



УДК 340.141:340.13

## ВПЛИВ ЗВИЧАЮ НА МЕХАНІЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УМОВАХ СУСПІЛЬНИХ ТРАНСФОРМАЦІЙ

Сидоренко В.В., к. ю. н.,  
завідувач кафедри правознавства  
Білоцерківський інститут економіки та управління  
Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

У статті проаналізовано основні підходи до визначення правової природи звичаю та його місця в системі соціальних регуляторів суспільних відносин. Визначено передумови впливу звичаю на механізм правового регулювання та засади їх взаємодії в умовах суспільних трансформацій. Запропоновано окремі шляхи вирішення теоретичних проблем співвідношення нормативного та звичасвого регулювання суспільних відносин.

**Ключові слова:** *звичай, суспільні відносини, трансформація, механізм правового регулювання, взаємодія.*

В статье проанализированы основные подходы к определению правовой природы обычая и его места в системе социальных регуляторов общественных отношений. Определены предпосылки влияния обычая на механизм правового регулирования и принципы их взаимодействия в условиях общественных трансформаций. Предложены отдельные пути решения теоретических проблем соотношения нормативного и обычного регулирования общественных отношений.

**Ключевые слова:** *обычай, общественные отношения, трансформация, механизм правового регулирования, взаимодействие.*

### Sidorenko V.V. THE INFLUENCE OF CUSTOM ON THE MECHANISMS OF LEGAL ADJUSTING IN THE CONDITIONS OF PUBLIC TRANSFORMATIONS

In the article are analysed basic approaches to determine to the legal nature of custom and his places in the system of social regulators of public relations. Detected pre-conditions of influence of the custom on the mechanism of the legal adjusting and the principles of their interaction in the conditions of public transformations. Are offered separate ways decision of theoretical problems of correlation of the normative and ordinary adjusting of public relations.

**Key words:** *custom, public relations, transformation, mechanism of the legal adjusting, interaction.*

**Постановка проблеми.** Категорія правового звичаю постійно перебувала в центрі уваги дослідників теоретико-прикладних проблем сутності та змісту впорядкування суспільних відносин. Правовий звичай, безумовно, має важливе наукове та пізнавальне значення для визначення особливостей регулювання суспільних відносин і поряд з нормативно-правовим актом займає центральне місце у забезпеченні належного рівня впорядкованості поведінки різноманітних суб'єктів правовідносин.

Проте з розвитком держави і суспільства правовий звичай відходить в тінь, займаючи другорядне становище. Він витісняється іншими формами права, фактично перебуваючи в положенні другорядного інституту права. Однак пошук належної моделі організації суспільного життя в умовах радикальних державно-правових трансформацій, що покликані забезпечити реальний пріоритет прав людини, сформувати дієву систему функціонування громадянського суспільства та створити необхідні передумови поступального розвитку держави відроджує роль та значення правового звичаю, який стає одним з визначальних джерел правового регулювання.

Інститут правового звичаю становить інтерес не тільки з точки зору загальної теорії держави і права, він знаходить своє відтворення в багатьох галузевих науках, зокрема, в адміністративному, міжнародному, цивільному, господарському, сімейному, комерційному праві. Тому існує нагальна необхідність приділення належної уваги категорії «правового звичаю» з боку юридичної науки. Зокрема, в межах пошуку оптимальних концептів забезпечення функціонування механізму правового регулювання та пріоритетів у вдосконаленні системи права в цілому. Все це зумовлює подальшу спрямо-

ваність наукових пошуків та визначення місця і ролі правового звичаю в системі залежностей дієвості механізму правового регулювання.

**Ступінь розробленості проблеми.** Загальні питання розроблення теорії звичасвого права, визначення поняття правового звичаю, відображення його ролі та місця в регулюванні суспільних відносин знайшли свої відображення в працях численних представників юридичної науки, зокрема, С. Бошно, О. Васяновича, М. Жовтюрюха, С. Комарова, Ю. Оборотова, О. Скакун, І. Стрельникової, Н. Толкачової та інших.

