

РОЗДІЛ I. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ ВЧЕНЬ

УДК 340.141

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.04.1>

СУЧАСНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ

Бедрій М.М.,

*кандидат юридичних наук, доцент, адвокат,
доцент кафедри історії держави, права та політико-правових учень
юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка*

Бедрій М.М. Сучасні підходи до визначення поняття правового звичаю.

Стаття присвячена існуючим у сучасній юридичній літературі підходам до розуміння поняття правового звичаю. Відзначено взаємозв'язок між різноманітністю дефініцій правового звичаю та плюралізмом праворозуміння. Висвітлено позитивістський вплив на розуміння правового звичаю крізь призму його визначень. Запропоновано класифікувати існуючі в українській юриспруденції дефініції правового звичаю за критерієм наявності вказівки на санкціонування звичаю державою. Відповідно до зазначеного критерію їх можна поділити на такі групи: визначення, що вказують на санкціонування з боку держави; ті, які не містять згаданої вимоги; дефініції, в яких державне санкціонування правового звичаю розглядається як його факультативна (додаткова) ознака.

Досліджено визначення поняття правового звичаю, запропоновані в як у науковій, так і в навчальній літературі з теорії та історії права, а також інших предметів (у тому числі в навчальних посібниках зі звичаєвого права). Зокрема проаналізовано більш як двадцять дефініцій правового звичаю та звичаєвого права, що представлені у працях Т. Андрусяка, С. Білостоцького, О. Васянович, М. Жовтобрюха, О. Івановської, М. Козюбри, Л. Луць, О. Мірошніченко, П. Рабіновича, І. Усенка, О. Скакун, В. Сухоноса, О. Шевченка, О. Яворської та ін. З порівняльною метою в статті охарактеризовано підходи до розуміння звичаєвого права окремих іноземних правознавців (Б. Бенсона, Дж. Мерфі, А. Прейснера) та представників суміжних галузей знань.

З'ясовано, що окремі дефініції правового звичаю використовують замість державного санкціонування близькі за значенням терміни, які однак не є тотожними цьому явищу – наприклад, соціальна санкція (санкціонування суспільством, а не

державою) чи схвалення держави. Таке схвалення, ймовірно, варто розуміти дещо ширше, ніж санкціонування (є різновидом схвалення), але вужче, ніж визнання. Останнє не завжди передбачає схвалення, яке є позитивною реакцією не відміну визнання, що може бути як позитивним, так і нейтральним.

Ключові слова: звичай, звичаєве право, юридична наука, дефініція, плюралізм право розуміння, державне санкціонування.

Bedrii M.M. Modern approaches to defining the concept of legal custom.

The article is devoted to approaches to understanding the concept of legal custom existing in modern legal literature. The correlation between the variety of definitions of legal custom and the pluralism of legal understanding is noted. The positivist influence on the understanding of legal custom through the prism of its definitions is highlighted. It is proposed to classify the definitions of legal custom existing in Ukrainian jurisprudence according to the criterion of the presence of an indication of the sanctioning of the custom by the state. According to the specified criterion, they can be divided into the following groups: definitions indicating state sanctioning; those that do not contain the mentioned requirement; definitions in which state sanctioning of legal custom is considered as its optional (additional) feature.

The definition of the concept of legal custom proposed in both scientific and educational literature on the theory and history of law, as well as other subjects (including in textbooks on customary law) was researched. In particular, more than twenty definitions of legal custom and customary law presented in the works of T. Andrusiak, S. Bilostotskyi, O. Ivanovska, M. Koziubra, L. Luts, O. Miroshnychenko, P. Rabinovych, O. Skakun, V. Sukhonos, O. Shevchenko, I. Usenko,

O. Vasianovych, O. Yavorska, M. Zhovtobriukh and others. For comparative purposes, the article describes the approaches to understanding customary law of several foreign legal scholars (B. Benson, J. Murphy, A. Preisner) and representatives of related fields of knowledge.

It has been found that some definitions of legal custom use terms close in meaning instead of state sanctioning, which, however, are not identical to this phenomenon – for example, social sanction (sanctioning by society, not the state) or state approval. Such approval should probably be understood somewhat more broadly than sanctioning (which is a type of approval), but narrower than recognition. The latter does not always imply approval, which is a positive reaction, unlike recognition, which can be both positive and neutral.

Key words: custom, customary law, jurisprudence, definition, pluralism of the legal understanding, state sanction.

