано функціонувала і тому у IX-X століттях. з'являється система *сеньорії* – недоторканого володіння, звільненого від податків. Вона перетворюється на велике земельне володіння із суверенною судовою владою.

У 1185 р. виникають феодалні відносини нового типу. Влада імператора зменшується і переходить до військової касты. Імператорський фельдмаршал – *сьогун* від імені імператора реально здійснював владні повноваження.

Період громадянських війн у Японії (1333-1573 рр.) завершився встановленням феодалного унітаризму із своєрідною структурою, заснованою на суворій ієрархії – підпорядкування нижчих вищим структурам. Ця структура була посилена у період з 1603 по 1868 рр. використанням конфуціанства як основної офіційної філософської доктрини. В цей же час проводилася політика ізоляціонізму.

Владу у будь-яких справах здійснював сьогун. Спори ж розглядалися лише у виняткових випадках. У XVIII ст. його юрисдикція розширилася до 53 різновидів справ. Але його судові функції не відрізнялися від інших публічно-правових функцій. У Японії в цей час не було правових шкіл, професійних суддів, прокурорів, адвокатів, нотаріусів.

Ідея права викликала в цілому заперечення. В той же час виникає цілий комплекс норм етичного характеру, які регулювали поведінку осіб у їх взаємних відносинах у всіх випадках життя. Ці норми називали *гірі*. Вони стосувалися відносин батька і сина, чоловіка та дружини, інших родичів, а також господаря і службовця, старшого службовця та підлеглого, покупця та продавця, власника та користувача та інші. Гірі підмінили право і навіть

мораль. Виконання їх забезпечувалось осудом з боку суспільства. Таким чином, правила поведінки визначав кодекс честі, що мав характер звичаю. Все це виливало на визнання цінності права: право вважалось зайвим.

В XIX ст. політика ізоляціонізму занепадає. З 1853 р. Японія заключає договори з США, Англією, Росією, Нідерландами. І хоча вони були нерівноправними, все ж таки ізоляція Японії була знята. Велася торгівля, відкривалися консульства і представництва. У 1867 р. влада знову перейшла до рук імператора.

Відбулися зміни в правосвідомості населення та юридичній практиці, коли почав формуватися централізований устрій. Інтенсивні торгівельні зв'язки, зростання промисловості вимагали запозичення західних зразків права. На японську мову здійснюється переклад французьких та германських кодексів, відчутним був вплив і англійського права.

У 1882 р. були прийняті Кримінальний кодекс та Кримінально-процесуальний кодекс за французьким зразком, а у 1890 р. прийняті Закон про судоустрій та Цивільно-процесуальний кодекс за німецьким зразком. Цивільний кодекс, що набрав чинності у 1898 р. був створений за німецькою моделлю. У 1899 р. був прийнятий Торгівельний кодекс.

У 1889 р. була прийнята Конституція Японії, яка встановила новий адміністративний поділ на префектури. Були прийняті Закони про комуни (1888) та про префектури (1890). У 1907 р. прийнято Кримінальний кодекс.

Після 1945 р. – Другої світової війни - на японське право великий вплив справило загальне, зокрема, американське право.

У Новій Конституції 1946 р. була зафіксована ідея посилення ролі судової влади, а також включений перелік основних прав, що потребували безпосереднього судового захисту. Конституція визнавала принципи розподілу влади. Зокрема, імператор є главою держави, законодавчу владу здійснює парламент, виконавчу – Кабінет Міністрів. В країні створена єдина судова система, яку очолює Верховний Суд.

У 1947 р. прийнято Закон про трудові стандарти, а у 1949 р. – Закон про профспілки.

Близько 10 законів функціонує у сфері пенсійних відносин. З 1958 р. в наступні 20 років видаються закони про охорону навколишнього середовища: про охорону води від забруднення промисловими відходами, основний закон про контроль за забрудненням гавколишнього середовища, про регулювання вібрації та інші.

У 1948 р. набрав чинності новий Кримінально-процесуальний кодекс. В цей же період були прийняті Закон про судоустрій (1947), Закон про прокуратуру (1947), Закон про адвокатуру (1949).

Джерелами кримінального права є Кримінальний кодекс (1907), Закон про малозначимі злочини (1948), Закон про неповнолітніх (1948) та інші

Прийняття нових законів, запозичення ідей загального та континентального права вплинули на трансформацію та модернізували правову систему Японії.

Під час реформи 1948 кримінального процесу використовувався американський зразок. Поряд з цим, були прийняті антимонопольний закон, закон про компанії, про контроль за біржами та цінними паперами за американськими зразками.

Японська правова наука запозичила нову методику досліджень. Німецький догматизм втратив основну роль. Японська юридична наука розвивається у різних напрямках: соціологія права, марксистські концепції, правовий консерватизм, юридичний позитивізм та природниче право європейської моделі тощо. Все частіше японські вчені-юристи проводять дослідження на стику права та соціології, а також функціонування окремих правових інститутів.

Джерела сучасного японського права. Головним джерелом сучасного японського права є **закон**, що являє собою нормативно-правовий акт, прийнятий найвищим законодавчим органом державної влади.

Систему законодавства в Японії очолює **конституція** – основний закон держави, якій повинні відповідати всі нормативно-правові акти. Згідно з Конституцією, формою правління в Японії є конституційна монархія. Імператор або регент, а також державні посадові особи, зобов'язані поважати і охороняти Конституцію. Верховний суд Японії наділений повноваженнями конституційного нагляду щодо будь-якого закону, наказу, розпорядження або іншого офіційного акту.

В системі законодавства найважливіше місце відводиться **кодексам**, що регулюють практично всі галузі японського права. Кодифікація в Японії має давню історію. Перші закони, які комплекси регулюють значні сфери суспільних відносин, нагадують кодекси і датують ься УІІ ст. Кодифікація в Японії, проведена в епоху Мейдзі, відкрила нову сторінку в історії японського права.

Специфіка законодавства як основного джерела японського права полягає в тому, що окрім Конституції і кодексів діють так звані **основні закони**, які регулюють питання, що стосуються основоположних сфер життя суспільства. Наприклад, основний закон про сільське господарство 1961 р., основний закон про заходи проти забруднення навколишнього середовища 1967 р. та інші. Ці закони визначають загальний напрям правової політики і правові принципи у відповідній сфері, а конкретні заходи визначаються звичайними законами.

В Японії приватними видавництвами щорічно видаються **збірники законодавства**, що носять назву «Повні зібрання шести законів» або ж просто «Шість законів». Дана назва виникла наприкінці ХІХ ст., коли збірники законодавства склались із шести чинних законодавчих актів: Конституції, Цивільного, Торгового, Цивільно-процесуального, Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів. В наші дні ці збірники охоплюють більшу частину нормативно-правових актів, оскільки з'явилась велика кількість нових галузей права і, відповідно, нових законів,

що регулюють дані галузі. Це, перш за все, природоохоронне право, право соціального забезпечення, господарське право, інформаційне право та інші.