Разом з тим дослідження проблематики впливу звичаю на механізм правового регулювання залишається поза увагою дослідників і потребує окремого аналізу.

**Мета статті** полягає у визначенні впливу звичаю на механізм правового регулювання в аспекті забезпечення належного рівня впорядкованості суспільних відносин в умовах трансформації.

**Виклад основного матеріалу.** Загальнотеоретичні підходи до розуміння категорії правового звичаю впливають з загальних уявлень про звичасве право. Правовий звичай є однією з форм права, яка може існувати поза межами вираження волі держави, може і не бути санкціонована нею, однак у зв'язку з їхньою усталеною стійкістю ними можуть врегулюватися правові відносини. Однак складність дослідження такого феномену, як правовий звичай, зумовлюється рядом чинників, серед яких його спорідненість з іншими соціальними нормами, неоднозначне розуміння в різних історичних умовах, постійне ускладнення суспільних відносин тощо. Тому існує необхідність дослідити основні підходи до розуміння даного явища.

Так, Н. Толкачова під звичасем розуміє історично стійку, типову модель соціокультурної по-

ведінки, яка вважається необхідним елементом життєвого світу конкретної спільноти. Звичай складається спонтанно, стихійно. Його наслідують тому, що «всі діють так», його визнають, він закріплює найбільш корисну поведінку у побуті, при вирішенні суперечок, в інших сферах життя. При цьому звичаї є різноманітними за своїм походженням і сферою соціального регулювання: правові, релігійні, ритуальні, етикетні, лексичні, військово-церемоніальні, судово-процесуальні тощо [1, с. 51]. Як зазначає Ю. Оборотов, в основі звичаю – суспільна, а отже природна необхідність, яка на людських основах наближує звичай до реальних потреб людей та є основною природною формою регулювання їхніх дій. Тому звичай міститиме елементи соціальної необхідності, які матимуть основою ефективного застосування та авторитет. Регулювання та життєва необхідність в організованому суспільстві потребувала суспільної влади, яка б вміло та вдало могла координувати діяльність людей. Тому така влада мала б бути ефективною та авторитетною, але обов'язково спиратися на свідомість усіх членів суспільства, а також на моральний авторитет, який їй забезпечував звичай [2, с. 49]. С. Комаров вказує, що звичай – це таке правило поведінки, яке складається в певному суспільному середовищі, передається з покоління в покоління, виступає природною життєвою потребою людей і в результаті його багаторазового повторення стає звичним для них [3, с. 145]. Отже, традиційно звичай розуміється через сукупність окремих ознак, що визначають його соціальну природу. Серед характерних рис, які визначають місце і роль звичаю в системі соціальних регуляторів, виділяють його усталеність, можливість багаторазового використання для регулювання суспільних відносин, історичну обумовленість, пристосованість до реальних потреб індивіда, здатність вирішувати спірні ситуації, пристосованість до реальних потреб та практичну значущість, дієвість тощо.

У свою чергу власне правовий звичай має суттєві відмінності, що дозволяють виокремити його поміж інших видів звичаїв та сформувати загальне уявлення про його призначення в системі форм права. Це дозволяє вважати, що звичай є дуже важливим чинником у регулюванні суспільних відносин та формуванні права і правових норм на всіх історичних етапах розвитку суспільства і держави.

Як зазначали А. Гриняк та В. Проценко, ще римські юристи розрізняли кілька видів правових звичаїв. По-перше, звичаї *secundum legem* (на додаток закону), які відіграють найважливішу роль, сприяють розумінню змісту тих термінів та висловів закону чи судового рішення, які вжито в особливому, відмінному від загальноприйнятого значенні (зловживання правом, розумна ціна тощо). По-друге, звичаї *praeter legem* (крім закону) застосовуються у випадку прогалин у праві/законодавстві. По-третє, *contra legem* та *adversus legem* (проти закону), які наявні при колізії закону та звичаю та відіграють незначну роль у правовій системі [4, с. 98].