Постановка проблеми. Поняття правового звичаю та феномен звичаєвого права становлять одну із центральних проблем юриспруденції впродовж її історичного розвитку. Над нею роздумували античні мислителі, середньовічні глосатори та постглосатори, діячі Нового Часу, новітні вчені, юристи-практики тощо. Здавалось би, це питання повинне бути давно й остаточно вирішеним, але це не так. Загадка звичаєвого права є парадоксальною, адже побудова права на звичаях характерна здебільшого архаїчним суспільствам давнини та консервативним племенам сучасного світу, віддаленим від цивілізації. Тобто явище реально існує, не вимагає клопіткої законопроектної роботи, його знають і розуміють навіть люди без освіти та писемності. За логікою воно мало би бути простим або й примітивним, а відтак легко піддаватися вивченню та викладатися в науковій формулюванні. Натомість ситуація є зворотною – людство вивчає звичаєве право вже тисячі років, а уніфікованої відповіді на питання, що є правовим звичаєм досі не існує.

Стан опрацювання. Відсутність однозначної відповіді на згадане питання підтверджується аналізом як давньої, так і новітньої літератури про право. Різноманітність визначень правового звичаю та підходів до інтерпретації звичаєвого права є широкою, диференціюється залежно від історичного періоду, національного походження та держави проживання автора, його прихильності до певного типу праворозуміння тощо. З огляду на вказані обставини у цій статті зацентровано увагу саме на доробку сучасних українських дослідників права та звичаю.

Метою статті є з'ясування основних тенденцій розуміння поняття правового звичаю в українській юриспруденції на поточному етапі її історії.

Виклад основних положень. Існуючі в українській науковій і навчальній літературі дефініції правового звичаю можна поділити за критерієм наявності у визначенні вказівки на санкціонування звичаю державою на три основні групи: такі, що вказують на санкціонування з боку держави; ті, які не мають відповідної вказівки; дефініції, котрі розглядають санкціонування державою як другорядний (необов'язковий) параметр правового звичаю. Охарактеризуємо їх докладніше.

Дефініції, що вказують на санкціонування правового звичаю з боку держави. Зокрема П. Рабінович визначає юридичний звичай як санкціоноване і забезпечуване державою вже існуюче загальне звичаєве правило поведінки. На його думку, різновидом такого звичаю може бути, наприклад, релігійна норма, загальнообов'язковість якої почала забезпечуватися державою [1, с. 126]. О. Скакун окреслює правовий звичай як акт-документ, що містить норми-звичаї (правила поведінки, які склалися в результаті багаторазового повторення людьми певних дій), які санкціоновані державою і забезпечуються нею [2, с. 215].

Л. Луць вважає правовим звичаєм санкціоноване державою (державами) звичаєве правило поведінки, яке набуває загальнообов'язкового характеру [3, с. 186]. В. Сухонос характеризує правовий звичай як санкціоноване державою, історично сформоване правило поведінки, що міститься у свідомості людей і ввійшло до звички в результаті багаторазового повторення тих самих дій та вчинків, які спричиняють правові наслідки [4, с. 361]. О. Яворська визнає правовий звичай санкціонованим державою звичаєм. Крім того, вона прийшла до висновку, що «сукупність правових звичаїв (юридичних норм) не може бути охарактеризована як звичаєве право» у зв'язку з тим, що санкціоновані державою звичаї належать до різних галузей права [5, с. 130].

О. Васянович запропонувала наступну дефініцію правового звичаю: соціальна норма, що була визнана суспільством авторитетним її сприйняттям як корисна, необхідна, покликана вирішувати різноманітні розбіжності у житті, побуті, шляхом одноманітного її застосування протягом тривалого часу без змін і закріплена законодавцем на державному рівні як норма права для захисту інтересів певного суспільства, гарантування виконання їх прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції» [6, с. 50]. Існують також інші дефініції, які передбачають наявність державного санкціонування як обов'язкову ознаку правового звичаю.

Дефініції, що не містять вказівки на санкціонування звичаю державою. Колектив авторів на чолі з В. Копейчиковим визначає правовий звичай як правило поведінки, яке склалося стихійно протягом тривалого часу і стало звичкою людей,

ухвалено і охороняється державою. На їхню думку, правовими стають ті звичаї, у яких є заінтересованість більшості населення регіону чи країни [7, с. 164]. Хоча прямої згадки про санкціонування в цьому визначенні немає, держава все ж таки згадується, оскільки звичай нею «ухвалено і охороняється». Можна припустити, що автори мали на увазі, не те, що правовий звичай державою ухвалений (нею прийнятий), а саме схвалений.

