

**М. М. БЕДРІЙ**

*Мар'ян Миронович Бедрій, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ У ПЕРВІСНОМУ (ДОДЕРЖАВНОМУ) СУСПІЛЬСТВІ: ОКРЕМІ АКЦЕНТИ**

У сучасних умовах спостерігається тенденція щодо розширення предмета юридичної науки, чому сприяють нові дослідницькі напрями у правознавстві. Водночас проблему становлення права навряд чи можна назвати новою, адже вона протягом тривалого часу перебуває в центрі уваги правознавців. Не останню роль у цих пошуках відіграє питання про можливість і особливості правоутворення в первісному (додержавному) суспільстві. Хоча з цього приводу висуваються різні гіпотези, немає сумніву, що право в таких суспільствах могло існувати лише в одній формі – формі правового звичаю (у науковій літературі його також називають «протоправом звичаєм»<sup>1</sup>).

Позитивісти відмовляють протоправу, тобто праву первісного (додержавного) суспільства, у визнанні його юридичним явищем, називаючи «примітивним правом» або ж «квазіправом», але ця позиція поступово втрачає підтримку як у світовій, так і в українській науці. З. Черніловський свого часу назвав додержавне звичаєве право «доправовою культурою», тобто перехідним явищем між родо-племінним синкретизмом (нерозмежованістю регуляторів суспільних відносин – права, релігії, моралі тощо) соціальних норм і позитивним правом перших держав<sup>2</sup>. У первісному (додержавному) суспільстві формувалося звичаєве право, яке регулювало широко сферу суспільних відносин, визнавалося соціумом і забезпечувалося його примусом, а відтак було реально діючим об'єктивним правом. На думку російського вченого В. Червонюка, протоправу властиві такі ознаки: виражається в рішеннях політичного авторитету; регулює відносини між двома сторонами спору; характеризується регулярністю застосування; забезпечується санкціями<sup>3</sup>.

Дослідники відзначають декілька вимірів архаїчного права (цей термін часто вживається у юридичній антропології як синонім додержавного права): оригінальна система архаїчних правових норм; особлива архаїчна правосвідомість; архаїчний процес судочинства, який мав яскраво виражені особливості; спосіб існування людських спільнот в умовах замкнутості та територіальної відокремленості при нерозвинутих формах землеробства і скотарства<sup>4</sup>. Також варто звернути увагу на особливості архаїчного права, сформульовані українським правознавцем В. Завальнюком: архаїчне право являє собою продукт інтуїтивного пристосування до життєвих реалій; існує в усній формі та транслюється з покоління в покоління шляхом особистого прикладу, обрядів, ритуалів тощо; особлива (іраціональна) правосвідомість, пов'язана з отожденням суспільно-правових явищ з богами, духами, душами предків тощо; ритуально-процесуальні форми судочинства, виражені в містичній сутності доказів – присяги, ордалії, поєдинок та ін.; примирна спрямованість права, що спостерігається в медіаційних заходах, спільних трапезах і спільних богослужіннях сторін конфлікту; наявність особливого виду покарання – вигнання з родової спільноти (згодом – територіальної громади)<sup>5</sup>.

У додержавну епоху єдиним джерелом права кожного народу був правовий звичай. При чому, йдеться не про правовий звичай у його спеціально-юридичному розумінні, а в загальносоціальному. Інакше кажучи, це загальновизнане правило поведінки, яке виникає, розвивається і набирає чинності в суспільному житті внаслідок загального переконання в його необхідності та справедливості<sup>6</sup>. Отже, в додержавну епоху саме суспільство визначало актуальність, необхідність, а відтак і юридичну обов'язковість того чи іншого правового звичаю. Причому сфера його чинності визначалася загальністю цього визнання (визнання родом – чинність в межах роду, визнання племенем – чинність у межах племені тощо).

Разом з тим не варто абсолютизувати стихійність процесу формування звичаєвого права у додержавному суспільстві, адже вагому роль в утворенні тогочасних правових звичаїв відіграла й воля керівних органів родів і племен – старійшин, народних зборів, родових судів та ін. Відтак можна погодитися з Д. Валеевим, який стверджував, що значну частину правових звичаїв первісного суспільства було створено свідомо, а не стихійно. Попри наявність і суб'єктивного фактору становлення додержавного права, основні причини все ж такі були об'єктивними<sup>7</sup>.