Підзаконні акти, що видаються на виконання законів виконавчими органами державної влади, також є самостійними джерелами японського права. Серед них особливе значення мають урядові **укази**, що регулюють велику кількість питань, які належать до різних сфер життя суспільства. Урядові укази приймаються Кабінетом Міністрів Японії на виконання положень Конституції і законів. При цьому в урядових указах не можуть міститись статті, що передбачають кримінальне покарання.

Такий підзаконний акт, як **положення**, видається муніципальними зборами префектур, міст, селищ і сіл як нормативний акт місцевого значення. При цьому максимальне покарання за порушення положень місцевих органів обмежується двома роками ув'язнення. Такі справи розглядаються судовими органами і держави.

Самостійним джерелом японського права є **нормативно-правовий договір**, що являє собою угоду між сторонами, яка спрямована на встановлення офіційних юридичних правил та закріплює взаємні права і обов'язки сторін. Він служить підставою для прийняття інших нормативно-правових актів. Різновидом нормативно-правового договору є колективний договір між працедавцями і найнятими робітниками, інтереси яких представляє профспілка.

Відносно **судової практики** як джерела японського права необхідно відзначити, що аналогічно романо-германському праву, рішення судів офіційно не вважаються джерелом права. Проте на практиці нижчі судові органи не тільки не ігнорують, але вважають обов'язковими застосовувати рішення вищих судових органів.

Після Другої світової війни японське право, як вже нагадувалось, зазнало впливу американського права. Проте, на відміну від США, в Японії положення загального характеру у рішеннях судів з конкретних справ не мають сили прецеденту. Разом з тим, для забезпечення одноманітного

тлумачення і застосування судами законів Верховний суд Японії ухвалює рішення, спрямовані на тлумачення і застосування норм Конституції та інших нормативно-правових актів.

Звичаї також є джерелом японського права. У деяких випадках звичай має однакову із законом юридичну силу. Крім того, Цивільний і Торговий кодекси містять норми, що відсилають до застосування звичаїв при вирішенні різних питань. Необхідно відзначити, що їх роль як джерела права як і раніш значна, що пояснюється традиційним способом життя японців.

Згідно з декретом № 103, прийнятим у 1875 р. під назвою «Вказівка для органів судової адміністрації», у разі відсутності норми писаного права застосовуються звичаї. За відсутності відповідного звичаю суддя ухвалює рішення, ґрунтуючись на нормах «загального принципу права».

Самостійним джерелом японського права є також *міжнародні акти і договори*. У разі виникнення суперечності між нормами міжнародного і національного права, згідно з Конституцією Японії, пріоритетними є норми міжнародного права. Конституція Японії встановлює, що укладені Японією договори і встановлені норми міжнародного права повинні сумлінно виконуватись. У разі укладання урядом міжнародних договорів потрібне, залежно від обставин, попереднє або подальше схвалення парламентом.

Система права, як і в континентальному типі, поділяється на публічне та приватне право. Система права включає: конституційне, адміністративне, цивільне, торгове, кримінальне, кримінально-процесуальне та цивільно-процесуальне, право соціального забезпечення, господарське право, сімейне право, виділяються такі підгалузі: медичинське та освітянське право.

Рецепція великої кількості іноземних правових інститутів не привела до значимості їх у правовій практиці Японії.

В сфері публічного права передбачені законами демократичні інститути деформуються. Японці говорять «про зовнішній конституціоналізм» їх політичного режиму. Конституційний контроль Верховним Судом

здійснюється обмежено, у зв'язку з чим акти скасування законів та інших нормативних актів виявляються поодинокими.

Японці і сьогодні у праві вбачають засіб примусу. А тому навіть наявність кодексів і чітко структурованої судової системи не змінили традиційної ментальності. Ідея права не ввійшла у повсякденне життя японців. Мало хто з громадян користується правами, передбаченими новими законами. Керівна роль відводиться традиційним формам посередництва.

Всі спори між членами сім'ї вирішуються на підставі звичаїв і без судового втручання. Наприклад, зазвичай, перед реєстрацією шлюбу сім'ї наречених звертаються до посередника, який вирішує всі проблеми, пов'язані з підготовкою весілля, і є свідком. В його обов'язок входить вирішення спорів між подружжям та членами їх сімей. До судової процедури розлучення звертаються лише в окремих випадках, коли відсутнє єдине рішення по даній проблемі. Якщо ж бажання подружжя співпадає, вони вважаються розлученими відразу ж як оформлять рішення про розлучення. Наслідки розлучення: спори про розподіл майна, аліменти, батьківські права улагоджуються посередником: родичами, друзями тощо. Споры між сусідами, дорожньо-транспортні пригоди також вирішуються шляхом посередництва.

Звернення до суду є крайнім засобом, якщо не досягнуто згоди шляхом переговорів.

Сучасна судова система Японії склалася в результаті реформ 1947-1948 рр. Вона включає: Верховний Суд, вищі, територіальні, сімейні та первинні суди.

Очолює цю систему Верховний Суд. Він є вищою судовою інстанцією та вищим органом конституційного нагляду, а також органом, що керує нижчими судами. Він встановлює правила для роботи суддів, адвокатів, яких повинні дотримуватися і прокурори. Конституційний контроль може здійснюватися і нижчими судовими інстанціями.

Прокуратура в Японії входить у систему міністерства юстиції.

Всі судді призначаються Кабінетом Міністрів на посади терміном на 10 років, голова Верховного Суду – імператором. Судді перебувають на посаді до виходу у відставку в 65 або 70 років. Судді всіх судів можуть усунути з посади тільки через публічний розгляд звинувачення судді спеціальними органами парламенту за процедурою імпічменту.

Для заняття посади судді, прокурора, адвоката існують суворі правила відбору. Випускники юридичних факультетів японських університетів повинні здати екзамени спеціальній комісії міністерства юстиції. Їх витримують лише 2-3% осіб, що екзаменуються. Вони зараховуються на 2-х річні курси підготовки працівників юстиції при Верховному Суді. В програму входять теоретичні заняття, практика у судах (8 місяців), прокуратурі та адвокатурі (по 4 місяці). Після закінчення курсів та здачі екзаменів претенденти на посаду судді, адвоката, прокурора отримують призначення. Корпорації професійних юристів свідомо обмежують збільшення корпусу юристів у Японії. Так, у країні з населенням більше 120 млн. є приблизно 2000 суддів, 2100 прокурорів і більше 12000 адвокатів. Через курси підготовки працівників юстиції щорічно проходить не більше 500 осіб.

Згідно Конституції, захист звинуваченого здійснюється адвокатом за вибором звинуваченого, або за призначенням держави, якщо у нього немає засобів, щоб оплатити послуги адвоката. У цивільному процесі незаможним особам може надаватися матеріальна допомога. Вона зводиться або до відтермінування оплати судових розходів, або до призначення безкоштовного адвоката японською асоціацією правової допомоги.