Проте для більш актуального сприйняття змісту та сутності правового звичаю необхідно звернутися до сучасних підходів розуміння категорії «правового звичаю». Так, Р. Давид й К. Жоффре-Спиноза, вказують на дві концепції розуміння правового звичаю: 1) концепція соціологічного плану, в якій переважна роль серед джерел права відводиться звичаю. Саме

звичай є основою права, визначає способи його застосування й розвитку законодавцем, суддями, доктриною; 2) концепція, основана на позитивістській правовій школі, відповідно до якої роль звичаю зводиться нанівець. Звичай відіграє лише мінімальну роль у всебічно кодифікованому праві, що ототожнюється з волею законодавця. Для цієї позиції, на думку авторів, характерна відсутність почуття реалізму, тоді як соціологічна школа, навпаки, перебільшує роль звичаю. Звичай не є тим основним і первинним елементом права, як того прагне соціологічна школа. Він є лише одним з елементів, що дозволяють знайти справедливе рішення. І в сучасному суспільстві цей елемент далеко не завжди має першорядне значення стосовно законодавства. Але разом з тим, його роль є аж ніяк не такою незначною, як уявляється юридичним позитивізмом [5, с. 94–95].

М. Жовтобрюх зазначає, що правовий звичай – це загальні правила поведінки, що діють у межах певної спільноти стосовно всіх її членів, які об'єднані змістом цих правил, таких, що усвідомлюються як правомірні й 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 відносин у практичному житті людей, забезпечуються соціальною санкцією, а також можуть мати захист з боку державних органів влади та суду [6, с. 13]. О. Васянович пропонує таке визначення правового звичаю, як «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 та закріплена законодавцем на державному рівні; як норма права для захисту інтересів певного суспільства, гарантування виконання прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції» [7, с. 9]. О. Скакун стверджує, що правовий звичай – це акт-документ, що містить норму-звичаї (стійке правило поведінки, що склалося в результаті його багаторазового повторення), котра санкціонована державою і забезпечується нею [8, с. 184].

О. Головін, аналізуючи поняття правового звичаю, виділяє ряд ознак, що визначають його сутність. Автор встановив, що звичаєм властиві такі ознаки: 1) формуються самим суспільством; 2) виникають спонтанно, стихійно; 3) це неписані правила поведінки (іноді усна форма звичаю ускладнювала доведення в суді факту його існування, тому з часом певна частина звичаїв набула письмового характеру); 4) можуть застосовуватися на рівні як окремих соціальних груп (локальні), так і нації, народу (загальні); 5) мають безперервний і однаковий характер додержання; 6) їх змістом є визначені правила поведінки; 7) є консервативними за своєю природою (закріплюють результати тривалої суспільної практики і можуть відбивати як загальні моральні, духовні цінності народу, так і деякі забобони); 8) тісно пов'язані з релігійними і традиційними нормами [9, с. 159–160].

І. Стрельникова та Є. Погорелов, досліджуючи місце звичаю в сучасному праві України, встановили, що, по-перше, держава визнає звичай джерелом права; по-друге, звичай – це усталене, стійке правило поведінки, яке склалося в результаті багаторазового застосування



у певній сфері суспільних відносин, але яке не встановлене законодавством; по-третє, з аналізу законодавства можливо визначити наступні ознаки звичаю як джерела права: 1) звичай є загальноновизнаним правилом поведінки, що склалося внаслідок неодноразового і тривалого однакового застосування; 2) фіксація звичаю в документах не є обов'язковою [10, с. 55].

Таким чином, можна констатувати факт наявності специфічності авторських підходів щодо поняття правовий звичай, що свідчить про складність та неоднозначність цієї проблеми. Тому незважаючи на пильну увагу з боку теоретиків та практиків до визначеної проблематики, слід також відзначити й те, що серед них все ж таки не досягнуто єдиної думки з такого важливого питання, як розробка універсального підходу розуміння цієї категорії.

Тому визначення рівня взаємозалежності правового звичаю та механізму правового регулювання, лежить в площині доктринальних пошуків та має достатньо абстрактний характер.

