

2. Див.: Андрущенко В. П. Роздуми про освіту: Статті, нариси, інтерв'ю. – 2-ге вид., допов. – К.: Знання України, 2008. – 819 с. іл.
3. Див.: Романенко К. М.: Конституційне право громадянина на освіту в Україні: стан і тенденції розвитку: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 – конституційне право. – Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Харків, 2008. – 209 с.
4. Конституційне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. – Т. 2 / за загальною редакцією Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ “Видавництво “Юридична думка”, 2008. – 800 с.
5. Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні: монографія / кол. авторів; за ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука. – К.: ТОВ “Видавництво “Юридична думка”, 2007. – 424 с.

Андрусишин Б. И. Государственно-общественное управление в контексте развития образовательного права Украины.

В статье анализируются разные научные подходы, касающиеся определения образовательного права, как самостоятельной отрасли права и отрасли законодательства, влияние общественности на принятие государственно-управленческих решений.

Ключевые слова: право, образование, отрасль права, отрасль законодательства, институт права, образовательное право, гражданское общество.

Andrusyshyn B. I. State and public administration in the context of the educational rights of Ukraine.

This article analyzes the different scientific approaches concerning the definition of the educational rights as an independent field of law and legislation, influence of public on acceptance of state managerial decisions.

Keywords: law, education, branch of law, industry legislation, institute of law, educational rights, civil society.

УДК 340.141

Кушинська Л. А.
Національний педагогічний університет
імені М. П. Драгоманова

**ПЕРЕТВОРЕННЯ ЗВИЧАЮ НОРМАТИВНОГО ХАРАКТЕРУ
НА ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ. ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ**

У статті розкривається один з дискусійних моментів сучасної теорії держави і права, що стосується шляхів перетворення звичаю на правовий звичай, а також авторське бачення статусу звичаєвого правила після його письмової фіксації з конкретизацією.

Ключові слова: звичай нормативного характеру, правовий звичай, джерело права, правовий плюралізм, законодавство.

Правовий звичай нині визнається джерелом права, котре має відповідати певним вимогам. З утворенням держави звичай не лише не зник з правового поля, навпаки – в державі триває процес стихійного утворення звичаїв, однак, не всі з них отримують правову характеристику.

Проблематиці правового звичаю як джерела права присвятили свої дослідження Н. Толкачова, М. Гримич, І. Усенко, О. Яворська, М. Ходаківський, Н. Оніщенко, І. Музика, М. Жовтобрюх, О. Волощенко, І. Стрельнікова, Є. Погорелов та інші науковці. Водночас лишаються дискусійними окремі теоретичні аспекти цього

питання, зокрема, чи є шляхом перетворення звичаю на правовий звичай закріплення у законі звичаєвих правил з їх конкретизацією.

Перетворення звичаю, як рудименту додержавного суспільства, на правовий звичай тривав одночасно з перетворенням додержавного суспільства на власне державне. Підлягаючи загальним закономірностям, у кожного народу цей процес мав локальні особливості. Додержавне суспільство також пройшло кілька етапів своєї еволюції, від родового до союзу племен. Вже в період вождівства спостерігаються такі явища, як намагання абсолютизації влади військових вождів шляхом її переведення з виборної на спадкову, оголошення “святенності правлячого роду”, тощо. В цей час у суспільствах тривав процес спеціалізації, тобто, виділення груп, котрі займаються певною діяльністю та формування відповідних правил поведінки-звичаїв, котрі регулювали цю діяльність.

Отже, держава надаючи звичаю правової форми, санкціонує не окремі звичаї, а систему звичаєвих норм, котра склалась напередодні її утворення. Окремі ж звичаї знаходяться у віданні громади, корпорації, інших самокерованих локальних груп. Санкціонування певної норми та її творення – не тотожні речі, оскільки питома вага законодавчої ініціативи в кожному випадку різна. Коли йдеться про творення норми, це передбачає запровадження правил, котрі мають автора (чи авторів), склались, цілеспрямовано, а не стихійно і виражають інтерес особи або групи осіб. “Санкціонування” означає надання дозволу на існування певних норм та правил, котрі вже стихійно, протягом століть склались у суспільстві, систематизувались і не становлять конкуренції державній владі. Остання не конкретизує ці правила, не вникає у їх глибинний сенс, а просто не забороняє їх.