Адвокат може утворити юридичну контору на території колегії адвокатів, до якої він належить, з відома Федерації колегій адвокатів.

З 1947 р. у Японії відсутня система адміністративної юстиції. Скарги на дії адміністративних органів розглядаються в першій інстанції територіальними судами.

Необхідно вказати на ще одну специфічну особливість японського права: наявність поряд із судовою процедурою спеціальної процедури примирення.

Законом передбачені різноманітні види мирових угод. Перша з них може здійснюватися на досудовій стадії. У більшості випадків конфлікти закінчуються на цій стадії.

Якщо ж сторони не уклали мирової угоди на цій стадії, вони можуть звернутися до суду. Але і тут діє ідея примирення. Згідно з Цивільно-процесуальним кодексом суддя у ході процесу повинен постійно намагатися примирити сторони. Найкращий варіант – це відмова від позову та укладення мирової угоди. Суддя, згідно із законом, має можливість на всіх стадіях виконувати роль посередника. За статистикою, відмови від позовів щорічно складають 50 % від загальної кількості справ.

Крім згаданих процедур, сторони мають ще одну можливість: просити про створення комісії примирення, що має назву арбітражного комітету. Комісія складається з двох посередників під головуванням професійного судді. Щодо певної категорії справ (сімейні, трудові) закон рекомендує цю процедуру. Якщо комісії не вдалося схилити сторони до мирової угоди, будь-яка сторона у 2-х тижневий термін може звернутися до суду. Суду і в цьому випадку надається вибір: вирішити справу на підставі закону або підтвердити варіант мирової угоди, яку запропонували посередники.

Проте у сучасних умовах сторони все частіше звертаються до суду з проханням вирішити справу на підставі закону. Поряд з цим, японці не відмовляються і від своїх традицій. А суди користуються можливістю зупинити розгляд справи і передати в комісію примирення: узгоджувальну комісію, арбітражний комітет.

Так, у 1959 р. із всіх справ, що надійшли у японські суди: по 40% з них – укладені мирові угоди; по 20 % – справи вирішені шляхом досягнення компромісу у судовому засіданні; по 14 % – позов відкликано; по 26 % – винесені рішення.

Правда, у Японії і в суди звертаються набагато менше, ніж в будь-якій країні Заходу. Але це пояснюється не тільки впливом конфуціанства на правосвідомість японців, але і перевантаженістю судової системи, незначною кількістю суддів та адвокатів, затяжною процедурою розгляду справи.

І хоча юристів у Японії не так багато, як в інших країнах з такою ж кількістю населення, їх стає все більше, бо цього вимагають відповідні обставини.

У Японії в останні роки значно зросла кількість колективних судових процесів стосовно захисту навколишнього середовища та відповідальності за якість продукції. Сторонами в цих процесах є тисячі позивачів. Але яким би чином не була модернізована правова система Японії, у ній і сьогодні зберігають свою дію традиційні принципи та норми.

До причин стійкості традиційних норм японського права можна віднести:

- 1) ізольоване до 1853 р. положення Японії;
- 2) відсутній вплив зарубіжного права;
- 3) вплив філософсько-традиційних (релігійних) та політико-етичних норм на правосвідомість населення, зокрема, вплив конфуціанства;
- 4) принципи ієрархічної організації суспільства, якому відповідали традиційні норми – гірі;
- 5) відсутність упродовж довгого часу правових шкіл та юридичних професій;
- 6) тривале невизнання цінності права як регулятора суспільних відносин.

Поряд з цим, можна виділити і ряд загальних ознак сучасного японського права:

- наявність нормативно-правових актів: законів і кодексів;
- наявність інших джерел права: правових звичаїв, нормативно-правових договорів;
- наявність традиційних норм у певній сфері відносин, наприклад, сімейні та інші, яка постійно звужується;

- наявність посередницьких процедур;
- наявність процедур примирення у судовому процесі;
- дуалізм системи: поєднання дії традиційних норм і нормативно-правових актів;
- наявність ознак континентального та загального права;
- розвиток правової системи за західно-європейськими зразками.

Таким чином, далекосхідна правова сім'я є настільки своєрідною, наскільки й довговічною Її багатовікове існування пояснюється багато в чому власними історичними коренями. З досить тривалою ізоляцією від зарубіжного права. Глибокі морально-релігійні витoki виявились настільки стійкими, що навіть «європеїзація» та «американізація» правової сім'ї далекосхідних країн не змогла докорінно змінити їх природу. Як і раніш, внутрішні етичні цінності і традиційна саморегуляція діють як ніби то всередині, в оболонці правових норм.

3. Африканське право

Культура другого за величиною після Євразії материка –Африки – має давню історію. Виходячи з певних культурно-історичних особливостей, так звана Чорна Африка поділяється на чотири зони.

Перша -Західна Африка – простір від південних рубежів Сахари до Верхньої Гвінеї та вододілу рік Судану і басейну Конго. На заході і сході ця зона обмежена Атлантикою та Ефіопським нагір'ям. Тут розташовано ряд західноафриканських держав від Мавританії на південь до Камеруну, на схід – до Чаду та Республіки Судан.

Друга - Центральна Африка – охоплює басейн ріки Конго. На її території розташовані такі держави як Заір, ЦАР, Камерун, Екваторіальна Гвінея, Габон та Конго.

Третя - Східна Африка – від східних районів верхнього Нілу і Конго, система Великих африканських розломів; на півдні – нижня течія Замбезі, а на сході – Індійський океан. Тут розташовані Ефіопія, Джибуті, Сомалі, Кенія, Уганда, Руанда, Бурунді, Танзанія, Замбія, Малаві, північ Мозамбіку.

Четверта - Південна Африка – територія якої обмежена з півночі плато Лунда, системою Великих африканських розломів та нижньою течією Замбезі. На цій території розміщені такі держави як Ангола, південна частина Мозамбіку, Зімбабве, Ботсвана, Намібія, ПАР, Свазіленд і Лесото.

Північна Африка знаходиться під впливом ісламу.

Перші державні утворення у Західній Африці виникли у III-IV ст. н.е. Гана, у Центральній – у X-XIII ст.ст. н.е. Конго, у Східній – у III-VI ст.ст. Аксумське царство. На острові Мадагаскар Імеріна у XIV ст. тощо.

Для архаїчних африканських суспільств, побудованих на родових ієрархічних стосунках (на моральних засадах), найбільш прийнятною була геронтократична форма управління, тобто влада старійшин.

