

УДК 340.141

DOI: 10.15587/2523-4153.2018.127214

ОСНОВНІ ТА ДОДАТКОВІ ОЗНАКИ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ У КОНТЕКСТІ ПОШУКІВ ЙОГО ДЕФІНІЦІЇ

© М. М. Бедрій

Стаття присвячена пошукам дефініції правового звичаю як джерела (форми) права. Виявлено та систематизовано ознаки, характерні правовому звичаю. Обґрунтовано основні ознаки правового звичаю – усталеність у практиці, відповідність праву, загальність, нормативність, суспільне визнання та фактичну юридичну дію. На їх підставі сформульовано визначення цього поняття. Проаналізовано додаткові (факультативні) ознаки правового звичаю

Ключові слова: правовий звичай, каталог ознак, юридична норма, усталеність, загальність, суспільне визнання

1. Вступ

Потреби розвитку сучасної Української держави, її правової системи, юридичної освіти та науки спонукають до нових рефлексій з приводу джерел права. Серед них значний інтерес викликає правовий звичай як перша форма права в історії людства. Дослідження цього складного суспільного феномену відбуваються від часу становлення юриспруденції як науки і по сьогодні. Попри тривалу хронологію вивчення правового звичаю, дебати щодо поняття правового звичаю, його ознак, функцій і природи аж ніяк не є вичерпаними чи закритими. Пояснити такий стан можна багатьма причинами, серед яких відзначимо: багатогранність і множинність вимірів самого предмета вивчення; безпосередню залежність поняття правового звичаю від поняття права; відносну дистанційованість правового звичаю від державної правотворчості; відмінності розуміння звичаєвого права у різних часових і просторових координатах.

2. Огляд літератури

Поняття правового звичаю, а відтак пошуки його ознак, викликали чималий інтерес впродовж століть серед дослідників з різних країн світу. Ці питання були предметом численних дискусій, теорій та інтерпретацій. Розглянемо деякі з них, які матимуть базове значення для даної статті.

Давньоримські юристи вважали основними дві ознаки правового звичаю – зовнішню *usus* (існування правового звичаю протягом тривалого проміжку часу) та внутрішню *opinio iuris necessitatis* (психологічне переконання в тому, що певний правовий звичай підлягає реалізації) [1, с. 298–299]. Англійський правознавець Р. Уолкер виокремив такі ознаки правового звичаю: стародавність, безперервність, використання за загальною вільною згодою, обов'язкова юридична сила, визначеність, узгодженість звичаїв між собою, а також розумність [2, с. 82–87]. Вказані ознаки відповідають британській правовій традиції.

Польський колектив авторів стверджує, що для трансформації звичаєвої норми в правовий звичай, їй слід відповідати таким умовам: загальне визнання звичаю в середовищі, якого він стосується (підприємців, лікарів, юристів тощо); формування відносно конкретної моделі поведінки (практика повинна ви-

робити правило); визнання звичаю судами чи іншими органами влади в актах правозастосування; визнання звичаю в юридичній доктрині [3, с. 200]. Російські дослідники А. Васильєв і С. Васильєва звернули увагу на наступні ознаки правового звичаю: нормативність; внутрішнє переконання особи в необхідності його існування; систематичність і однаковість застосування; безперервність юридичної дії; визначеність; обов'язковість; розумність; моральність [4, с. 20–22].

В українській юриспруденції сформувався власна традиція вивчення звичаєвого права, проте саме поняття правового звичаю та його ознаки розуміються плюралістично. На підставі аналізу досліджень цього предмету І. Сенюта відзначила ознаки правового звичаю, які переважають у відповідній науковій літературі: тривалість і систематичність застосування; усталеність; визначеність змісту; санкціонування державою; гарантованість дотримання звичаю [5, с. 62]. Н. Пархоменко вказала на такі риси правового звичаю: природна основа виникнення (формується стихійно); визначеність; юридична сила, отримана шляхом суспільного визнання та санкціонування державою; неписана форма; тісний зв'язок з релігійними нормами й обрядами; зумовленість еволюцією суспільних відносин; суб'єктивне переконання особи в його необхідності [6, с. 153–154].

О. Васянович визначає основними ознаками звичаю наступні:

- соціальний характер (виникає між людьми); нормативний характер (є правилом або взірцем поведінки);
- повторюваність (неодноразове чи систематичне повторення);
- стереотипність;
- безособовий характер (анонімність авторства);
- становить передумову формування інших юридичних норм [7, с. 33].

О. Івановська вказує на те, що правовому звичаю характерні всі ознаки фольклорного твору: усна форма трансляції, анонімність і колективність авторства, а також варіативність [8, с. 8]. Крім названих, автори виділяють ще чимало інших ознак правового звичаю. Відтак можна відзначити потребу ретельної систематизації та переосмислення каталогу ознак, характерних правовому звичаю.

3. Мета та задачі дослідження

Метою дослідження є з'ясування й обґрунтування ознак правового звичаю, а також формулювання його дефініції.

Для досягнення мети були поставлені наступні завдання:

1. систематизувати ознаки правового звичаю, виявлені попередніми дослідниками, та доповнити каталог цих ознак;

2. окреслити основні ознаки правового звичаю та на підставі цих характеристик визначити поняття правового звичаю;

3. дослідити додаткові (факультативні) ознаки правового звичаю з огляду на багатоманітність проявів згаданого явища.

4. До питання про поняття правового звичаю

У понятті правового звичаю синтезовано два базових поняття – право та звичай. Термін «звичай» вживається в українській мові в декількох значеннях: загальноприйнятий порядок, правила, які здавна існують у суспільному житті певного народу, суспільної групи, колективу тощо; уклад суспільного життя нації, народу, етнічної групи; традиційний порядок відзначення певних подій і свят, пов'язаний із виконанням обрядових дій і використанням відповідних атрибутів, предметів та ін.; усталений, звичний спосіб, манера поведінки, звичка кого-небудь; ввічливість, пристойність у поведінці, манерах і діях [9, с. 352].