Колектив авторів під керівництвом І. Усенка розглядає звичаєве право як систему прав і обов'язків соціальних суб'єктів, що формувалися у процесі спільної життєдіяльності, закріплених у свідомості як правові норми, обов'язковість дотримання яких ґрунтувалася на загальному переконанні в їх правильності та забезпечувалася впливом зовнішнього авторитету [8, с. 32]. О. Івановська та П. Івановський характеризують звичаєве право як джерело права, що спільно з мораллю та етикою формує етнокультурну систему окремого народу [9, с. 4].

Т. Андрусак називає звичаєве право окремим видом позитивного права, що складається з правових звичаїв. Звичаєве право, за його переконанням є первісною формою позитивного права. Відтак, він подає таке визначення правового звичаю: «норма позитивного права, що виникла самостійно, без державно-владної волі чи санкції з боку держави, з правосвідомості всього народу або певних суспільних груп та набула юридичної сили в результаті тривалого застосування її, як обов'язкової» [10, с. 203]. Г. Фединак і Л. Фединак розуміють під звичаєм правило, яке склалося давно, систематично застосовується учасниками правовідносин, хоч і не потребує своєї фіксації у певній правовій формі [11, с. 30].

М. Жовтобрюх ототожнює правові звичаї зі звичаєво-правовими нормами та визначає їх як загальні правила поведінки, що діють у межах певної спільноти у відношенні всіх її членів, які охоплюються змістом цих правил, такі, що усвідомлюються як правомірні і обов'язкові, відповідають і «безпосередньо ґрунтуються на принципах природного права, виступають як результат тривалої, однакової і постійної практики вирішення правових ситуацій, що виникають на основі типових відношень у практичному житті людей, забезпечуються соціальною санкцією, а також можуть мати захист з боку державних органів влади та суду» [12, с. 44]. У цьому визначенні замість державного санкціонування автор наголошує на соціальній санкції – такій, що здійснюється суспільством.

І. Безклубий називає звичай самобутнім (етнічним) та споконвічним правилом поведінки людей та їхніх об'єднань [13, с. 9]. О. Шевченко у своїй монографії сформулював таке бачення правового звичаю: «у поняття звичаю входять традиційні, успадковані правила поведінки, які є звич-

ними для народу, який дотримується їх протягом тривалого часу. Звичай виступає як формою поведінки, так і засобом її реалізації. Він трансформується у правовий, коли його дотримується населення, коли його застосовують в суді, або ж коли його санкціонує держава. В Україні звичай ставав правовим за умови, коли його дотримувався народ і коли його застосовували в суді» [14, с. 35]. Частково це визначення тяжіє до третьої групи, оскільки побіжно згадує про можливість державного санкціонування. Однак головний акцент зроблено на інший шлях набуття звичаєм правового значення – дотримання українським народом і застосування у суді. Орган правозастосування в українській правовій традиції не завжди був державним. Більш того, системам українського звичаєвого права були характерні власні органи правозастосування як от копні, козацькі та інші суди [15].

У підручнику за редакцією М. Козюбри вказано, що не кожне звичаєве правило поведінки є джерелом права, тобто правовим звичаєм. На думку колективу авторів (М. Козюбра, С. Погребняк, О. Цельєв, Ю. Матвєєва), щоб стати правовим, звичай повинен не тільки передбачати правила (моделі) поведінки, але й мати інші характеристики – встановлювати права і обов'язки сторін, бути визнаним як правове, загальнообов'язкове правило поведінки тими, кого він стосується, а також судовою практикою [16, с. 156].

З одного боку, О. Мельниченко визначає звичаєве право як сукупність норм людського поведіння, що виникли зі звичаю, яких держава формально не встановила і не захищає, але які мають свій мотиваційний вплив. Однак, згадана авторка зробила в тій самій праці таке уточнення: «звичай набуває правової якості, якщо дістає державну санкцію – визнання певного звичаю в якості загальнообов'язкового правила поведінки, яке адресоване відповідним суб'єктам» [17, с. 8-9]. З огляду на основне визначення позицію О. Мельниченко віднесено до другої групи, проте вказане уточнення тієї ж авторки цілком допускає її переведення у першу групу дефініцій.

Дефініції, які розглядають санкціонування державою як другорядний (необов'язковий) параметр правового звичаю. Зокрема Н. Толкачова вважає правовий звичай правилом поведінки, що виникає в суспільстві в результаті багатократного й тривалого застосування, набуває загальнообов'язкового значення та юридичної сили, визнається чи санкціонується державою [18, с. 70]. У цьому та кількох інших визначеннях правового звичаю альтернативою санкціонування держави заявлено її визнання. Під таким визнанням можна розуміти як санкціонування, так і інші дії (бездіяльність) держави, які свідчать про це (наприклад, публічна заява посадової особи тощо).