Визначальною ознакою традиційно-релігійної свідомості африканських народів є релігійно-міфологічне відображення світу. Вона є специфічною у різних етносів, але спільним є уявлення про взаємодію надприродних та природних сил, їхнє взаємоперетворення, уявлення про Всесвіт як гармонізовану цілісність, взаємозалежних, керованих, доброю волею елементів. Ці релігійні вірування поступово ставали вищим виразом суспільної єдності. Світ надприродного - головного божества - породжує світ духів, землі, лісів, вод, а також предків, душі яких виступають посередниками між божествами та людьми. Особливу роль відіграють предки, які об'єднують властивості двох світів: природного та надприродного і можуть впливати на долю живих людей. Тому головне місце у традиційних африканських релігіях посідає культ предків.

Домінуючою та об'єднуючою у традиційних релігіях різних етносів є ідея життєвого начала, головним носієм якого є людина. Через неї відбувається примноження й розвиток цього начала.

Загальною основою культури, релігії, мистецтва, технології, політичної, економічної, соціальної організації традиційного африканського суспільства є ідея боротьби життєвого начала з небуттям: історія людства – це перемога життя над смертю.

У традиційній свідомості існує образ ієрархізованої структури Всесвіту.

На ґрунті цих уявлень виникають характерні для африканського суспільства культ предків та кланова солідарність. Клан сприймається як сукупність живих та померлих членів, як структура для відтворення і передавання життєвої сили. Картина світу, що формувалася у традиційних релігіях Африки, включала уявлення про ієрархічність усього сутнього. Світ африканця постає в жорстко впорядкованих формах, де все взаємопов'язане, кожен елемент відіграє певну роль і посідає визначене місце в ієрархії.

З цим міфічним уявленням про Всесвіт, соціальний устрій тісно пов'язувався звичай. Дотримання звичаю означало повагу до предків, а його порушення могло мати досить негативні наслідки.

Світоглядно африканці негативно відносяться до будь-якої дії - прогресу. Суб'єктом у більшості відносин виступає група: община, каста, сім'я тощо. У світогляді переважають ознаки колективізму на відміну від західних концепцій індивідуалізму.

Крім цього, ухил робиться на обов'язки, а тому маловідомим є поняття суб'єктивних прав. В той же час, юридичні обов'язки не відрізняють від моральних.

Юридична наука недостатньо розвинута: відсутній поділ системи права на публічне та приватне, цивільне та кримінальне, розвиток юридичних професій та установ. Так в цілому можна охарактеризувати соціально-правові системи африканського типу.

Перш ніж давати *характеристику сучасним правовим системам Африки*, необхідно відмітити, що розвиток африканського права можна поділити на *декілька етапів*: доколонізаційний, колонізаційний і сучасний.

Доколонізаційне право було неписаним. А тому для його позначення найчастіше використовується термін "звичаєве право" - традиційне право. Традиційне право цього періоду було сукупністю неписаних правил, що передавалися усно із покоління в покоління.

Доколонізаційне африканське суспільство було аграрним - сільськогосподарським, і право цього періоду відбивало потреби суспільства. А тому це впливало на формування певних інститутів, наприклад, інститут управляючого спільною родинною власністю; шлюбна угода.

Африканське право цього періоду мало колективістський характер. Особистість не розглядається як відокремлена індивідуальність; вона є частиною групи і наділена правами, виходячи з цієї належності.

Це право мало ознаку нерівності, бо існував ієрархічний соціальний порядок в суспільстві. Це право мало і ознаку релігійності, проте воно не набуло чітких релігійних форм.

Звичай, як правило, містить норми без необхідних матеріальних елементів, які можуть застосовуватися. В свідомості африканців "справедливим" є те, що забезпечує згуртованість групи і відновлює злагоду між членами групи. Право та правосуддя є різними. Правосуддя є інститутом примирення. Ідеєю примирення керувалися при вирішенні конфліктів, так як традиційне право не відрізняло правові та моральні норми.

В доколоніальний період відбувався вплив християнства та ісламу. Християнство поширювалося протягом двох періодів: а) IV ст. у Ефіопії; б) у XIX ст. – в інших частинах Африки та Мадагаскару. Серед мешканців Африки і сьогодні 30 % населення - християни. Ісламізація почалася у XI ст. і поширилася на країни Західної Африки, пізніше, в XIV-XV ст.ст. – Сомалі і берег Індійського океану. На сьогодні 35 % мешканців Чорної Африки – мусульмани. І хоча ці релігії мали значний вплив на населення Африки, вони не отримали повної переваги.

До даного часу більшість населення африканського континенту дотримується норм звичаєвого права.

При цьому необхідно відмітити, що Африку населяли і населяють різноманітні народи, етнічні групи та спільноти, а тому тут спостерігається і велика різноманітність звичаїв та звичаєвого права.

Так, у Французькій Екваторіальній Африці та Бельгійському Конго проживало 1500 народностей. У Судані їх було 579, в Англійській Західній Африці – 200, на Мадагаскарі – 19. У Сенегалі у 1861 р. офіційно визнано 68 різновидів звичаїв, з них 20 ісламських та 7 християнських. У Танзанії, Кенії, Уганді, де проживає близько 45 млн. населення, – нараховується більше 200 етнічних спільнот.

Навіть общини, що населяють сусідні географічні райони, можуть суттєво відрізнятися. У межах однієї держави можуть проживати народності, різні за етнічним, лінгвістичним походженням, Наприклад, у Кенії проживають нілоти, нілохаміти, заміти та бінту. Це багатоманіття доповнюється відмінностями за системою сімейного та родинного укладу.

В той же час африканське звичаєве право має багато спільних ознак: загальні принципи, процедури, установки і, в деяких випадках, правила.

Африканське звичаєве право є правом груп або спільнот, а не правом індивідів. Наприклад, шлюбна угода – це угода двох сімей - родин, а не осіб. Розлучення можливе тільки при наявності згоди цих сімей. Право власності на землю належить соціальній групі. Майно успадковувалося сім'ями (групами), а не особами. Спори виникали між общинами, сім'ями, групами. Існували і два види судів: два способи вирішення спорів.

Посередницька структура – арбітраж - вирішувала спори шляхом переговорів у межах общини. Очолювали її старійшини та інші лідери. Суди з дотриманням юридичних формальностей діяли у суспільствах з більш менш централізованою владою.

У літературі з порівняльного правознавства обговорюється проблема розмежованості між кримінальними злочинами та цивільними правопорушеннями. У більшості африканських общин в основу такого розмежування були покладені категорії кримінальних злочинів та цивільних

правопорушень, але в той же час, одне і те ж діяння могло трактуватися як цивільне або кримінальне, залежно від його спрямованості чи залежно від обставин справи: перелюбство з дружиною вождя визнавалося злочином, а з дружиною іншого члена общини – цивільним правопорушенням. Вперше вчинене протиправне діяння – цивільний проступок, а вдруге, повторно – злочин.