У соціальному значенні звичаєм вважають неухильний стереотипний вияв традиційних (успадкованих із минулого) приписів, якого дотримуються в певному суспільстві чи групі, для учасників якої він є усталеним. З цієї точки зору звичай виступають різновидом соціальних норм [10, с. 39]. Разом з тим звичай можна визначити як правило поведінки в суспільстві, що сформувалося внаслідок його фактичного застосування впродовж певного часу. Відсилаючи до звичаю, люди оперують категоріями «так прийнято», «так не прийнято», «так личить робити», «так не личить робити» тощо [3, с. 37].

Правовий звичай становить один із видів звичаю. На думку А. Прейснера звичаєм є певний тип поведінки, який існує впродовж тривалого проміжку часу в конкретній групі суспільства. Натомість правовим він вважає лише той звичай, предметом якого є діяльність, охоплена інститутом права чи кількома такими інститутами у відповідній правовій системі [11, с. 188]. Дещо іншої позиції притримувався Ф. Студницький, за яким звичай, який стосується правової матерії (відповідної частини суспільних відносин), міг стати правом за умови досягнення ним певного рівня інтенсивності [12, с. 53–54].

Як видається, не повинно виникати сумнівів у тому, що не кожен звичай є частиною системи права. Крім правових, існують побутові, релігійні, етичні та інші звичаї. Я. Ліц, відзначаючи наявність великого масиву звичаїв в суспільстві, пропонує поділити їх за критерієм юридичного значення на три групи: правові звичаї (становлять частину об'єктивного права та регулюють найбільш важливі суспільні відносини), звичаї релевантні праву (не є юридичними нормами,

але мають певне значення в процесі правозастосування), звичаї без правової релевантності (не мають впливу на регулювання правових відносин і вирішення юридичних ситуацій). Водночас дослідник наголосив на тому, що не існує об'єктивної можливості провести чітку й однозначну межу посеред названими групами звичаїв [13, с. 186–187].

Коментуючи цю думку варто зауважити, що правові звичаї становлять змістовне наповнення звичаєвого права як явища суспільної дійсності. Разом з тим звичаї релевантні праву тісно пов'язані з власне правовими звичаями, оповиваючи звичаєве право, наче оболонкою. Масив звичаїв релевантних праву міцно сплетений з масивом звичаїв без правової релевантності, оскільки кожен такий звичай може набуті згаданої релевантності, як і втратити її залежно від змінних історичних умов.

У сучасній юридичній літературі знаходимо доволі різні визначення правового звичаю. Зокрема П. Рабінович вважає, що ним є санкціоноване і забезпечуване державою вже існуюче загальне звичаєве правило поведінки [14, с. 126]. У підручнику за редакцією В. Копейчикова правовим звичаєм визнано правило поведінки, яке склалося стихійно протягом тривалого часу і стало звичкою людей, схвалено і охороняється державою. Правовими, на переконання згаданого колективу авторів, стають ті звичаї, у яких є заінтересованість більшості населення регіону чи країни [15, с. 164]. Т. Андрусак називає звичаєве право окремим видом позитивного права (зокрема його первісною формою), що складається з правових звичаїв. З цих міркувань він визначає правовий звичай як норму 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 [16, с. 103].

Відсутність уніфікованого визначення правового звичаю в сучасній юридичній науці прямо пов'язана з плюралізмом праворозуміння. Інакше кажучи, як юридична наука може визначити поняття правового звичаю, не визначивши попередньо саме поняття права? Отож, визначення поняття правового звичаю часто перебуває в залежності від того, до якого типу праворозуміння тяжіє той, який намагається його сформулювати. Основні інтерпретації правового звичаю в історії юридичної думки потребують аналізу в окремій публікації. Як видається, для формулювання авторської дефініції правового звичаю слід виокремити його ознаки, поділивши їх на основні та додаткові (факультативні), і на базі основних ознак побудувати визначення цього поняття.

Основними ознаками правового звичаю вважаємо характерні всім без винятку правовим звичаям, а додатковими (факультативними) – ті, що присутні в багатьох правових звичаях, але не усіх. Основними варто визнати наступні: усталеність, нормативність, загальність, відповідність праву, суспільне визнання та фактичну юридичну дію. Факультативних (додаткових) ознак правового звичаю можна виокремити дещо більше, ніж основних. Це пояснюється чисельністю та різноплановістю правових звичаїв. Зокрема ними є такі: справедливість, розумність, да-

вність, безперервність, статичність, етнічність, обов'язковість, санкціонованість, інкорпорованість в систему права, забезпечення державним примусом, неписана форма, визначеність, варіативність, корисність, узгодженість, анонімність і колективність авторства. Охарактеризуємо їх докладніше.

5. Основні ознаки правового звичаю

Усталеність у практиці як ознака правового звичаю має велике значення, оскільки вона визначає як звичасвий, так і правовий характер норми. До слова, усталеність як ознака правового звичаю зафіксована в українському законодавстві. Зокрема у ст. 7 ЦК України вказано, що звичай становить правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин [17].

Правило суспільної поведінки стає звичаєм, якщо воно загальноприйняте, тобто усталене, утворене за загальною згодою (в тому числі мовчазною) більшості учасників відносин. На відміну від законодавчої норми, яку встановлює компетентний владний суб'єкт, звичаєва норма не встановлюється, а усталоється, тобто виникає із закономірностей розвитку суспільних відносин. Від усталеності звичай черпає також свою юридичну силу, адже суд повинен визначити в конкретному випадку, чи певне правило поведінки реально існує в певній сфері чи місцевості.

У ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН зазначено, що цей орган вирішує справи на підставі міжнародного права, застосовуючи в т. ч. «міжнародний звичай як доказ всезагальної практики, визнаної в якості правової норми». Британський королівський адвокат Р. Мегаррі визначив звичай як практику, що стала усталеною [18, с. 926]. Право може творитися шляхом практики, і результатом такої правотворчості стає звичай або прецедент [19, с. 20, 22]. Співвідношення цих джерел права вимагає окремого дослідження.

Нормативність є обов'язковою ознакою права та виражається у формуванні певних правил, зразків, моделей поведінки в суспільстві. У випадку із правовим звичаєм нормативність є наслідком усталеності, адже загальноновизнана практика стає взірцем, макетом певного правила, яке зобов'язує чи дозволяє повторювати відповідний тип поведінки при певних умовах. Будучи джерелом права, правовий звичай здійснює регулювання суспільних відносин, а відтак надає суб'єктивні права та встановлює юридичні обов'язки. Відтак, правовий звичай стає юридичною підставою для вчинення певних дій чи утримання від них щодо усіх суб'єктів, які потрапляють під його дію [4, с. 21].