У підручнику за редакцією О. Зайчука та Н. Оніщенко про правовий звичай зазначено наступне: «Особливістю даних норм є те, що вони не встановлюються рішенням органів держави, а виникають в результаті багаторазового застосування протягом століть, закріплюють людський досвід у свідомості людей і входять в звичку, існуючи у вигляді соціальних норм»; «Крім того, в результаті санкціонування державою звичай набуває загальнообов'язкового характеру щодо виконання, що означає можливість не лише його поширення на всіх суб'єктів, а й гарантування його виконання з боку держави» [19, с. 335-336]. У цих рядках санкціонування державою позиціонується як допоміжний (додатковий) механізм забезпечення юридичної чинності звичаю.

С. Білостоцький під правовим звичаєм розуміє правила поведінки людей, що фактично склалися внаслідок їх застосування впродовж тривалого часу і котрі офіційно визнані державою як загальнообов'язкові норми права. За його переконанням, правовий звичай відрізняється від інших джерел права тим, що виходить безпосередньо від народу, є його внутрішнім духом [20, с. 22]. У підручнику В. Субботіна, О. Філонова, Л. Князькової та І. Тодорова звичай визнано правилом поведінки, що склалося на основі постійного й однакового повторення певних фактичних відносин. Правовим звичай стає після того, як дістає офіційне схвалення держави [21, с. 165]. Питання схвалення державою є, як і її визнання, близьким до поняття державного санкціонування, але не тотожним. Схвалення, ймовірно, варто розуміти дещо ширше, ніж санкціонування, але вужче, ніж визнання. Останнє не завжди передбачає схвалення, яке є позитивною реакцією не відміну визнання, що може бути як позитивним, так і нейтральним.

Попри те, що в іноземній юридичній літературі, присутні окремі визначення звичаєвого права та правового звичаю, що відповідають українським аналогам, палітра таких дефініцій є загалом ширшою та різноаспектною. Зокрема у зв'язку з тим, що в англо-американській юриспруденції, позитивізм не має домінуючого становища, у визначеннях звичаєвого права рідко трапляється згадування про державне санкціонування. До прикладу, американський правознавець Б. Бенсон вважає звичаєвим правом систему правил, які регулюють зобов'язальні та управлінські процеси, що спонтанно еволюціонують знизу вгору від рівня певної спільноти (сім'ї, громади тощо) до вищих рівнів (місцевостей, держав або їх об'єднань), визначаючи поведінку учасників різноманітних сфер суспільних відносин [22].

Деякі сучасні дослідники проблематики звичаєвого права розмежовують усі три поняття – звичай (custom), норма звичаєвого права (norm of customary law) та правовий звичай (legal custom).

При цьому правовий звичай інколи вважається більш близьким до поняття звичаю, ніж до норми звичаєвого права. Так, американський філософ права Дж. Мерфі аналізує правовий звичай як вид звичаю, який утворився в суспільстві внаслідок юридичної дії правової (передусім законодавчої) норми [23]. Інакше кажучи, під правовим звичаєм дослідник розуміє певну модель поведінки у правових відносинах, що усталилася в суспільстві під впливом позитивного права (закону, судового прецеденту чи ін.) та стала звичною в даних умовах. Хоча цей підхід має послідовників у світовій юридичній доктрині, проте не вважається домінуючим.

Окремі дослідники наголошують на тому, що під поняттям звичаєвого права варто розуміти два або більше різних явищ. Зокрема польський правознавець А. Прейснер пропонує розрізнити поняття звичаєвого права у широкому та вузькому розумінні. На його переконання, у широкому розумінні (sensu largo) звичаєве право є комплексом правил поведінки, яких дотримується протягом тривалого часу широке коло суб'єктів, в яких сформувалося переконання, що відповідні норми становлять частину відповідної правової системи. Натомість у вузькому розумінні (sensu stricto) він окреслив звичаєве право як комплекс звичаєвих норм, визнаних державою [24, с. 188].

У працях представників неюридичних напрямів дослідження звичаєвого права можна зустріти критику правової доктрини за надмірну «юридизацію» цього об'єкта. Серед зауважень дослідників-неюристів поширеною є критика зведення звичаю до певного суспільного правила, внаслідок чого, на їх погляд, відбувається звуження даного поняття. Під звичаєм також інколи розуміють феномен або акт культури тощо. Попри змістовність цих зауважень, слід звернути увагу й на те, що під зовнішньою культурною (обрядовою, ритуальною) формою часто прихована власне соціальна норма – релігійна, моральна чи правова. Навіть якщо така норма вже втратила чинність у ході історії, форма, в якій вона перебувала, може продовжувати існувати навіть впродовж століть. До прикладу, могорич, символічна форма якого містила правову норму про укладення договору, з часом став побутовим звичаєм без юридичних наслідків.