Характерним аспектом звичаєвого права доколоніального періоду була відповідальність групи або общини за правопорушення членів цієї общини. Серед інститутів традиційного права особливе місце займали сім'я, земельна власність, спадкування. Звичаєве право визнавало полігамію: раво чоловіків мати декілька дружин. В той же час, розлучення були поодинокими, так як укладення шлюбу пов'язувалося з "викупом за наречену" (приданим), який підлягав поверненню при розлученні.

Правами на землю були наділені не особи, а сім'я (група). Спадкове право передбачало перехід не тільки майна, а й цілого комплексу прав та обов'язків померлого до спадкоємців. А тому і виділялося декілька видів спадкування: 1) патрілінійне або матрілінійне; 2) автоматичне (якщо відомий спадкоємець) або вибіркове (якщо спадкоємець обирається після смерті спадкодавця); 3) універсальне (існує єдиний спадкоємець); 4) спільне (є декілька спадкоємців).

Ці та інші ознаки були характерними для звичаєвого права доколоніального періоду.

Другий колоніальний період – XIX ст. – характеризується пануванням європейців. Французи, іспанці та португальці проводили політику асиміляції, яка була заснована на подвійній основі – рівної цінності всіх людей та перевагах європейської цивілізації. Метрополія безпосередньо управляла тією чи іншою країною - колонією.

Англіїці проводили політику непрямого управління - простого протекторату, хоча в цілому намагалися втілити свої концепції на підвладних територіях. Вводились і моделі правової системи метрополії.

Французьке право поширилося у Французькій Африці та Мадагаскарі, бельгійське право – у Конго, португальське – в Анголі та Мозамбіку, загальне – в англійських колоніях, романо-германське, а пізніше загальне – у Південній Африці. Ліберія запозичила загальне право і судові звичаї Англії та США.

Та частина звичаєвого права, що не суперечила інтересам колонізаторів, зберігалася. Виникла дуалістична система права.

Рецепція західного права відбулася у тих сферах, які не могли регулюватися традиційним правом: трудове та акціонерне право, патентне та морське право, цінні папери тощо.

Право, впроваджене метрополіями, включало кримінальне, адміністративне право, торгове, морське, трудове, частково цивільне. За традиційним правом залишилися такі сфери, як земельна власність, сімейне та спадкове право, деякі цивільно-правові зобов'язання. Застосування нового права не було повним.

У Французькій Західній Африці та Мадагаскарі кодекси та закони застосовувалися лише у межах передбачених спеціальними декретами. У Бельгійському Конго діяв спеціальний Цивільний кодекс.

На території Англійської Африки існували різні правові режими.

У Західній Африці, Замбії, Малаві, Британському Сомалі застосовувалося загальне право та право справедливості. У Східній Африці застосовувалося право Британської Індії. На південь від Замбезі діяло романо-германське право: Південна Родезія, Ботевана, Лесото, Сваріленд. У Ліберії діяло загальне право. Але норми могли змінюватися, якщо вони не підходили до місцевих умов.

У цей же час проводиться і реформація звичаєвого права та реформа традиційних судів. Діяли водночас колоніальні суди з європейськими суддями, що керувалися правом метрополії та колоніальним законодавством. Діяли і місцеві суди, юрисдикція яких поширювалася на африканців.

У літературі відмічають чотири найбільш важливі зміни у звичаєвому праві колоніального періоду:

1) відхід від традиційних методів врегулювання конфліктів: створення судової системи західної моделі;

2) використання норм права європейської моделі суддями місцевих судів звичаєвого права;

3) створення нормативно-правових актів, зокрема, законів;

4) заборона деяких звичаїв, наприклад, рабства, спричинення каліцтва.

У Танзанії проведено уніфікацію звичаєвого права.

Колонізація знищила африканську концепцію права, такі цінності, як дух спільності, повага до предків тощо, і не замінила їх новими.

В той же час у колоніальний період суб'єкти правотворення сприяли становленню правового статусу особи, виділенню інститутів цивільного та кримінального права, формування правотворчої техніки, введенню поняття писаної Конституції, нормативно-правових актів губернатора, короля, уряду.

В цілому звичаєве право колоніального періоду можна охарактеризувати наступним чином:

1) звичаєве право продовжувало регулювати відносини в етнічно-різноманітному суспільстві; воно залишалось неписаним; звузились сфери його застосування;

2) звичаєве право не було уніфікованим у межах єдиної правової системи;

3) виникла колізія між європейським колоніальним та звичаєвим правом; дуалізм зберігся протягом усього колоніального періоду;

4) звичаєве право було деформоване, але, в той же час, і модифіковане.

Найважливішими об'єктивними факторами збереження звичаєвого права виявились:

- наявність нерозвинутої економіки, часто докапіталістичної форми;
- існування общинного укладу: общинного селянства, общинної верхівки влади тощо; община – це складна частина багатокладного африканського

суспільства; від 60 до 80 % населення Тропічної Африки в цілому, 80-90 % населення деяких окремих країн є членами общини;

- дієвість (живучість) общинних інститутів та уявлень (свідомості), консерватизм свідомості та життєвого укладу;
- слаборозвинута система засобів масової інформації та освіти;
- недостатній розвиток правової культури населення, юридичної науки, установ, професій.

Новий (сучасний) етап пов'язаний з отриманням державами Африки незалежності, їхнім розвитком як соціалістичної, так і капіталістичної орієнтації.

Перш за все необхідно відмітити, що на африканському континенті у більшості випадків ще не завершився процес формування націй. А тому держави створюються на базі плюралістичного суспільства з багатоманітними етнічними соціальними групами. Тому звичаєве право, яке для цього є більш доцільною зовнішньою формою, використовується як регулятор суспільних відносин. У той же час, звичаєве право гальмує розвиток нових соціально-економічних відносин.

А тому проводиться уніфікація звичаєвого права, а також створюється нове право молодих африканських держав. Крім цього, зберігаються принципи та нормативні акти, рецептовані із західно-європейських правових систем. Так, французьке право зберігається у Мавританії, Гвінеї, Сенегалі, Малі, Нігерії, Камеруні, Республіці Чад, Конго, Мадагаскарі та інших. Бельгійське право – у Заїрі, Бурунді, Руанді. Голандське – у Лесото, Ботівані, Свазіленді, Намібії. Загальне право діє у Гамбії, Сьєра-Ліоне, Гані, Замбії, Уганді, Судані, Малаві, Маврикії та інших.

Африканське право 60-80 рр. ХХ ст. характеризується дуалізмом правового розвитку. З'являються національні правові системи Африки. Закріплення цих ознак знаходить відображення у національних конституціях держав Африки.

Державно-правовими формами правління, які відповідали специфіці африканських країн, стали президентські республіки, що засновані на однопартійній системі, з сильною владою і майже необмеженими повноваженнями президента.