Із усталеністю тісно пов'язана така ознака як *фактична юридична дія*. Давньоримський юрист Юліан з даного приводу зазначав: «Колишній звичай, який укоренився, заслужено застосовується як закон, і таке право є звичасвим правом. Адже якщо самі закони зобов'язують нас тільки в силу того, що вони прийняті за рішенням народу, то справедливо зобов'язує всіх і те, що народ схвалив, але не записав. Адже яке має значення, чи народ виявив свою волю шляхом голосування, чи шляхом справ і дій...» [20, с. 40]. Отже, правовий звичай встановлюється тим же

носієм суверенітету, що й закон, але не шляхом законодавчої процедури, а фактично, безпосередньо в суспільстві.

Юридична дія правового звичаю базувалася на «силі факту», тобто кількарязовому й однаковому повторенні відомої моделі поведінки. Зразок такої поведінки формувалася авторитетними суб'єктами в державі, певній місцевості, сфері суспільного життя чи на міжнародній арені. Це й спричиняло загальне визнання правового звичаю та можливість його забезпечення заходами примусу [10, с. 33]. Фактична юридична дія правового звичаю пояснює думку А. Кристера про те, що формування звичаєвого права відбувалося у процесі його здійснення [21, с. 56-57]. Цю ознаку окремі правознавці називають «нормативною силою факту», яка передбачає ситуацію, коли факт, кількарязово поворюючись, сам для себе стає нормою, а існуюче в ньому стає допустимим або необхідним [22, с. 8].

Окремі правознавці називають звичаєве право «мовчазним правом», адже правовий звичай не проголошується і не впроваджується, а поширюється та розвивається з плином часу. Важко визначити момент утворення правового звичаю, оскільки він проявляє себе не в послідовності слів конкретного автора, а в певній лінії поведінки всього суспільства чи його частини. «Мовчазність» фактичної юридичної дії правового звичаю виражається у двох аспектах. По-перше, звичаєво-правові норми не створюються спочатку, а потім проєктуються на суспільні відносини. Це відбувається навпаки, тому вплив правового звичаю на поведінку суб'єктів здебільшого є мовчазним. По-друге, правовий звичай на відміну від закону не має преамбули, тому визначити його завдання та призначення буває доволі складно [6, с. 85].

Згадана раніше «широта» фактичної юридичної дії звичаю акумулює його *загальність*, яка є обов'язковою ознакою права. Загальність правового звичаю полягає в тому, що він поширює свою чинність на всіх суб'єктів, які вступають у певний тип правових відносин [23, с. 234]. При цьому суб'єкти неперсоніфіковані, тобто правовий звичай є абстрагованим, не знаючи ні їхнього імені, ні особи. Він лише надає права, встановлює обов'язки чи заборони залежно від умов, які виникають в конкретній життєвій ситуації.

Усталеність правового звичаю виникає водночас із його *суспільним визнанням*, що вказує на обов'язковість цієї ознаки. Без суспільного визнання звичай не може утворитися, і діє до тих пір, доки воно триває. Джерелом цього суспільного визнання було внутрішнє переконання конкретних індивідів у тому, що така звичаєво-правова норма існує та може чи повинна реалізуватися. Саме внутрішньопсихологічний імператив був первинним механізмом забезпечення чинності правових звичаїв, а не державний примус [4, с. 21].

В юридичній науці першої половини ХХ ст. домінувала думка, що чинність правового звичаю базується на двох факторах: загальному переконанні, що певне правило одноманітно виконується впродовж тривалого часу, а тому є чинним; загальному переконанні в тому, що в разі порушення звичаєво-правової норми можуть наступити заходи публічного

примусу [24, с. 18]. Обидві обставини є складовими суспільного визнання правового звичаю.

Л. Леві-Брюль вважав, що для набуття нормативності певної дії немає потреби її багаторазового повторення, адже вона може бути внутрішнього правового характеру навіть якщо практика не знає аналогічних прецедентів. Для цього достатньо, щоб ця модель поведінки конформувалася у свідомості групи. І. Ломакіна звернула увагу на те що правові звичаї, з одного боку, відображають індивідуальні психічні адаптації людей, які живуть у суспільстві, що в свою чергу спричиняє потребу в пристосуванні до його стереотипів, а з іншого боку, правові звичаї є об'єктивними, тобто дистанціонованими від свідомості конкретної людини, адже вона приходить у світ, в якому вони вже діють [25, с. 12].

Припинення чинності правового звичаю відбувалося двома шляхами: законодавчої заборони та втрати актуальності, а відтак – суспільного визнання. Хоча законодавець мав можливість скасувати звичаєво-правову норму, такі законодавчі заборони не завжди були ефективними. Більш ефективним і значно поширенішим способом припинення чинності правового звичаю була втрата ним суспільного визнання, адже звичаєво-правові норми зберігають юридичну дію доти, доки виконуються [10, с. 55].

Ще однією основною ознакою правового звичаю є його *відповідність праву*, адже поряд із загальноновизнаними нормами в суспільстві існують звичаї, що визнаються лише окремими індивідами чи їхніми угрупованнями (наприклад, злочинними організаціями). Останні не можуть вважатися відповідними праву, а тому й правовими. Звичаї, що не відповідають праву, не завжди тотожні звичаям *adversus legem* (всупереч закону), оскільки суперечать не тільки волі державної влади, але й загальносоціальним нормам та осуджуються суспільством. Тому правові звичаї повинні відповідати природному праву, суспільній моралі, загальним уявленням про добро, справедливість тощо [10, с. 23]. Це пояснює положення «Прав, за яким судиться малоросійський народ» 1743 р., яке зобов'язувало дотримуватися не усіх, а саме добрих звичаїв, які «громадянським правам і чистому сумлінню не супротивні, бо такі добрі звичаї силу права мають» [26, с. 90–91].