Санкціонуючи таким чином звичаєві норми, держава не просто надає їм правової форми, вона фактично визнає нормативність значного масиву давніх правил, до творення яких вона не має відношення. Законодавство вивищилось над звичаями за допомогою писемності. Письмова фіксація дозволила не просто продовжити пам'ять про події та явища, але й дала можливість знати більше того, що містить пам'ять поколінь, оскільки відбулась зміна механізму передачі звичаїв. Існують різні форми перетворення звичаїв у правові норми. Це мовчазна згода держави; звернення до звичаїв у судовій практиці; закріплення у законі можливості застосування звичаїв; санкціонування звичаїв у постановах місцевих органів влади [8, с. 73].

Мовчазна згода держави передбачала дозвіл на застосування споконвічних правил поведінки-звичаїв, котрі вже напередодні її утворення були загальною практикою. Державній владі не було сенсу докорінно змінювати звичний хід життя й правила поведінки, відтак, діяв загальний принцип – дозволено те, що не заборонено. Ця форма мала місце як в ранньодержавний період, за якого у правовідносинах зберігали чинність численні рудименти додержавного суспільства, так і протягом всіх історичних періодів, аж до сучасного [6]. В Україні, котра була поділена між кількома державами, з їх мовчазної згоди діяли національні звичаї, часом відмінні, часом абсолютно протилежні офіційному законодавству. Наприклад, українські копні суди, з мовчазної згоди литовської влади діяли до XVI ст., лише після цього періоду були санкціоновані державою, звичай першого займу діяв на Слобожанщині аж до XIX ст.

Звернення до звичаю в судовій практиці пройшло еволюцію. В ранньодержавний період, враховуючи відсутність інших джерел права це було поширеним явищем. Так, на основі звичаїв у XI ст. виносили свої рішення Англійські роз'їзні суди, система

рішень яких у подальшому створить єдину систему прецедентів [1, с. 12]. В період зміцнення держав та кодифікаційної роботи, що мала на меті уніфікацію правових норм, спостерігається заперечення цієї форми права. Наприклад, у своїх “Йосипінських книгах законів”, цисар, відомий противником “старовини”, заборонив використання самої категорії “звичаєве право”. В сучасній судовій практиці дозволяється застосування звичаю, якщо такий не суперечить закону [9, с. 48].

Закріплення у законі можливості застосування звичаїв без конкретизації їх змісту є наступним шляхом надання звичаю правового значення. Традицію застосування звичаєвих правил започаткували пам’ятки феодального права, оскільки для врегулювання конкретних правовідносин в письмовому документі не завжди містилась відповідна норма права. Відтак, звичай заповнював прогалини у писаному праві, за умови, що він не суперечив Закону, був загальновідомим і сприймався як обов’язковий. Пізніше ця практика поширилась аж до нашого часу з тими самими вимогами щодо звичаєвого правила. Сучасна дослідниця звичаєвого права М. Гримич зазначає, що народна правосвідомість українських селян ХІХ століття включала момент обов’язковості санкціонування державою їхніх споконвічних звичаїв [3, с. 115].

Санкціонування звичаїв у постановах місцевих органів влади мало місце в ранньодержавний період, коли окремі княжіння, землі, графства, тощо, представляючи собою місцеві органи влади, керувались старими й відомим їм правилами, що не становили собою конкуренцію міцніючій владі.

Окремою проблемою стоїть такий шлях надання звичаю правової форми, як закріплення у законі звичаєвих правил з їх конкретизацією. З цього приводу існують дві точки зору. Перша – при закріпленні в законі відомих усних правил громадського побуту при докладному їх описі відбувається перехід звичаєвої норми на звичаєво-правову. Інша точка зору полягає в тому, що конкретизовані в законі правила, навіть якщо вони повністю списані з побутової практики, є проявом правотворчості держави. На користь обох точок зору є достатньо аргументів, які ми пропонуємо розглянути. Відправною точкою є саме письмова фіксація, яка на думку одних вчених є проявом правотворчості, а на думку інших, не завжди, оскільки зафіксоване правило не завжди є законом.

Такі дослідники, як О. Першиц [5, с. 222], М. Гримич [2, с. 4-9], Н. Толкачова [8, с. 15-16] та інші не вважають критерій писемності ознакою правотворчості, слушно зазначаючи, що такий не є абсолютним. Зокрема, на думку Н. Толкачової, звичай може бути не лише записаний, але й приведений в певну систему. Як приклад дослідниця наводить Варварські правди, котрі лише з певною обережністю можна назвати кодексами, оскільки вони були простою компіляцією звичаїв [8, с. 77]. Отже, на думку цих дослідників, закріплення у законі звичаєвих правил є одним із шляхів перетворення звичаю на правовий звичай.