Більшість дослідників вважають, що право виникло раніше від держави, тобто право не є лише тим, яке утворила держава. Саме суспільство, народ здатні творити право, тому суспільні відносини первісного (додержавного) суспільства регулювалися поступово утвореною та помірно узгодженою системою звичаєво-правових норм. Можна погодитися із С. Дністрянським, згідно з яким право породжують потреби. Задоволення потреб людини вимагало участі кожного індивіда у відносинах з іншими індивідами, а тому виникали зв'язки між ними, формувалися спільнота та суспільство. Тому кожен індивід став залежним один від одного. Ця залежність виражалася у соціальних нормах<sup>8</sup>.

Правові звичаї виникли не одразу з появою людства. На ранніх етапах розвитку первісного суспільства не було звичаїв, які б регулювали відносини між людьми. У цей період людина ще не відділяла себе від природи, а природним явищам доволі часто надавали людських рис (антропоморфізм)<sup>9</sup>. За таких умов людина не могла покладатися на досвід попередніх поколінь, який ще не було вироблено, тому повинна була діяти в конкретній ситуації творчо (можливо, ця творчість згодом дала життя українському правовому принципу «здорового глузду»). Відтак перші звичаї мали прикладний (казуїстичний) характер, відтворюючи інколи до деталей певну модель поведінки, про що писав А. Кристер, порівнюючи додержавне право з народною піснею невідомого автора<sup>10</sup>.

М. Владимірський-Буданов, вважаючи, що першоджерелом права була фізична та моральна природа людини, доводив, що перші правові норми формувалися із почуттів – бажання помсти, влади, володіння майном, захисту дітей та ін. Відтак усталені правила поведінки формувалися не внаслідок свідомого повторення однією людиною дій іншої людини, а через наявність у них однакового почуття. Згодом фактичний стан відносин (те, що було) під впливом свідомості людей трансформувався в юридичні вимоги (те, що повинно бути). Відтак звичай закріплював вже існуючі моделі поведінки, а не встановлював нові<sup>11</sup>. Безперечно, роль психологічного фактору в процесі формування протоправа варто враховувати.

Первісне суспільство пройшло декілька стадій розвитку: формування колективної свідомості; диференціація поколінь; виникнення парної сім'ї. Внаслідок ускладнення структури додержавного суспільства з'явилася потреба розподілу прав і обов'язків між учасниками суспільних відносин, для чого їм потрібні були правові звичаї<sup>12</sup>. Перші соціальні норми появились у формі заборон (табу) і дозволів. У формі табу люди намагались обмежити, зафіксувати і нейтралізувати джерела зла і водночас захистити себе. До найважливіших табу належали: заборона інцесту (кровозмішення); заборона убивати родича; заборона залишати без допомоги (убивати) слабких і непрацездатних – осіб похилого віку, дітей, інвалідів<sup>13</sup>. Водночас не кожна забороняюча норма вважалася табу, оскільки це була особлива заборона, яка включала в себе три наступні компоненти. По-перше, це загальне глибоке переконання родової спільноти, що порушення табу принесе шкоду не лише самому порушнику, а й усій спільноті. При чому можливі наслідки порушення табу, як правило, чітко не визначалися. По-друге, це почуття великого ірраціонального страху перед порушенням табу. По-третє, настання не лише містичної, а й юридичної відповідальності за порушення табу<sup>14</sup>.

Дослідження архаїчних культур вказують на те, що в первісних суспільствах люди вважали, що прикрі випадки в їхньому житті відбувалися внаслідок втручання певних містичних сил. Таке втручання виникало не через порушення певної норми, встановленої самим суспільством, а саме за порушення табу. Наприклад, табу встановлювалося не щодо самого вбивства, а на осквернення землі кров'ю вбитої людини. До слова, у Старому Заповіті Бог звертається до Каїна після вбивства Авеля: «Голос крові твого брата кличе до Мене з землі. А тепер ти проклятий від землі, що розкрила уста свої, щоб отримати кров твого брата з твоєї руки»<sup>15</sup>. Хоча табу мали на меті вберегти родову спільноту від конфлікту з містичним світом, вони створювали важливий соціальний результат, забезпечуючи тим самим правопорядок у самому суспільстві. Зокрема, серед антив діяло табу на статеві відносини у лісі, бо це могло розгнівати лісових духів<sup>16</sup>. Водночас це був важливий превентивний захід щодо можливих згвалтувань.