Подібно до того як закони та підзаконні акти повинні відповідати нормам Конституції, правові звичаї не можуть суперечити вищому від них праву. При цьому йдеться про вище право, поняття якого теж слід розуміти крізь призму плюралізму праворозуміння. У Середньовічній Європі після прийняття християнства відповідь на це питання була однозначною – це Боже право (ґрунтувалося на Біблії), якому повинні були відповідати не тільки звичаї, але й закони [27, с. 123–124]. Просвітники додали в цю систему координат ще природне право, якому також повинно було відповідати право людське (звичаї та закони) [28, с. 72–73].

Як би не було, над правовими звичаями стоїть вище право (Бога, природи, держави тощо), якому вони повинні відповідати. Видається, в сучасному світі цим вищим правом можна вважати насамперед загальнолюдські (цивілізаційні) принципи права. Ра-

зом з тим органи публічної влади намагаються звести цю ознаку до відповідності закону. Наприклад, у ч. 2 ст. 7 ЦК України вказано, що звичай, який суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується [17]. Це намагання не є виключно українською особливістю, а загальною світовою тенденцією. Воно цілком зрозуміле та вмотивоване (навіть коли держава втрачає монополію правотворчості, вона намагається не допустити домінування інших джерел права над тими, що були створені нею), хоча й не завжди відображає реальну природу відносин «право-закон-звичай».

6. Додаткові (факультативні) ознаки правового звичаю

В цілому можна погодитися з Р. Давидом у тому, що правовий звичай діє у суспільстві до того часу, доки воно визнає його справедливим [29, с. 95]. Суспільне визнання, як правило, отримували ті правові звичаї, які вважалися справедливими. *Справедливість* як соціально-етична та морально-правова категорія, один з основних принципів права вказує на його правильність, обґрунтованість і необхідність. Вона виступає належним імперативом, що відповідає сутності, правам і потребам людини [30, с. 604]. У контексті права загалом і правового звичаю зокрема справедливість повинна бути об'єктивною, відповідати рівню правосвідомості суспільства. Поняття справедливості істотно еволюціонувало впродовж історії, а разом з ним право та звичаї.

Попри це, справедливість належить радше до додаткових (факультативних) ознак правового звичаю, ніж до основних. З одного боку важко визначити ступінь справедливості певного звичаю, а з іншого – історії відомі випадки, коли правовий звичай реально діяв у суспільстві, хоч і не вважався справедливим. До прикладу, важко назвати справедливими правові звичаї, які регулювали відносини рабства. Також в одній з башкирських легенд головний герой Урал-батир, відповідаючи на питання, звідки він походить, сказав: «я з тої країни, де немає ханів, де не бояться звичаїв» [31, с. 75].

Розумність є важливою ознакою правового звичаю, адже без неї він не отримав би суспільного визнання та юридичної чинності в сучасному світі. Вирішуючи справу на підставі правового звичаю, суди в різних державах світу враховують цю ознаку. Так, у 1868 р. англійський священник, посилаючись на звичай, вимагав 30 шилінгів винагороди за весільну церемонію. Проте суд не визнав такий звичай розумним, тому відмовив у задоволенні позову [2, с. 87]. Водночас розумність варто визнати додатковою ознакою правового звичаю, яка не завжди в ньому присутня.

Розумність нерозривно пов'язана з раціональністю, адже правові звичаї з погляду практичної раціональності сприяли досягненню суспільно значимої мети. Повсякденна раціональність відображала установлені схеми, стереотипи життєдіяльності людини чи спільноти та мала зручну форму, не передбачаючи сумнівів у доцільності такої поведінки [7, с. 36]. Разом з тим в історії відомо чимало правових звичаїв ірраціональних (наприклад, ордалії, табу та ін.), заснованих на містичних і релігійних віруваннях.

Давність теж варто визнати додатковою ознакою правового звичаю, хоча окремі дослідники вважають її основною. Для виникнення правового звичаю був потрібним певний проміжок часу, тривалість якого була різною в кожному конкретному випадку. Цей проміжок часу не завжди повинен був бути тривалим, але було необхідним, щоб звичай проявив себе у певній кількості разів, внаслідок чого встановлювалося його існування. У давні часи правові звичаї могли формуватися поколінням чи навіть поколіннями на підставі їхніх уявлень про необхідне, корисне та справедливе. Завданням правового звичаю ставало збереження культурних надбань попередніх поколінь, які вважалися найбільш цінними [10, с. 33, 41, 42]. Проте історії права відомі випадки, коли становлення звичаю відбувалося у значно коротші терміни.

Перші глосатори (Плацентин та ін.) вважали, що звичай міг на бути юридичної чинності, якщо він існував із незапам'ятних часів. Однак згодом глосатори (в т. ч. Бассіян) підкоригували думку з даного приводу. Юридичну дію вони визнали за звичаями, які існували впродовж хоча б 10-річного терміну [1, с. 301]. Австрійський цивільний кодекс 1786 р. Йосифа II постановляв, що для виникнення звичаю було потрібним його триразове застосування більшістю чи всім суспільством, а від першого його застосування повинно було минути не менш як 10 років, протягом яких ніхто йому не опирався [11, с. 187]. Як бачимо, наведена норма була відверто штучною та суперечила природі звичаєвої правотворчості. Попри це, історія знає випадки, коли законодавці намагалися врегулювати поняття звичаю шляхом прив'язки до темпоральних опцій.

Свого часу А. Яковлів критикував Комісію для виучування звичаєвого права України, очолювану О. Малиновським, за те, що вона, спираючись на психологічну теорію права Л. Петражицького, допустила існування правових звичаїв, які масово виконуються, хоч і впродовж нетривалого часу. Як наслідок, згадана комісія визнала правовими звичаями в тому числі правила суспільної поведінки, утворені в ході революції [32], що суперечило концепції звичаєвого права А. Яковліва та багатьох інших дослідників. На його переконання, не всі суспільні правила, утворені народною правосвідомістю, стають правовими звичаями, а лише ті, що одноманітно реалізуються впродовж тривалого часу [33, с. 2]. Відтак, вчений виключив теорію існування революційного звичаєвого права внаслідок відсутності в ньому давності як ознаки правового звичаю. Проте цей аргумент може бути підданий сумніву через наступні обставини.