Для вирішення питання про вплив правового звичаю на механізм правового регулювання, перш за все, необхідно звернутись до аналізу чинного законодавства. Наприклад, відповідно до статті 12 Закону України «Про національні меншини в Україні», кожен громадянин України має право на національне прізвище, ім'я та по батькові. При цьому вказаним Законом допускається відновлення особою свого національного прізвища, імені та по батькові. Якщо у національних традиціях немає звичаю фіксувати «по батькові», особа має право записувати в паспорті лише своє ім'я та прізвище, а у свідоцтві про народження – імена батька і матері [11]. Стаття 7 Цивільного кодексу України визначає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема, звичаєм ділового обороту. В цій же статті надається визначення звичаю, під яким розуміється правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується [12]. Стаття 11 Сімейного кодексу України, згідно з якою суд за заявою зацікавленої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, інших законів та моральних засадах суспільства [13]. Проте незважаючи на пряму вказівку у чинному законодавстві використання звичаїв, існує ряд проблем при визначенні їх ролі у механізмі правового регулювання.

Як свого часу зазначав С. Дністрянський, «Звичай не має тієї сили, що нею наділене державне право, але все таки має дуже життєву внутрішню силу, оскільки носить на собі авторитарну марку народу» [14, с. 38]. Причиною цьому є те, що, по-перше, звичай як найдавніше джерело права вплинув на розвиток українського права і багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. А по-друге, деякі регіони України заселені представниками багатьох національностей, які зберігають свою культуру, звичаї, традиції [10, с. 52]. При цьому не можна не погодитись і з поглядами С. Бошно: «Звичаєве регулювання має низку недоліків, особливо з погляду правозастосовувача, який у кожному спорі повинен вирішувати питання про наявність у певній сфері суспільних відносин звичаєвої норми та її зміст» [15, с. 18].

На сьогодні можна констатувати існування різнопланових підходів до визначення місця і ролі звичаю у впорядкуванні суспільних відносин. Проте поряд з цим існує можливість виділення ряду суттєвих закономірностей, здійснення соціального регулювання та з'ясування взаємовпливів звичаю та механізму правового регулювання. Вони проявляються в наступних тенденціях. По-перше, зважаючи на закономірні тенденції розвитку соціального регулювання, зрозуміло, що існує необхідність у використанні різних моделей формування поведінки індивідів, окремі з яких знаходяться за межами суто нормативного впливу через механізм правового регулювання, тобто є можливість створення відносно відокремлених регулятивних засобів і, зокрема, використання звичаю для визначення загальних засад взаємодії суб'єктів правовідносин в конкретних життєвих обставинах. По-друге, на визначеному етапі цивілізаційного розвитку, пов'язаному зі значним ускладненням суспільних відносин, можуть виникати перешкоди у забезпеченні належного рівня впорядкованості поведінки окремих суб'єктів, пов'язані з їх надмірною регламентацією, що йде у розріз з усталеними правилами співіснування індивідів у соціумі, тому виникає необхідність у створенні альтернативного впливу на їх поведінку через звичаєве регулювання. По-третє, взаємодія звичаю та механізму правового регулювання зумовлюється необхідністю подолання кризових явищ, характерних для будь-якої соціальної системи, що пов'язані з рівнем її організованості, у біполярній площині від неорганізованості до повної регламентації, з урахуванням об'єктивних та суб'єктивних чинників співіснування всіх членів суспільства. По-четверте, функціонування механізму правового регулювання, має суб'єктивне підґрунтя, пов'язане з біолого-психологічними особливостями індивідів, однією з яких є сприйняття та використання у їх поведінці звичаю. І по-п'яте, вираження і забезпечення об'єктивних соціальних інтересів в поведінці людей в умовах суспільної трансформації вимагає поєднання нормативних та автономних засобів регулюючого впливу з метою створення передумов належного рівня впорядкованості суспільних відносин.