Інша точка зору полягає в тому, що кодифікація є виявом правотворчості. На її користь свідчить те, що сам факт письмової фіксації звичаєвих правил є підтвердженням ускладнення суспільства, суспільних відносин та, внаслідок цього, виникнення потреби у конкретизації правил-звичаїв. Виходячи з зазначеного, ми поділяємо саме цю другу точку зору. На нашу думку, після фіксації звичаєвого правила втрачається більшість його визначних характеристик, як-от варіативність, довільне тлумачення, відсутність чітких вимог щодо юридичної техніки та термінології,

неможливість внесення змін. Зберігається лише зовнішня словесна форма. Засіб забезпечення цього правила є незаперечним – будучи зафіксованим на папері, воно, відкидаючи будь-яку варіативність, забезпечується державною владою. Хоча, на побутовому рівні певний час спостерігається здійснення звичасвого правила завдяки засобам громадського впливу.

Отже, слід розмежовувати теоретичний аспект поняття “звичаєве право” та його побутове значення. На побутовому рівні дотримання відомих та визначених правил забезпечується засобами громадського впливу і вже потім державною владою. Виходячи ж з теоретичного аспекту, після письмової фіксації звичай втрачає більшість того, що складає суть цієї соціальної норми. І нарешті, після закріплення у законі звичасвих правил з їх конкретизацією, вони починають існувати ніби у двох вимірах – письмовому державному та усному загальнонародному. А це означає, що будь-які природні зміни, довільні тлумачення та стихійні нововведення у цьому випадку стосуватимуться лише усного звичаю, широковідомому тому середовищу, де він має чинність. Вони не стосуються правила, зафіксованого на папері – такий існує паралельно з його усним “аналогом” і може бути замінений лише згідно тієї законодавчої процедури, що існує на той час.

Перетворення звичаїв на правові звичаї, що тривало в ранньодержавний період, не припинилось і в наступні епохи, набуваючи при цьому на кожному етапі розвитку держави й права своїх особливостей. У первісному суспільстві звичай зливався не лише з нормами моралі та релігії, а й з самою свідомістю та поведінкою людей. Він являв собою своєрідне невід’ємне природне право, а отже, був і особистим, і територіальним. Індивід, що дотримувався звичаїв, не мав свободи вибору, та й особливо не замислювався над нею, оскільки, головною метою було виживання, а звичаї виникли як результат багаторазового повторення та узагальнення найраціональніших варіантів поведінки, спрямованої на цю мету.

Як важливий регулятивний засіб правовий звичай зберігає своє значення за сучасних умов у багатьох країнах, де він є пріоритетною формою (джерелом права). Це наприклад, мусульманські країни, де живучість і тривалість застосування звичаїв як регулятора суспільних відносин зумовлена тим, що він є виявом національної самобутності й традиційної свідомості.

Таким чином, звичай, навіть набувши правової форми, існує доти, доки він відомий, застосовуваний і на побутовому рівні його обов’язковість не викликає сумніву, і зникає, коли його перестають застосовувати. Саме державна влада, не забороняючи його, визнає його чинність й надає правової форми. Закон же існує, поки його не буде офіційно відмінено згідно чинної процедури. Він може мати характер так званого “мертвого” або “сплячого” закону, однак, формально зберігатиме чинність. Саме тому навіть повна компіляція звичасвого правила на папері зводить нанівець всі визначальні його характеристики і перетворює такий на закон, оскільки сам факт письмової фіксації свідчить про її необхідність. Звичай, будучи правовим, окрім державної санкції забезпечується так званим громадським імперативом, тому немає необхідності його письмово фіксувати – його і так знають, в своєму середовищі застосовують і сприймають за обов’язковий.

Наразі нормативність правового звичаю підтверджена рішенням Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. Тут зазначається, що право не обмежується лише законодавством, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема,

норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені його історично досягнутим культурним рівнем. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою втілена у Конституції України [7]. В цьому контексті виникає питання – які ознаки мають бути властиві звичаю, щоб він був правовим? Адже будучи неписаним (усним) джерелом права, такий постійно змінюється, трансформується, пристосовується.

Французький дослідник Рене Давід звертає увагу, що звичай – це постійна величина у праві, котра існує поряд з законом, замість закону або проти закону [4, с. 15-16.]. Логічно припустити, що звичай має бути або поряд з законом, або замість закону, тобто, заповнювати собою численні прогалини у писаному законодавстві, виконуючи при цьому свою природну функцію. На думку представника позитивістської філософії права Г. Шершеневича, правовий звичай має містити норми, які базуються на правовому переконанні, виявляються у частому застосуванні; не повинен суперечити розумності (здоровому глузду); не повинен порушувати моральності; в його основі має бути правова свідомість або народне переконання [10, с. 274-277].