Давність має істотне значення для чинності правового звичаю, але не визначальне. Справа в тому, до давність завжди супроводжується усталеністю, тоді як усталеність не завжди передбачає давність. Відтак правовий звичай виникає з усталеності певної практики правового характеру. Вона може бути як давньою, так і ні. Наприклад, закон Папуа-Нової Гвінеї про основоположне право 2000 р. визначає звичаєве право як «звичаї та практики корінного населення держави, існуючі на час вирішення конкретної справи незалежно від того, чи такі звичаї та практики тривають з незапам'ятних часів, чи ні» [34]. Відтак

усталеність не має прив'язки до певного строку існування відповідної практики, а лише до самого факту її буття.

Отже, давність ставала факультативною ознакою правового звичаю, що додавала йому авторитету та юридичної сили, проте не спричиняла його формування, яке відбувалося шляхом усталеності. А. Прейснер також дійшов до висновку про те, що для утворення правового звичаю час не має першорядного значення. Такий час неможливо об'єктивно визначити, тому формулювання «завжди», «від давніх часів» лише підтверджують авторитет звичаю, а не надають йому юридичної сили [11, с. 187].

Разом з тим не варто нівелювати значення, яке мала давність в історії (а подекуди й сучасності) звичаєвого права. Давність відігравала роль своєї рідної презумпції усталеності конкретного правового звичаю. Інакше кажучи, звичай, що характеризується давністю є, безперечно, усталеним. Без усталеності в практиці він не зміг би застосовуватися впродовж такого тривалого часу. І навпаки – усталеність звичаю, що не був давнім, могла бути піддана сумніву. Зокрема у кожному судочинстві під час звернення до звичаю сторони інколи підтверджували його усталеність і фактичну юридичну дію давністю: «здавна між нами злочинця нічим, тільки копою шукають» [35, с. 113]. Подібною була ситуація і у звичаєвому праві інших народів. Так, у Мазовії діяв звичай, коли староста бартний своєю волею і владою за потреби скликав суд, який складався з непрофесійних суддів, але «цим людям стародавнім багато були вірити згідні» [36, с. 5].

Ще одним аспектом проблеми співвідношення давності й усталеності у контексті звичаєвого права є те, що давні правові звичаї традиційно користувалися більшим авторитетом суспільства, ніж нові практики, що набули статусу звичаю порівняно недавно. До прикладу, в римському праві розрізнялися звичаї давні (*mores majorum* – звичай предків) та звичаєві норми (*consuetudo*), які не мали настільки глибокого історичного підґрунтя [37, с. 38]. Зрештою, давність і сама виступала гарантією суспільного визнання, без якого правовий звичай не міг мати фактичної юридичної дії. Про це свідчать відповідні народні приказки – «так за батьків було, так нам і треба» та ін. [33, с. 2].

Безперервність є дискусійною ознакою правового звичаю, адже важко встановити, чи те, що звичаєва норма протягом певного часу не застосовувалася, вважається перервою в її дії. Р. Уолкер звертає увагу на те, що такою перервою необхідно вважати скасування правового звичаю актом парламенту, після якого він втратив чинність [2, с. 85]. Поновлення ж практики скасованого звичаю може зумовити те, що він уже не набуде юридичної дії.

Однією з ознак норми-звичаю О. Скаун називає *етнічність*, оскільки він перебуває у прив'язці до ментальності народу, національної меншини чи етнічної групи, в якій він формувався [23, с. 281]. У багатьох випадках це справді так, але бувають правові звичаї, приманні одразу кільком народам (випуск нареченої, кровна помста та ін.) чи формуються в міжнародному середовищі (звичаї дипломатичних відносин, звичаї міжнародної торгівлі тощо). Віднесення

етнічності до додаткових ознак правового звичаю не має на меті применшення її значення, оскільки чимало досліджень доводять зв'язок етнопсихологічних характеристик народів із їхнім правом, що особливо виразно простежується у звичаєвому праві. Також загальновизнаною є роль правової (насамперед звичаєво-правової) культури для збереження ідентичності етносу [38, с. 68–69]. Значення правових звичаїв для збереження етнічної ідентичності можна спостерігати не тільки в історії українського народу, але й інших народів, які протягом тривалого часу не мали власної державності – ірландського, албанського, чеченського, тибетського та ін.

Статичність характерна правовому звичаю, оскільки його можна виявити за умов одноманітності прояву впродовж тривалого періоду. У разі виконання правового звичаю кардинально різними способами, виникне неможливість його ідентифікації, а тому й доведення чинності. Одноманітність, визначеність у формі прояву правового звичаю також впливає на його юридичну силу. У випадку зміни елементів правового звичаю, йому загрожує втрата власної форми прояву, а отже завмирання та забуття [10, с. 41, 56]. Значення цієї статичності особливо зростало при відсутності письмової фіксації правового звичаю. На значенні сталої форми вираження правового звичаю для забезпечення його юридичної чинності в суспільстві свого часу наголошував А. Яковлів [24, с. 7]. Водночас статичність є додатковою ознакою правового звичаю, оскільки відомо чимало випадків, коли форма і навіть зміст правового звичаю еволюціонували в ході історії.

Консерватизм, повільне сприйняття нововведень, притаманні правовим звичаям, дозволяють спільності запобігти радикальним невинуватим змінам, необдуманим запозиченням з іноземних правових систем, сприяють збереженню традиційних цінностей і стабільності суспільства. Попри це, консерватизм звичаєвого права може мати і негативні наслідки, ставши перешкодою правового розвитку [10, с. 40]. Але правові звичаї не завжди є консервативними, оскільки можуть регулювати нові суспільні відносини чи еволюціонувати разом із ними.

Деякі автори вказують на таку ознаку звичаєвого права як *обов'язковість*, називаючи його загальнообов'язковим правилом поведінки. Однак ця ознака характерна лише зобов'язуючим і забороняючим правовим звичаям, але не дозволяючим. Останні надають суб'єктам правовідносин певні можливості, які вони можуть реалізувати за своїм вибором.