До згаданих критиків надмірної юридизації звичаєвого права належить М. Гримич, яка пропонує відмовитися від визнання звичаєвого права системою правових звичаїв, санкціонованих державою. Під звичаєвим правом дослідниця розуміє звичаї загалом, а також формулює наступне визначення поняття звичаєво-правової культури українців: «система звичаєво-правових та інших соціальних інфраюридичних (ритуальних, етикетних, побутових, моральних тощо) норм, що відображає генезу, еволюцію і трансформацію право-

вої свідомості та соціально-нормативної практики українців на різних етапах історії в різних регіонах» [25, с. 8-9].

Висновки. Підсумовуючи аналіз сучасних дефініцій правового звичаю, варто відзначити їхню неоднорідність, зумовлену плюралізмом праворозуміння та іншими чинниками. Важливим критерієм їхньої класифікації є вказівка на державне санкціонування звичаю, який показує вплив позитивістського праворозуміння на дослідження звичаєвого права в умовах сьогодення. Відтак, позитивістський вплив у зазначеному питанні проявляється як домінуючий (державне санкціонування правового звичаю розглядається як необхідне), субсидіарний (державне санкціонування сприяє правовому звичаю, але не вимагається) або маргінальний (правовий звичай не узалежнюється від державного санкціонування). У сучасній українській юриспруденції присутні усі три вказані підходи і жоден з них не має переважаючого значення. Це вказує на поступовий відхід від теоретичних канонів радянської правової традиції та готовність української юридичної доктрини до свободи наукової думки і пошуку об'єктивної істини в нових методологічних умовах.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Львів: Край, 2008. 224 с.
2. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Київ: Алерта, 2014. 524 с.
3. Луць Л.А. Загальна теорія держави та права. Київ: Атіка, 2008. 412 с.
4. Сухонос В. Теорія держави і права. Суми: Університетська книга, 2005. 536 с.
5. Яворська О.С. Звичаєве право як соціальний регулятор цивільних відносин. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2013. Вип. 2. С. 129–137.
6. Васянович О.А. Правовий звичай у правових системах сучасності. Київ: КНЕУ, 2014. 183 с.
7. Загальна теорія держави і права / За ред. В.В. Копейчикова. Київ: Юрінком Інтер, 2000. 318 с.
8. Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / За редакцією І.Б. Усенка. Київ: Наукова думка, 2006. 280 с.
9. Івановська О.П., Івановський П.О. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект. Київ: ВПЦ «Київський університет», 2014. 383 с.
10. Андрусак Т.Г. Теорія держави і права. Львів, 1997. 198 с.
11. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право. Київ: Атіка, 2005. 544 с.
12. Жовтобрюх М.М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: дис. ... канд. юрид. наук. Спец. 12.00.12 «Філософія права». Київ, 2002. 197 с.
13. Історія українського права / за ред. І.А. Безклубого. Київ: Грамота, 2010. 336 с.
14. Шевченко О.О. Звичаєве право України IX–XIX століть. Київ, 2012. 199 с.
15. Бедрій М. Судові механізми в історичних типах українського звичаєвого права. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія: Юридичні науки*. № 855. Львів, 2016. С. 301–310.
16. Загальна теорія права / За заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2016. 392 с.
17. Мельниченко О.В. Звичаєве право. Черкаси: ЧНУ імені Б. Хмельницького, 2008. 96 с.
18. Толкачова Н. Звичаєве право. Київ, 2006. 367 с.
19. Теорія держави і права. Академічний курс / За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 685 с.
20. Білостоцький С. Застосування норм звичаєвого права в міських судах XVI – XVIII ст. *Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні: матер. IX Всеукр. наук.-практ. конф (30-31 травня 2008 р.)*. Острог, 2008. С. 22–26.
21. Теорія держави і права / В.М. Субботін, О.В. Філонов, Л.М. Князькова, І.Я. Тодоров. Київ: Знання, 2005. 327 с.
22. Benson V.L. Customary Law. URL: http://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-1-4614-7883-6_515-1.
23. Murphy J.B. The Philosophy of Customary Law. Oxford: Oxford University Press, 2014. 160 p.
24. Preisner A. Zwyczaj i prawo zwyczajowe. *Charakter i struktura norm Konstytucji* / red. nauk. J. Trzeciński. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1997. S. 185–195.
25. Гримич М. Дискусійні аспекти трактування терміна «звичаєве право». *Етнічна історія народів Європи*. Вип. № 8. Київ, 2001. С. 4–9.