З метою забезпечення неухильного додержання звичаєво-правових заборон використовувалися різні засоби: каральні заходи, релігійна ідеологізація, заходи заохочення, практика тимчасового скасування заборон. Оскільки писемність була відсутня, а соціальний досвід генетично не передається, зберегти його можна було тільки у формі звичаїв і традицій, які вважалися святими (часто прирівнювалися до волі богів), тому їх порушення було злочином. Відтак вони набували правового характеру та юридичного значення. Точно датувати походження звичаєвого права неможливо, оскільки в первісному суспільстві існував синкретизм. Право було невіддільним від релігії, моралі та звичаїв і містилося в них. Звісно, звичаєве право додержавного періоду не є позитивним правом у класичному розумінні цього слова, але саме завдяки йому був забезпечений перехід суспільства до держави і позитивного права<sup>17</sup>.

Разом із тим сформоване у первісному суспільстві звичаєве право несло в собі заперечення синкретизму, будучи початковою стадією диференціації суспільної свідомості. Синкретичний характер відображення дійсності у звичаєвому праві зумовив загальність, тобто всеохоплюючий характер його впливу на суспільство. Звичаєве право додержавного суспільства являло собою кристалізацію суспільної свідомості в період родо-племінного ладу та було узагальненням суспільних вимог щодо поведінки індивіда. Отож, додержавне право виражало синкретизм соціальних норм і водночас його заперечувало<sup>18</sup>. На цьому діалектичному співвідношенні наголошував свого часу М. Косвен, заявляючи, що звичаєве право, з одного боку, намагалося зберегти давні родові норми, а з іншого, – виражало початки нових явищ, які приводили до розпаду родових спільнот – приватної власності, суспільного поділу та публічної влади<sup>19</sup>.

Родові спільноти і їхні об'єднання, з яких склалися племена у додержавний період, мали стійкі внутрішні зв'язки, проте слабо взаємодіяли одна одною. Відтак значна частина додержавних правових звичаїв діяла тільки в межах конкретної родової спільноти. Правові звичаї, які регулювали відносини між родами, формувалися повільно та зі значними труднощами. Конкретний індивід реалізовував свою правосуб'єктність у відповідній родовій спільноті, а поза нею його права могли не визнавати<sup>20</sup>. Водночас правила поведінки членів роду формувалися в тому числі як реакція на зовнішні фактори: сусідство з іншими родами, географічні та кліматичні умови тощо. Казахстанський професор Е. Абайдельдинов висловив переконання, що тільки злиття родів у племена, а згодом – у міжплемінні об'єднання, забезпечило створення умов для фор-

мування так званого протонаціонального права, яке за своїм змістом було міжродовим<sup>21</sup>. Відтак зміна суспільних умов і потреб спричиняла трансформацію протоправа, яке поступово виходило із родових рамок, регулюючи міжродові та міжплемінні відносини. У такий спосіб будувалася нормативний фундамент для перших держав.

Право виникає із соціальних норм, наповнених етичним змістом. Однак не кожна соціальна норма була правовою, а тільки та, що регулювала найбільш важливі відносини<sup>22</sup>. Основою виникнення протоправа була мораль додержавного суспільства, адже норма права повинна була цій моралі відповідати, і навпаки – виконання моральних вимог могло бути забезпечене правовими засобами (у т. ч. родовим судом). Серед загального масиву звичаїв, утворених первісним суспільством, особливого значення набували ті, що мали юридичний характер, тобто формувалися сфери правового регулювання: обрання та зміщення вождя, старійшин роду чи племені; проблеми війни та миру; кровна помста, міжродова ворожнеча та примирення; заборона інцесту й шлюбні контакти з іншими родами; майнові відносини всередині роду та племені тощо<sup>23</sup>.

Як відомо, юридична норма повинна забезпечуватися примусом внутрішнім (самою особою, її світоглядом) і зовнішнім (суспільним, владним). Якщо внутрішньопсихологічний імператив додержання норми є необхідним звичаєвому праву, адже для його чинності йому необхідно визнання, то зовнішній – під питанням. Однак зовнішній примус однаково присутній у праві, бо його виконує суспільство чи держава, а за її відсутності – рід, вождь, старійшина. В умовах додержавного суспільства східних слов'ян ці органи та посадові особи контролювали дотримання правових звичаїв, а також виносили владні рішення, які, повторюючись при наступному вирішенні аналогічних справ, також набували зобов'язуючого (звичаєво-правового) значення. Як наслідок, звичаєве право формувалося з двох основних джерел: моральних норм і владних рішень органів родо-племінного ладу<sup>24</sup>.