Додатковою ознакою правового звичаю є також *санкціонованість*. Викликає сумнів позиція багатьох авторів з приводу того, що звичаї стають правовими тільки після їхнього санкціонування державою [39, с. 165]. Правовий звичай насамперед ставав усталеним правилом поведінки у певній сфері правовідносин, а вже тоді санкціонувався державою. При чому, це санкціонування не стільки надавало йому юридичної чинності (бо на той час він уже діяв у площині загальносоціального права), скільки забезпечувало його додержання органами та посадовими особами публічної влади. Це відбувалося у трьох основних формах: мовчазної згоди держави, застосування звичаєво-

правових норм у практиці судових і адміністративних органів, а також відсилання до звичаїв у законодавстві [40, с. 568].

Ю. Лобода виокремлює три ступені юридизації звичаєвого права державою: держава допускає застосування норм звичаєвого права у громадах та інших соціальних спільнотах, не визнаючи при цьому їхнього юридичного значення в ході правозастосування компетентними органами публічної влади; держава визнає юридичне значення звичаєвого права, його норм, процедур і результатів їхнього застосування самим громадами, але не забезпечує їхню чинність публічним примусом; держава забезпечує застосування норм звичаєвого права комплексом своїх організаційних, виховних та примусових засобів [38, с. 168].

Як відомо, звичай твориться стихійно. На думку Є. Врублевського, роль держави у процесі звичаєвої правотворчості зводиться до того, щоб розмежувати звичаї, які з точки зору компетентного органу є раціональними та корисними, тому на їх підставі слід приймати владні рішення, від тих, яких не варто враховувати чи навіть треба їм протистояти. Протистояння таким звичаям часто становить важке завдання для держави загалом і законодавця зокрема [19, с. 22].

Разом з тим роль держави у формуванні та розвитку суспільних (і в т. ч. правових) звичаїв є дещо ширшою. Державний юридичний вплив на звичаєву модель поведінки може мати на меті:

- 1) стимулювання та уточнення змін, що відбуваються у звичаях суспільства;
- 2) створення умов для того, щоб могли відбутися зміни у звичаєвих моделях поведінки;
- 3) легалізація змін у звичаях суспільства;
- 4) поступове гальмування змін, які відбуваються у звичаях;
- 5) утримання «статусу кво» у звичаєвих моделях поведінки;
- 6) викорінення зі суспільного життя звичаїв, які є шкідливими [41, с. 159].

Для забезпечення юридичної чинності правового звичаю держави впродовж історії вдавалися до двох шляхів: створення спеціальних органів (у т. ч. судів), уповноважених приймати рішення на підставі звичаєвого права; впровадження до законодавчих текстів відповідних слів, термінів і формулювань невизначеного змісту, які відсилають до звичаїв [42, с. 219]. П. Волвенко звернув увагу на те, що на деяких історичних етапах публічна влада певної держави, посилаючись на звичаєве право у своїх актах, мала на меті не забезпечення юридичної чинності звичаїв, а в такий спосіб намагалася гарантувати суспільний авторитет і належну реалізацію своїх велінь [43, с. 212]. Особливо це стосувалося періодів становлення певної держави чи її влади на підкорених територіях, коли існував ризик невизнання, а відтак недієздатності відповідного законодавства.

Якщо норми звичаєвого права дослівно записувалися як статті нормативно-правових актів, вони автоматично втрачали звичаєвий статус і ставали нормами законодавства. Натомість коли в законодавчих текстах диспозиція статті була бланкетною, а відтак відсилала до певного звичаю, не дублюючи його, така норма залишалася звичаєво-правовою та в

такий спосіб санкціонувався законодавцем. Наприклад, ст. 1 розд. VII Статуту Великого князівства Литовського 1566 р. передбачала, що можна здійснити розпорядження маєтками, які «батьківські і земські, материнські і вилучені, куплені і будь-яким звичаєм набуті» [44, с. 383–384]. При цьому суть звичаю, яким майно набуто стаття не подала, залишивши у просторі звичаєво-правового регулювання та неписаній формі.

Інкорпорованість в систему права. Деякі автори вважають інкорпорованість у систему позитивного права важливою ознакою правового звичаю, яка вирізняє його з-поміж інших звичаїв суспільства. Інакше кажучи, правовий звичай повинен регулювати відносини, які належать до предмета певної галузі чи інституту права [11, с. 188]. Проте така ознака не може бути визнана основною, оскільки історії відомі цілі звичаєво-правові інститути, не охоплені законодавчим регулюванням.

Забезпечення державним примусом як ознака правового звичаю виникає в разі його державного санкціонування, а відтак переведення в площину спеціально-юридичного права. У такому випадку чинність правового звичаю забезпечується вже не суспільним авторитетом чи заповітом предків, а силою держави. Держава забезпечує дію правових звичаїв, яких визнає корисними для публічного інтересу. Натомість шкідливі звичаї вона може заборонити, визнавши їх правопорушеннями. Разом з тим присутній і зворотній зв'язок держави та звичаю, адже правові звичаї часто стають змістовною базою для законодавчих текстів [10, с. 42–43].

Визначеність як ознака правового звичаю теж має факультативний характер, адже практики формуються стихійно, і не завжди стають достатньо визначеними правилами поведінки. Як приклад відносної визначеності правового звичаю можна вказати займанщину, здійснення та обсяг якої визначалися козацьким звичаєвим правом, однак дослідження вказують і на те, що часто траплялися відхилення від згаданих правил [45, с. 107]. Недостатня визначеність правових звичаїв стала однією з основних причин втрати домінуючих позицій звичаєвого права на користь більш чітких і визначених положень законодавчих актів [46, с. 12–13].

Узгодженість правових звичаїв між собою є бажаною, однак не завжди наявною їхньою ознакою. Британські юристи звертають увагу, що правові звичаї, які суперечать одне одному не можуть вважатися чинними [2, с. 86]. Водночас система неписаного права не могла бути настільки ж чіткою, як система писаного права. Інакше кажучи, системність звичаєвого права – неповна і відносна, здатна еволюціонувати історично та модифікуватися на регіональному рівні. Відтак дослідника не повинна лякати суперечність між правовими звичаями одного народу конкретного періоду, адже це могло бути викликаним місцевими особливостями чи навіть приналежністю цих норм до різних підсистем звичаєвого права.