Керівники африканських держав, які отримали, як правило, західну освіту, намагаються розвивати та модернізувати свої країни. Хоча одна частина цих держав формується за зразком ліберальної економіки, інша – за зразком колективістської економіки. Поряд з цим, розвиток економіки послаблює залежність особи від сім'ї, общини, Формування нації не сумісне з існуванням великої кількості триб (общин), що знищує африканську цілісність. Таким чином, африканські країни для подальшого розвитку повинні були допустити плюралістичну концепцію суспільства і права. Але вони пішли шляхом формування загальнодержавного права.

Формування незалежних держав (їх є більше 40 у сучасній Африці) потребувало і нового відношення до традиційного права та необхідності його збереження. В африканських державах проводилися реформи, які базувалися на кодифікації як законодавчих, так і звичаєвих норм. У багатьох країнах створювався кримінальний кодекс, який замінив звичаєві норми у цій сфері.

У сфері шлюбно-сімейного і спадкового права залишився дуалізм законодавства та звичаєвого права.

Поряд з цим, у незалежних африканських державах проведена велика законодавча робота. У франкомовних країнах було створено понад 100 кодексів, більшість з яких набрали чинності з 1960 по 1970 рр.

Новими кодексами були охоплені цивільне, кримінальне, інвестиційне, трудове право, кримінальний процес та судоустрій. У Сенегалі, Гані, Уганді та на Мадагаскарі було реформовано зобов'язальне та договірне право. У Сенегалі, Гані та Кенії кардинально змінений правовий режим земельної власності. Майже у всіх державах було кодифіковано - повністю або частково - сімейне право (Сенегал, Того) чи регламентовано законами (Берег

Слонової Кості). А в деяких державах (Гвінея, Малі, Габон, Бурунді) – реформовано частково.

Правда, не завжди ці нормативні приписи належно застосовуються, так як відсутня необхідна кількість професійних юристів і стійкими є форми традиційної свідомості населення.

Поряд з цим, традиційне право втрачає ряд своїх основних ознак, і у значній частині воно стало об'єктом систематизації та кодифікації.

До основних тенденцій розвитку права у сучасних правових системах Африки можна віднести:

- 1) зменшення регулюючого значення правового звичаю та звуження сфери його застосування;
- 2) зменшення сфери колоніального права;
- 3) збільшення сфери дії національного законодавства;
- 4) закріплення у національному законодавстві демократичних державно-правових принципів, формально рівних умов розвитку всіх форм власності, забезпечення прав і свобод людини.

Хоча в той же час політичні, культурні, етнічні, економічні та інші умови розвитку цих країн є різними, соціальна структура не достатньо розвинута, відчуваються обмеження державною владою традиційних інститутів. Значна роль у соціальному управлінні відводиться армії. Демократизація проводиться і зверху органами державної влади.

Значну роль відіграє етнічний, релігійний та культурний плюралізм, що часто виступає чинником політичної нестабільності. Він ускладнює роль держави як національного арбітра.

Сучасний етап розвитку африканського типу правової сім'ї характеризується правовою багатоманітністю. З посиленням нормотворчої, особливо законодавчої діяльності та конституційного права як основи державної незалежності, норми звичаєвого та колоніального права перетворюються у норми загальнотериторіального права. Відчутним є вплив

міжнародного права та норм африканських міждержавних об'єднань і інститутів.

У ряді країн були проведені реформи судоустрою з метою ліквідації двох видів судів і створення єдиної судової системи. Суди, які спеціалізувалися на застосуванні норм звичаєвого права, були досить поширеним явищем. Так, у Нігерії на ці суди, яких було більше 15000, припадало близько 90% обсягу судових справ; у Заїрі – близько 400 тисяч справ у рік.

У деяких країнах традиційні суди були ліквідовані: це - Сенегал, Берег Слонової Кості, Малі, Бурунді, Руанда. В інших - Камерун, Бенін, Конго, Габон, Нігер, Того – тимчасово збережені два типи юрисдикції. У більшості африканських країн суди звичаєвого права у сучасних умовах не існують.

Якщо у колоніальний період тільки традиційні суди застосовували норми звичаєвого права, то тепер всі суди будь-якої інстанції судової системи можуть застосовувати звичаєве право.

Вищі ланки судової системи застосовують звичаєве право при розгляді апеляцій на рішення місцевих судів. Крім цього, суди першої інстанції розглядають справи з участю осіб, незалежно від їх расового походження. Терміни "туземець", "африканець", які були критерієм для передачі справи у традиційний суд, замінені термінами "особа", "сторона".

Державні судді, що замінили вождів і старійшин у традиційних судах, мають юридичну освіту, здобуту, як правило, у західних правових системах, і відповідають вимогам, встановленим національним законодавством.

Цікавим видається і становлення такого специфічного для Африки інституту, як конституційне правосуддя. У багатьох державах Африки, за винятком ПАР з американською моделлю та Гани і Нігерії з модифікованим варіантом американського, встановлена модель конституційного правосуддя, також за винятком – Танзанії, Мадагаскару.

Передбачений першими конституціями, з часом цей інститут у африканських державах став лише формальним, і почав відновлюватися лише у 90-х роках.

У групі країн конституційне правосуддя здійснюється судами загальної юрисдикції: вищою судовою інстанцією у Гані, Намібії, Папуа – Новій Гвінеї.

Членами цих судів призначаються професійні судді, які відповідають кваліфікаційним вимогам: великий термін перебування на посаді та вказані підстави усунення з посади. Так, суддя Верховного Суду Гани може бути звільнений за неналежну поведінку, некомпетентність, за станом здоров'я. В деяких країнах - Камерун, Намібія - можуть призначатися тимчасові судді, які мають спеціальні знання і досвід щодо відповідних справ, наприклад, гарантії основних прав і свобод.

У багатьох країнах Африки, близьких до континентального права, конституційне правосуддя здійснюється спеціалізованими органами. Це - Конституційні палати Верховних судів – Буркіна-Фасо, Гвінея, Нігер та інші.

У формуванні спеціалізованих судів (органів) конституційного правосуддя беруть участь декілька гілок влади: законодавча, виконавча, судова – Габон, Мадагаскар; законодавча і виконавча – Бенін.

Як правило, до суддів пред'являються вимоги стосовно юридичної освіти та стажу роботи по спеціальності, але якщо такі вимоги і не пред'являються, законодавець намагається забезпечити переваги у складі суду юристів (Габон, Малі).

В деяких франкомовних країнах Африки (Габон, Малі) здійснюється контроль за законодавчими та регламентарними актами, які зачіпають права людини; за виборчим процесом.

І хоча у франкомовних країнах реалізується французька модель конституційного правосуддя, у них є певні відмінності.

Джерела сучасного африканського права. Характеризуючи систему джерел права в правових системах африканських держав, перш за все,

необхідно вказати на їх суперечливий і складний характер. В одних правових системах *закон* є першим джерелом права, в других - *судовий прецедент*, у третіх – *правовий звичай*. Проте необхідно окреслити загальну систему цих джерел, характерну для правових систем більшості африканських держав.