**Висновки.** Спираючись на аналіз основних підходів до соціальної природи звичаю, можна констатувати що звичай покликаний формувати стереотипи та тенденції поведінки індивіда на рівні підсвідомого сприйняття правил співіснування у соціумі. В той же час відношення держави до звичаєвого регулювання суспільних відносин лежить у площині толерантного ігнорування використання звичаїв поряд з нормою права в межах функціонування механізму правового регулювання. В той же час важливість звичаїв і їх роль у суспільстві виражаються насамперед у тому, що звичаї разом з іншими соціальними регуляторами, в тому числі і нормами права, можуть існувати як самостійні, дієві засоби впливу на поведінку людей.

Таким чином, незалежно від форми і змісту, а так само особливостей реалізації звичаїв, незалежно від того, як вони здійснюються: самі по собі або у взаємозв'язку або взаємодії з правом, кожен звичай виконує в суспільстві вельми значну регулятивну і виховну роль. Кожен звичай при цьому виступає як нерозривна складова частина єдиної системи звичаїв, всіх соціальних

норм, що існують і функціонують у суспільстві на тому чи іншому етапі його розвитку.

Тому визначенням рівня впливу звичаїв на механізм правового регулювання об'єктивно обумовлена необхідність, що визначає дієвість впорядкування суспільних відносин в межах конкретного етапу розвитку суспільства. Звичай та право існують паралельно з усіма характерними ним ознаками. Єдність розвитку звичаю та правових засобів, що лежать в основі механізму правового регулювання визначається безперервністю їхнього розвитку та взаємовпливом, що вони справляють один на одного. Об'єктивний зв'язок минулого, сьогодення та майбутнього визначає якість та належність впорядкування суспільних відносин за допомогою відповідного механізму правового регулювання, при чому пріоритетність використання звичаєвого чи правового начал є змінюваним явищем, що визначається історичними умовами існування та розвитку суспільства, особливостями правової системи держави, категорією суспільних відносин, що впорядковуються, та іншими факторами.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Толкачова Н.С. Звичаєве право : [навч. посібник] / Н.С. Толкачова. – К. : Київський Університет, 2005. – 230 с.
2. Оборотов Ю.Н. Юридическая антропология – новое измерение права / Ю.Н. Оборотов // Юридический вестник. – 2000. – № 1. – С. 48–52.
3. Комаров С.А. Общая теория государства и права : [учебник] / С. А. Комаров. – М. : Юрайт, 1998. – 416 с.
4. Гриняк А.Б. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин / А.Б. Гриняк, В.В. Проценко // Приватне

право і підприємництво. – 2015. – Вип. 14. – С. 98–102.

5. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спиноза ; пер. с фр. В.А. Туманова. – М. : Международные отношения, 1996. – 400 с.

6. Жовтобрюх М.М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 «Філософія права» / М.М. Жовтобрюх ; Нац. акад. внутр. справ України МВС України. – К., 2002. – 19 с.

7. Васянович О.А. Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / О.А. Васянович ; Нац. пед. ун-т ім. М.П. Драгоманова. – К., 2010. – 18 с.

8. Скакун О.Ф. Теорія права і держави : [підручник] / О.Ф. Скакун. – Вид. 4-ге, допов. і перероб. – К. : Правова єдність: Алерта, 2014. – 524 с.

9. Головкин О.В. Звичай як джерело сімейного права України: історія та сучасність / О. В. Головкин // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 1. – С. 159–163.

10. Стрельникова І.Ю. Місце звичаю в сучасному праві України / І.Ю. Стрельникова, Є.В. Погорелов // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. – Серия «Юридические науки». Том 23 (62). – № 2. – 2010. – С. 52–56.

11. Про національні меншини : Закон України від 25 червня 1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 36. – Ст. 529.

12. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.

13. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради. – 2002. – № 21-22. – Ст. 135.

14. Дністрянський С. Звичаєве право – а соціальні зв'язки. Причини до пояснення §10 австрійської книги законів цивільних / С. Дністрянський // Часопис правника і економічна. – Львів, 1902. – Р. 3. – Т. 4-5. – С. 1–42.

15. Бошно С. Правовой обычай в контексте современного учения о формах права / С. Бошно // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 14–22.