А. Кристер вважав основою юридичної обов'язковості правових норм їхню внутрішню самозаконність. Її він пропонував шукати у додержавному праві, коли обов'язковість правопорядку ґрунтувалася на інстинктивному та несподіваному підпорядкуванні певним правилам або свідомості соціального зв'язку, а той у свою чергу базувалася на спільності походження, спільній долі та спільному місці перебування. Право в таких умовах ставало очевидністю, добре відомою кожному учаснику родової спільноти. Відтак формування додержавного права відбувалося у процесі його здійснення<sup>25</sup>.

Традиційно основними одиницями в структурі об'єктивного права вважають юридичні норми, тому й система додержавного права складалася саме з них. Їх інколи називають мононормами (термін запропонував російський етнограф А. Першиц<sup>26</sup>), тобто правилами суспільної поведінки первісного суспільства, які поєднували в собі характерні риси юридичних, моральних і релігійних норм, що було цілком логічним в умовах згаданого раніше синкретизму. У мононормі не було визначальної ролі моралі, права чи релігії, оскільки ці правила поведінки мали синтетичний характер. Так, поняття справедливого поєднувало в собі справедливість і юридичну, і моральну, і релігійну водночас<sup>27</sup>. До ознак звичаєво-правових норм додержавного суспільства відносять: те, що вони виникають спонтанно у свідомості людей, а згодом передаються з покоління в покоління вербальним шляхом; основним способом правового регулювання виступає заборона (табу); недиференційованість прав і обов'язків суб'єкта відносин (так, помста за вбивство родича була водночас і правом, і обов'язком); їх виконання забезпечувалося усім суспільством, а не спеціальним апаратом примусу<sup>28</sup>.

А. Яковлів висловив гіпотезу щодо первинності процесуально-правових норм. Інакше кажучи, звичаї первісного суспільства мали можливість цілковитого переходу з побутової у правову сферу шляхом їхнього використання в додержавних судах. Водночас діяльність цих судів базувалася на певних узгоджених суспільством правилах, тобто процесуально-правових нормах<sup>29</sup>. Таким чином, матеріальні норми додержавного права формувалися передусім у судовій практиці родових спільнот, яка в свою чергу відбувалася на підставі процесуальних норм цього протоправа. Г. Шершеневич з даного приводу зазначав наступне: «сам процес диференціації норм права зумовлюється народженням у суспільному середовищі нового явища – суду від імені влади»<sup>30</sup>.

Таким чином, правові звичаї як первинне джерело (форма) права в історії світу утворилися вже у первісному (додержавному) суспільстві під впливом численних факторів, розвивалися у правозастосовній практиці родів і племен, а також виражали зв'язки між ними. В умовах додержавного синкретизму правові норми становили єдність із моральними та релігійними нормами, фіксуючись у народній пам'яті за допомогою фольклору (приказок, пісень, казок, міфів тощо). Юридизація таких норм відбувалася насамперед через судові механізми – суди родових спільнот. Поступово формувалися окремі звичаєво-правові інститути, які створювали передумови для переходу до державної організації суспільства.

<sup>1</sup> Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І. Б. Усенка. – К. : Наукова думка, 2006. – С. 4.

<sup>2</sup> Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права / З. М. Черниловский. – М. : Высшая школа, 1983. – С. 38.

<sup>3</sup> Элементарные начала общей теории права / под общ. ред. В. И. Червонюка. – М. : КолосС, 2003. – С. 39.

<sup>4</sup> Проблемы теории государства и права / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 1999. – С. 308.

<sup>5</sup> Завальнюк В. В. Архаїчне право як категорія юридичної антропології / В. В. Завальнюк // Актуальні проблеми держави і права. – Одеса, 2011. – Вип. 61. – С. 294–295.

<sup>6</sup> Чубатий М. Українське право / М. Чубатий. – Л., 1921. – С. 71.

<sup>7</sup> Валеев Д. Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса / Д. Ж. Валеев // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 1974. – № 6. – С. 74.