З цих причин правовим звичаям часто характерна *варіативність*, тобто набуття різних варіантів одним і тим же правовим звичаєм залежно від місце-

вості, в якій він діяв, або історичного періоду. *Неписана форма* є характерною багатьом правовим звичаям, проте ця факультативна ознака аж ніяк не виключає можливості письмової фіксації правових звичаїв, що більш широко роз'яснено водній із попередніх публікацій [47].

Правовим звичаям, як правило, характерна, *анонімність і колективність авторства*. Відтак творцями звичаєво-правових норм є самі суб'єкти, правомірною поведінкою яких стає усталеним прикладом. Коло осіб, які дотримуються правового звичаю чи використовують його, повинно бути доволі широким. Як правило, це коло осіб є кількісно та персоніфіковано невизначеним [10, с. 33]. Співробітники Комісії для виучування звичаєвого права України при ВУАН пригадували, що коли вони запитували старших людей щодо шляхів формування правових звичаїв, то часто отримували відповідь: «це не справа рук людських, а справа рук Божих, це свята правда, святий закон». Саме юридична наука поставила це загальне переконання під сумнів і століттями досліджувала гіпотези щодо формування звичаєвого права самими людьми [32, с. 116].

Разом з тим не варто виключати з уваги такої можливості, коли автор правового звичаю стає індивідуалізованим як той, хто започаткував певну практику, яка згодом поширилася та набула юридичного значення. До прикладу, у Франції до 1789 р. діяв правовий звичай регентства, суть якого полягала в тому, що у разі, коли король Франції помирав, а його спадкоємець був неповнолітнім, функції глави держави від його імені виконував регент. Першим регентом в історії Франції стала донька київського князя Ярослава Мудрого Анна під час правління її малолітнього сина Філіпа I (1052–1108) [48, с. 453].

Щодо питання авторства правових звичаїв у науковій літературі висловлювалися доволі різні гіпотези, яких систематизують у три групи. Перша група дотримувалася індивідуалістичного підходу, оскільки згідно з їхніми уявленнями правовий звичай брав початок від дій авторитетних у суспільстві осіб, адже саме їхні дії могли набути повторюваності серед невідзначеного кола суб'єктів. Друга група, до якої належить насамперед історична школа права, називала творцем звичаєвого права народний дух, а правові звичаї вважалися його рефлексіями. Третя група вважала, що правовий звичай формується не конкретними суб'єктами, а об'єктивними обставинами, які й визначають його зміст. Водночас М. Чубатий підтримав синтетичне вирішення даного питання, поєднавши всі три підходи, за яким правовий звичай формується практикою авторитетних осіб за умови її відповідності народним переконанням та об'єктивним умовам суспільного життя [46, с. 10–11].

7. Результати дослідження

Звичаї становлять значний масив соціальних регуляторів суспільних відносин. Серед різних видів звичаїв особливу увагу привертають правові звичаї, які здатні регулювати правову матерію – найбільш важливі суспільні відносини. Для набуття юридичного значення звичай повинен відповідати певним умовам, які різняться залежно від традиції,

законодавства держави чи середовища, в якому вони діють. Разом з тим деякі ознаки правового звичаю мають універсальний характер, а тому дозволяють визначити його поняття незалежно від конкретного правового порядку.

Правовий звичай вирізняється від інших джерел права тим, що для його утворення достатньо волі суспільства чи його частини, і не є необхідною участь держави. Вироблені й апробовані суспільною практикою правові звичаї часто стають надійним кодифікаційним матеріалом, і вирішують проблеми правового регулювання в тих важливих частинах суспільного життя, які ще не отримали законодавчої регламентації чи потребують гнучкості, яку може забезпечити звичаєве право.

8. Висновки

1. Ознаки правового звичаю можна систематизувати у дві групи – основні (характерні всім без винятку правовим звичаям) та додаткові (присутні в

багатьох правових звичаях, але не усіх). Першу групу ознак становлять: усталеність, нормативність, загальність, відповідність праву, суспільне визнання та фактична юридична дія.

2. Виходячи зі сформульованих і роз'яснених вище основних ознак правового звичаю, можна запропонувати таку дефініцію цього поняття. *Правовий звичай* – це усталене у практиці та відповідне праву загальне правило поведінки (чи їхній комплекс), що має фактичну юридичну чинність і суспільне визнання.

3. Додаткові ознаки правового звичаю доповнюють і розширюють палітру цього поняття, проте не мають обов'язкового значення для його існування. До них належать: справедливість, розумність, давність, безперервність, статичність, етнічність, обов'язковість, санкціонованість, інкорпорованість в систему права, забезпечення державним примусом, неписана форма, визначеність, варіативність, корисність, узгодженість, анонімність і колективність авторства.