Найбільш характерною рисою джерел права, як вже наголошувалось, є їх суперечливість, зумовлена складністю самих правових систем, що зазвичай включають дві і більше різнотипних підсистем традиційного і сучасного права.

Офіційно головним джерелом права в багатьох державах є закон. Очолує систему законодавства конституція. Проте роль конституційного регулювання незначна, оскільки змістовна і формальна складова дій конституцій різна. Практично в усіх африканських державах прийняті конституції. Проте їх роль у забезпеченні державної стабільності незначна, оскільки нестабільність державної влади нерідко є наслідком військових конфліктів і переворотів.

Необхідно вказати на складний механізм співвідношення конституційних норм і норм звичаєвого права. Оскільки норми традиційного права є складовою національної правової системи, то вони повинні формально відповідати нормам конституції. Проте традиційний спосіб життя суспільства, який зумовлює домінування правових звичаїв, позначається на конституційному будівництві цих держав.

Як вже наголошувалось, закон є основним джерелом права в більшості африканських держав, що відображає запозичення правових положень у колоніального права. В державах, які в минулому були колоніями європейських держав, зокрема, Франції, в принципі діють норми Цивільного і Торгового кодексів Франції, або в тому вигляді, в якому вони були спочатку прийняті, наприклад, в Чаді, або з певними модифікаціями, здійсненими для колоній, наприклад, у Сенегалі. А в тих державах, де були прийняті і кодифіковані акти, що регулюють дані галузі права, помітний вплив французького законодавства.

В Нігерії діють закони, згідно з якими, *англійське загальне право* вважається джерелом національного нігерійського права, що відображає колоніальну спадщину цієї країни. Або, наприклад, Високий суд Танзанії і в даний час керується англійськими прецедентами XIX ст.

В англомовних країнах, разом із законодавством, джерелом права є *судовий прецедент*. Звернений до минулого, він, напевне, понад усе пов'язаний з колоніальним правом і серйозно ускладнює проблему його подолання. Перед цими державами постає складне завдання пристосування прецедентного права до потреб сучасного правового розвитку. Через проблемність багатьох галузей законодавства більшості африканських держав судові прецеденти відіграють значну роль як джерело права.

Важлива особливість системи джерел сучасних африканських держав полягає в тому, що закон не завжди має вищу юридичну силу, оскільки найважливіші питання суспільного життя регулюють акти виконавчої влади, а не закон.

В деяких державах конституції передбачають можливість парламенту уповноважити законом президента вживати заходів, які зазвичай належать до сфери закону (Конституція Сенегалу в редакції Конституційного закону 1983 р.). Згідно з Конституцією Танзанії, парламент країни може надати будь-якій особі чи органу влади право приймати постанови, що мають силу закону. Звичайно таке право надається президенту, першому віце-президенту і уряду Республіки. Таким чином, важливим джерелом сучасного африканського права є *делеговане законодавство*, тобто нормативно-правові акти, прийняті виконавчими органами державної влади, прирівняні за своєю юридичною силою до законів. Вони в теперішній час дуже поширені в даних державах. Наприклад, в умовах суперпрезидентської республіки переважають президентські декрети в порівнянні із законами. З 1972 р. будь-який вислів президента Конго Мобуту офіційно розглядається як те, що має силу закону.

Як самостійне джерело права виступає і *звичаєве право*, норми якого регулюють важливі сфери суспільних відносин. Багато положень звичаєвого

права отримують законодавче закріплення. Проте сучасна тенденція розвитку правових систем африканських держав показує, що звичаї стають джерелом права лише у тому випадку, якщо вони в якійсь мірі санкціоновані державою, або сприйняті правозастосовними органами, або на них є посилення в законі. Національне законодавство наказує в загальній формі, що суди «повинні» або «можуть» здійснювати юрисдикцію відповідно до звичаєвого права за певних обставин, передбачених законом. Таку санкцію звичаю можна позначити як первинну або підсилочну.

Таким чином, звичаї в системі джерел права в традиційному суспільстві відіграють значну роль, оскільки вони містять елемент постійності і набувають обов'язкового характеру.

Як самостійне джерело права в правових системах тих африканських держав, де переважає мусульманське населення, виступають *ісламсько-правові норми*, що регулюють переважно сфери особистого статусу громадян, які сповідують іслам.

Норми міжнародного права також є джерелами права цих держав. В ряді африканських держав на конституційному рівні закріплюється пріоритет належним чином ратифікованих міжнародних торгових угод та інших міжнародних договорів національного закону, що регулюють, зокрема, питання статусу осіб, приєднання або зміни території (наприклад, в Конституції Сенегалу 1963 р.).

В багатьох сучасних африканських державах перевага віддається імплементації норм міжнародного права в національні законодавства. Наприклад, в ПАР, згідно з конституцією, міжнародна угода стає загальнообов'язковою після прийняття відповідного закону, що імплементує її норми в національне законодавство.

Аналізуючи особливості сучасного африканського права, можна виділити і ряд загальних ознак цього типу:

- наявність правового звичаю як джерела права у певних сферах відносин: сімейні, спадкові, земельні;

- невідмежованість моральних та юридичних норм у звичаєвому праві; перевага обов'язків перед правами; прав групи осіб перед правом індивіда;
- наявність нормативно-правових актів: законів, кодексів;
- плюралізм системи (багатоманітність): наявність норм звичаєвого, колоніального та сучасного права;
- рецепція ознак континентального та загального права.

Спільні та відмінні ознаки африканських правових систем з рецептованим правом необхідно аналізувати за сферами впливу. До спільних ознак з континентальними правовими системами можна віднести:

- наявність нормативно-правових актів: законів, кодексів та інших актів;
- їх ієрархія, найвище місце в якій займає Конституція;
- наявність французької моделі конституційного правосуддя, яке здійснюється спеціалізованими органами.

- Відмінні ознаки:
- відсутність чіткого поділу на публічне та приватне право;
- відсутність у публічному праві західної моделі плюралістичної демократії.

До спільних ознак з правовими системами загального права - колишніх британських колоній - відносяться:

- наявність судових прецедентів як джерел права;
- наявність основних принципів правосуддя англійського типу;
- наявність американської моделі конституційного правосуддя, яке здійснюється судами загальної юрисдикції.

Відмінні ознаки:

- відсутність доктрини (концепції) джерел загального права;
- відсутність поділу на загальне право і право справедливості.
- До тенденції розвитку даного типу можна віднести:
- формування загальнотериторіального права та національного законодавства;
- посилення ролі конституційного права;

- приведення законодавства у відповідність з міжнародними стандартами;
- трансформація звичаєвого права (основних інститутів) через законодавство.