- <sup>8</sup> Дністрянський С. Звичаєве право та соціальні зв'язки / Станіслав Дністрянський // Часопис правничі і економічна. – Л., 1902. – Т. IV. – С. 21.
- <sup>9</sup> Валеев Д. Ж. Вказана праця. – С. 74.
- <sup>10</sup> Кристер А. Три ступені правоутворення / Арнольд Кристер // Праці комісії для виучування звичаєвого права України. – К. : ВУАН, 1925. – С. 56.
- <sup>11</sup> Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права / М. Ф. Владимирский-Буданов. – М. : Территория будущего, 2005. – С. 112.
- <sup>12</sup> Валеев Д. Ж. Вказана праця. – С. 75–76.
- <sup>13</sup> Лекції з історії держави і права України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.tigr.jurlugansk.org](http://www.tigr.jurlugansk.org) [30.08.2008].
- <sup>14</sup> Семенов Ю. И. Обычное право в докласовом обществе: возникновение, сущность и эволюция / Ю. И. Семенов // Обычное право народов Сибири (буряты, якуты, эвенки, алтайцы, шорцы). – М. : Старый сад, 1997. – С. 18–19.
- <sup>15</sup> Біблія або книги Святого Письма Старого і Нового Заповіту / Ювілейне видання з нагоди тисячоліття Християнства в Україні. – К. : Нове життя Україна, 1992. – С. 4.
- <sup>16</sup> Ивановська О. П. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект / О. П. Ивановська, П. О. Ивановський. – К. : ВПЦ «Київський університет», 2014. – С. 9–10.
- <sup>17</sup> Лекції з історії держави і права України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.tigr.jurlugansk.org](http://www.tigr.jurlugansk.org) [30.08.2008].
- <sup>18</sup> Валеев Д. Ж. Вказана праця. – С. 76–77.
- <sup>19</sup> Косвен М. О. Очерки истории первобытной культуры / М. О. Косвен. – М.: Изд. АН СССР, 1957. – С. 217.
- <sup>20</sup> Ивановська О. П. Вказана праця. – С. 8.
- <sup>21</sup> Абайдельдинов Е. М. К вопросу о типологии национального обычного права и международного обычая / Е. М. Абайдельдинов // Совершенствование законодательства в свете Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 по 2020 года : матер. Междунар. науч.-практ. конф. (19 ноября 2010 г.). – Астана, 2010. – С. 321.
- <sup>22</sup> Дністрянський С. Вказана праця. – С. 23–24.
- <sup>23</sup> Валеев Д. Ж. Вказана праця. – С. 74.
- <sup>24</sup> Там само. – С. 76.
- <sup>25</sup> Кристер А. Вказана праця. – С. 56–57.
- <sup>26</sup> Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии / А. И. Першиц // Исследования по общей этнографии. – М. : Изд-во Института этнологии и антропологии РАН, 1979. – С. 125–132.
- <sup>27</sup> Васянович О. А. Правовий звичай у правових системах сучасності / О. А. Васянович. – К. : КНЕУ, 2014. – С. 7–8.
- <sup>28</sup> Завальнюк В. В. Вказана праця. – С. 293.
- <sup>29</sup> Яковлів А. До питання про генезу копних судів на Україні / А. Яковлів // Життя і право. – Л., 1928. – Число II. – С. 7–8.
- <sup>30</sup> Шершеневич Г. Ф. Общая теория права / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Изд-во бр. Башмаковых, 1911. – Т. 1: Философия права. – С. 163.

#### Резюме

**Бедрий М. М. Правовий звичай у первісному (додержавному) суспільстві: окремі акценти.**

Стаття присвячена окремим аспектам становлення звичаєвого права у первісному (додержавному) суспільстві. Проаналізовано причини формування й особливості правового звичаю як форми права у додержавний період. З'ясовано змістове наповнення та забезпечення чинності додержавних норм звичаєвого права.

**Ключові слова:** правовий звичай, первісне (додержавне) суспільство, родо-племінний лад, табу, синкретизм.

#### Резюме

**Бедрий М. М. Правовой обычай в первоначальном (догосударственном) обществе: отдельные акценты.**

Статья посвящена отдельным аспектам становления обычного права в первоначальном (догосударственном) обществе. Проанализированы причины формирования и особенности правового обычая как формы права в догосударственный период. Выяснено содержательное наполнение и обеспечение силы догосударственных норм обычного права.

**Ключевые слова:** правовой обычай, первоначальное (догосударственное) общество, родо-племенной строй, табу, синкретизм.

#### Summary

**Bedriy M. Legal custom in the primitive (pre-state) society: several accents.**

This article is devoted to particular aspects of the customary law standing in the primitive (pre-state) society. The reasons of the formation and characteristics of legal custom as a form of law in the pre-state period are analyzed. The content and providing force of pre-state customary law norms are founded.

**Key words:** legal custom, primitive (pre-state) society, tribal structure, taboo, syncretism.