Література

- Добров О. Правоутворення без законодавця (нарис з теорії джерел права). Ч. 1. Звичаєве право // Праці комісії для вивчення звичаєвого права України. Київ: ВУАН, 1928. № 2. С. 295–415.
- Уолкер Р. Английская судебная система. Москва: Юридическая литература, 1980. 631 с.
- Chauvin T., Staweki T., Winczorek P. Wstep do prawoznawstwa. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2016. 296 p.
- Васильев А. М., Васильева С. М. Понятие и признаки правового обычая // Вопросы российского и международного права. 2012. № 9-10. С. 7–28.
- Сенюта І. Я. Правовий звичай як джерело права та регулятор відносин у сфері надання медичної допомоги // Медичне право. 2017. № 2 (20). С. 59–70.
- Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія. Київ: Юридична думка, 2008. 336 с.
- Васянович О. А. Правовий звичай у правових системах сучасності. Київ: КНЕУ, 2014. 183 с.
- Івановська О. П. Звичаєве право. Етнотворчий аспект. Київ: ЕксОб, 2002. 264 с.
- Великий тлумачний словник сучасної української мови. Київ-Ірпінь: Перун, 2004. 1440 с.
- Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / ред. І. Б. Усенко. Київ: Наукова думка, 2006. 280 с.
- Preisner A. Zwyczaj i prawo zwyczajowe // Charakter i struktura norm Konstytucji / ed. by Trzcinski J. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 1997. S. 185–195.
- Studnicki F. Dzialanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiazan z umowy // Prace komisji prawniczej. Krakow: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellonskiego. 1949. No. 4. 153 s.
- Lic J. Zwyczaje i prawo zwyczajowe // System prawa handlowego. T. 1. Prawo handlowe – czesc ogolna / ed. by Wlodyka S. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck, 2009. S. 146–273.
- Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. пос. Львів: Край, 2008. 224 с.
- Колодій А. М. та ін. Загальна теорія держави і права / ред. Копейчиков В. В. Київ: Юрінком Інтер, 2000. 318 с.
- Андрусяк Т. Г. Теорія держави і права. Львів, 1997. 198 с.
- Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
- Megarry R. E. Custom // Encyclopedia Britannica. Vol. 6. Cocker to Dais. Chicago, London, Toronto, Geneva, Sydney, Tokyo: R. R. Donnelley and Sons Co., 1965. P. 926.
- Wroblewski J. Zasady tworzenia prawa. Warszawa: PWN, 1989. 179 s.
- Зумбулідзе Р.-М. Обычное право как источник гражданского права: сборник // Обычай в праве. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2004. С. 7–196.
- Кристер А. Три ступені правоутворення // Праці комісії для вивчення звичаєвого права України. Київ, 1925. С. 54–63.
- Нерсисянц В. С. Право и закон. Из истории правовых учений. Москва: Наука, 1983. 366 с.
- Скакун О. Ф. Теорія права і держави. Київ: Алерта, 2014. 524 с.
- Яковлів А. Цивільне право (курс лекцій). Регенсбург: УТГІ, 1947. 163 с.
- Івановська О. П., Івановський П. О. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект. Київ: ВПЦ «Київський університет», 2014. 383 с.
- Права, по которымъ судится малороссійскій народъ / ред. Кистяковский А. Ф. Київ, 1879. 1063 с.
- Kowalski G. M. Zwyczaj i prawo zwyczajowe w doktrynie prawa i praktyce sądów miejskich karnych w Polsce (XVI–XVIII w.). Krakow: Wydawnictwo UJ, 2013. 202 s.
- Історія вчень про державу і право: підручник / ред. Демиденко Г. Г., Петришин О. В. Харків: Право, 2009. 256 с.
- Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва: Международные отношения, 1999. 400 с.
- Горбатенко В. П., Тертишник В. М. Справедливість // Юридична енциклопедія. Том 5: П–С / ред. Шемшученко Ю. С. та ін. Київ: Українська Енциклопедія, 2003. С. 604–605.

31. Валеев Д. Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1974. № 6. С. 71–78.
32. Малиновський О. Радянське революційне звичаєве право // Праці комісії для виучування звичаєвого права України. Київ: ВУАН, 1928. № 3. С. 114–212.
33. Яковлів А. Українські народні прикази і звичаєве право // Життя і право. Львів, 1935. № 1 (32). С. 1–11.
34. Underlying law Act Papua New Guinea No 13 of 2000. URL: www.paclii.org/pg/legis/consol_act/ula2000173.rtf
35. Гурбик А. Копні суди на українських землях в XIV–XVI ст. // Український історичний журнал. 1990. № 10. С. 110–116.
36. Gawronski F. R. Prawo bartne XVI w. Lwow, 1895. 12 s.
37. Орач Є. М., Тищик Б. Й. Римське приватне право. Київ: Ін Юре, 2012. 392 с.
38. Лобода Ю. П. Правова традиція українського народу (феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу). Львів: Світ, 2009. 280 с.
39. Теорія держави і права / Субботін В. М. та ін. Київ: Знання, 2005. 327 с.
40. Усенко І. Б. Звичай правовий // Юридична енциклопедія. Том 2: Д–Й / ред. Шемшученко Ю. С. та ін. Київ: Українська Енциклопедія, 1999. С. 568.
41. Kojder A. Prawo jako narzedzie zmiany zachowan zwyczajowych // Studia socjologiczne. Wroclaw, 1973. № 2 (49). S. 145–160.
42. Lesczynski L. Ewolucja odeslan pozaprawnych w systemach prawa stanowionego // Studia z historii państwa, prawa i idei. Prace dedukowane profesorowi Janowi Malarczykowi / ed. by Korobowicz A., Olszewski H. Lublin: Wydawnictwo UMCS, 1997. S. 217–230.
43. Волвенко П. В. Українське звичаєве право і традиції в сучасному правовому дискурсі: в контексті комунікативної теорії джерел права: мат. XXIII міжнар. іст.-пр. конф. // Методологічні проблеми історико-правових досліджень / ред. Усенко І. Б. та ін. Київ-Сімферополь: ДОЛЯ, 2011. С. 209–217.
44. Статути Великого князівства Литовського. Т. 2: Статут Великого князівства Литовського 1566 року / ред. С. Ківалов, П. Музиченко, А. Паньков. Одеса: Юридична література, 2003. 560 с.
45. Гримич М. В. Звичаєве цивільне право українців XIX – початку XX століття. Київ: Арістей, 2006. 560 с.
46. Чубатий М. Огляд історії українського права. Історія джерел та державного права (Записки за викладами на Тайнім Українським університеті у Львові рр. 1920–1923). Ч. I. Мюнхен: УВУ, 1947. 88 с.
47. Бедрій М. М. Письмова фіксація правових звичаїв: аналіз українського досвіду: матер. XXXV Міжнар. іст.-пр. конф. // Нормотворення і систематизація в праві: до 1000-річчя Руської Правди і 450-річчя Другого (Волинського) статуту Великого князівства Литовського / ред. Усенко І. Б. та ін. Київ: Херсон: ФОП Грінь Д. С., 2016. С. 117–123.
48. Яновский А. Е. Регенство // Энциклопедический словарь. Томъ XXVI: Рабочая книжка–Роза ди-Тиволи / ред. Арсеньев К. К., Петрушевский Ф. Ф. Санкт-Петербург: Изд. Ф. А. Брокгаузъ, И. А. Ефронъ, 1899. С. 453.

*Рекомендовано до публікації д-р юрид. наук, професор Бойко І. Й.
Дата надходження рукопису 22.02.2018*

Бедрій Мар'ян Миронович, кандидат юридичних наук, старший викладач, кафедра медичного права, Львівський національний медичний університет імені Данила Галицького, вул. Пекарська, 69, м. Львів, Україна, 79010