Таким чином, африканська правова сім'я охоплює правові процеси на величезному континенті. Історичні племена та народності цього континенту дотримувались таких «одвічних» джерел регулювання життя, як прихильність спільності людей – роду, племені, сім'ї, поселення. – і поважання предків. Повага до звичаїв і підкорення їм фактично попереджало їх порушення у страху перед «помстою духів». Нерозчленованість – соціальна і психологічна – обумовила акцент на обов'язках людей, до того ж скоріше моральних, ніж юридичних. Суб'єктивні права залишались невідомими африканському мисленню. А звідсіля витікала і нерозвиненість аж до ХХ ст. юридичної науки, юридичних професій та установ.

Колонізація Африки у ХІХ ст. внесла крупні зміни у житті континенту.. Тиск і вплив права колоніальних держав ставало домінуючим. При цьому в країнах франко-іспано-португальської юрисдикції діяли постулати «метрополія – колонія» з деяким визнанням місцевих звичаїв. Англійське право допускало відносини по принципу більш м'якого протекторату. Звичаєве право витіснялось і обмежувалось. З'являлись адміністратори і судді класичного типу, що отримали освіту у західних країнах

Новий етап розвитку африканського права зв'язаний з отриманням державами Африки незалежності. І тут помітні дві тенденції. З одного боку, збереглись майже без змін попередні принципи, законим та інші акти, привнесені із європейських систем. З іншого боку інтенсивно розвивається нове право молодих африканських держав.

Сучасний етап розвитку африканської правової сім'ї, як і раніш, характеризується «прововою багат шаровістю», але з більш чіткою тенденцією до оригінальних юридичних конструкцій і способів правової регламентації. При цьому спостерігається повільне і суперечливе

використання ідей демократії та ринку через консерватизм свідомості та укладу життя населення. Так же повільно формується загальнотериторіальне право.

Підбиваючи підсумки сказаному, можна констатувати наступне. Найважливіша специфіка правових систем, що дозволяє об'єднати їх в дану правову сім'ю, полягає в особливому підході до права як регулятора суспільних відносин, заснованого на конфуціанських філософських переконаннях і конфуціанській моралі. Право в цих суспільствах не вважається головним засобом забезпечення справедливості і порядку. Воно займає підлегле становище стосовно ідеального порядку, забезпеченого вищою силою, незалежною від волі людини.

Згідно з традиційно-етичною доктриною права, у своїй поведінці людина повинна керуватись не юридичними мотивами, а прагненням до гармонії, злагоди і миру. У випадках, коли виникала необхідність вирішення майнового або іншого побутового спору, в силу вступали погоджувальні процедури. Саме вони в очах конфлікуючих сторін були більш справедливими й ефективними засобами у вирішенні виникаючих конфліктних ситуацій, ніж юридичні процедури.

Іншими словами, *специфіка праворозуміння* є головним критерієм віднесення даних правових систем до сім'ї традиційно-етичного права, незважаючи на наявні суттєві відмінності між ними.

Таким чином, на думку більшості компаративістів, однією із найважливіших рис, що дозволяють об'єднати правові системи даних держав у далекосхідну правову сім'ю, є своєрідне розуміння права і те місце, яке йому відводиться у суспільному житті. Відомий французький компаративіст Рене Давід відзначав з цього приводу: «На відміну від Заходу, народи цих країн не схильні вірити в право як засіб забезпечення соціального порядку і справедливості. Зрозуміло, у них існує право, але воно наділене субсидіарною (допоміжною) функцією і відіграє незначну роль. До судів тут звертаються і право знаходить застосування лише тоді, коли вичерпані всі

інші способи вирішити конфлікт і відновити порядок. Чітко окреслені рішення, які дає право, пов'язаний з ним примус – усе це зустрічає крайнє несхвалення. Тут виходять із того, що соціальний порядок повинен охоронятись, переважно, методами переконання, технікою посередництва, самокритичними оцінками поведінки, духом помірності і згоди».

Конфуціанська концепція як підгрунття праворозуміння, характерна для всього далекосхідного права, зумовлює поведінку кожного індивіда в конкретній ситуації на користь соціальної ієрархії.

Внаслідок таких поглядів народи Далекого Сходу з настороженістю ставляться до ідеї права взагалі і позитивного права зокрема, з його суворістю та абстрактністю. В основу їх правової культури і праворозуміння покладено не концепцію суб'єктивних прав, а ідею колективізму.

І незважаючи на те, що на сучасному етапі розвитку дані правові системи запозичили багато правових положень у романо-германського і загального права, традиційне мислення продовжує виконувати роль «фільтру» при адаптації запозичень і, в решті решт, визначає їх реалізацію.

Гармонія виступає стрижнем, що забезпечує природний порядок, який досягається в цих суспільствах в результаті взаємодії людини, суспільства і природи. Для її досягнення необхідна згода, компроміс, переконання, відчуття помірності, а не індивідуалізація особи.

Традиційно-етичне право тісно пов'язане з **конфуціанською мораллю**, у рамках якої не перебільшується роль релігійного чинника. Етичні норми забезпечують правомірну поведінку членів суспільства шляхом виховання в них високоморальних стандартів, і сприяють тому, що окремий член суспільства відчуває себе частиною великої сім'ї, колективу, держави і суспільства.

Таким чином, традиційно-етична концепція праворозуміння, заснована на конфуціанських філософських переконаннях, не заперечує право і його значення в суспільстві. Але вона відводить йому другорядне значення і полягає у тому, що людина у своїй поведінці повинна дотримуватись, у

першу чергу, не права, а згоди і гармонії. Відповідно, і право повинне служити засобом забезпечення такої згоди і гармонії в суспільстві.

До сім'ї традиційно-етичного права входять правові системи таких держав, як Китай, Японія, Корея, Малайзія, М'янма (до 1989 р. – Бірма), Монголія та інші. Держави Далекого Сходу мають різне історичне коріння суспільного розвитку, що позначається на їх сучасному політичному, економічному і культурному розвитку.

До цього слід додати, що у другій половині ХХ ст. в державах Африки було створено сучасну систему права і розвинене законодавство. При цьому компаративісти намагаються з'ясувати, наскільки нове законодавство витіснило звичаєве право і наскільки реально воно регулює суспільні відносини. Виникає ситуація, схожа з правовими системами держав Далекого Сходу, де закони наказують одне, а в реальних суспільних відносинах населення керується нормами традиційного права.

У зв'язку з цим Рене Давід писав: «Не слід обманювати себе: будь-які нові закони, особливо ті, що спрямовані на принципові реформи сімейних структур, зіштовхуються з протидією населення і не змінили способу життя більшості. За фасадами законів селяни продовжують жити так само, як жили їхні предки, ігноруючи «право міст» й інститути, встановлені інтелектуалами». З огляду на те, що сільське господарство – головна галузь економіки африканських країн, а переважна більшість жителів – селяни, слід зробити висновок, що правові системи цих країн, як і раніше, належать до традиційної правової сім'ї.