Додамо, існують ще й “недобрі” звичаї та традиції (“кумівство”, “дідовщина”, “телефонне право”), котрі склались в певних соціоструктурах, як правило, відносно замкнених, що поступово переходять цю замкненість й приживаються в загальному соціумі. Часто вони не лише прямо суперечать чинному законодавству, але й принижують гідність людини і тому не можуть вважатись розумними й загально визнаними, та й взагалі є гальмом на шляху розбудови правової системи. Крім того, не завжди правові уявлення окремих етнічних груп відповідають чинному законодавству. Як правило, такі уявлення стосуються здебільшого шлюбно-сімейних та кримінальних відносин.

Відтак, перетворення звичаю на правовий звичай, окрім іншого, тісно пов'язане з більш відчутною проблемою – співвідношення звичаєвого права та офіційного законодавства, що у багатонаціональній державі має бути адекватним. Щоб бути правовим, звичай повинен перш за все не суперечити чинному законодавству, а те, своєю чергою, має відповідати правовим уявленням населення держави і лише за цієї умови можливе забезпечення поваги до закону і подолання деформацій правосвідомості, як-от правовий нігілізм, правовий ідеалізм, тощо.

Використані джерела:

1. *Васянович О. А.* Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах : автореферат дис. ... кандидата юридичних наук. – К., 2010. – 19 с.
2. *Гримич М. В.* Дискусійні аспекти трактування терміна “звичаєве право” // Етнічна історія народів Європи : зб. Наук. праць. – 2001. – Вип. 8. – 156 с.
3. *Гримич М. В.* Звичаєве цивільне право українців XIX – початку XX століття. – К. : Арістей, 2006. – 550 с.
4. *Давід Рене.* Основные правовые системы современности. – М. : “Норма”, 1988. – 316 с.
5. *Периш А. И.* Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии. – М., 1979. – 278 с.
6. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 11 від 21.12.2007. “Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя”. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0011700-07>

7. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>
8. *Толкачова Н. Є.* Звичаєве право : навчальний посібник – К. : Видавничо-поліграфічний центр “Київський університет”, 2005. – 367 с.
10. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар / [за заг. ред. Є. О. Харитонов, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубевої]. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців “Правова єдність”, 2008. – 865 с.
11. *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. – В 4-х томах. – Том 1-2. – Москва : Издание Бр. Башмаковых, 1910 г. – 876 с.

Кушинская Л. А. Преобразования обычая нормативного характера в правовой обычай. Теоретический аспект.

В статье раскрывается один из дискуссионных моментов современной теории государства и права, касающегося путей превращения обычая в правовой обычай, а также авторское видение статуса обычного правила после его письменной фиксации с конкретизацией.

Ключевые слова: *обычай нормативного характера, правовой обычай, источник права, правовой плюрализм, законодательство.*

Kushynska L. A. Standard conversion custom character on legal practice. Theoretical aspects.

Of the article reveals one of the discussion points in the modern theory of law regarding ways to transform the custom of the legal tradition and vision copyright status of customary rules after fixation with written specification.

Keywords: *custom normative, legal tradition, a source of law, legal pluralism legislation.*

УДК 340.141

Стрілець О. М.
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка

ЗВИЧАЇ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ ЯК ОСОБЛИВА ФОРМА ПРАВА

У статті аналізуються правові особливості звичаїв ділового обороту. Особлива увага приділяється юридичному характеру застосування звичаїв ділового обороту у різних сферах торгівлі та господарювання. Зроблено висновок, що звичаї ділового обороту є особливою формою права, оскільки: посідають специфічне місце серед видів правових звичаїв; є достатньо диференційованими залежно від кола осіб, території, сфери застосування; поєднують у собі внутрішньодержавні та міжнародні традиції торгівельних відносин; можуть набувати різних форм державного санкціонування; у різних сферах суспільних відносин їх зміст залежить від ступеня інституціоналізації групи однорідних правовідносин.

Ключові слова: *звичаї ділового обороту, форма права, правовідносини, приватне право, торгівля.*

Дослідження теоретико-прикладних проблем сутності, ролі та значення правових звичаїв як форми вітчизняного права та джерела права у правових системах має важливе наукове та пізнавальне значення для означення специфіки регулювання суспільних відносин відповідними правовими регуляторами, якими не лише є класичні форми – нормативно-правові акти. У пошуках належної організації суспільного життя в рамках усієї держави та у межах конкретної адміністративно-територіальної одиниці