

ДИСКУСІЙНІ АСПЕКТИ ТРАКТУВАННЯ ТЕРМІНА “ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО”

Поняття “звичаєве право” з’явилося й утвердилося в наукових працях представників історичної школи права на початку XIX ст. і пов’язувалося з особливою увагою до народного звичаю, його важливою роллю як джерела права. Це була нова, прогресивна на той час тенденція в юридичній науці, що виникла як опозиція до попередньої наукової традиції ототожнення російського цивільного права з римським. Відтоді, попри різочі відмінності в оцінці ролі звичаю в правовій практиці народів Росії, термін глибоко вкоренився в юридичну науку, а завдяки діяльності Російського Географічного Товариства – ще й в етнографічну.

Термін *звичаєве право* в українській науці пов’язується передусім з іменами П.Чубинського, О.Єфименко, О.Кістяківського, а також з активною діяльністю “Комісії для виучування звичаєвого права ВУАН” і “Комісії з історії західно-руського права ВУАН”. У радянський час звичаєво-правова традиція не була надто популярним об’єктом дослідження ні етнографів, ні юристів, про що свідчить незначна кількість присвячених їй опублікованих праць. З настанням незалежності поживався інтерес до проблеми, однак тривала відсутність систематичних досліджень далася взнаки: по-перше, в розумінні цього питання виявляються застарілі підходи XIX – початку XX ст., по-друге, немає узгодженості в розумінні і трактуванні звичаєво-правової традиції у представників різних дисциплін – історії права, теорії права, етнографії, соціології права, соціальної антропології, соціальної історії.

Як результат, звичаєво-правова культура народу розглядається однобоко – або з погляду права, або з погляду етнографії, або з погляду історії, що викликає певну draжливість опонентів.

Терміну *звичаєве право* більшою чи меншою мірою відповідають такі терміни, як *примітивне право* (переважно на позначення звичаєво-правових уявлень раннього етапу розвитку суспільства¹), *фольклорне право*², *народне право*³, *мононорматика*⁴.

У цій статті зроблено спробу розглянути принципові розбіжності у трактуванні терміна *звичаєве право* різними спеціалістами і з’ясувати правомірність уживання цього терміна в сучасній науці.

Почнімо з визначень. Порівняймо насамперед найзагальніше етнографічне визначення з юридичним.

1. Перший тип визначень. “Звичаєве право – сукупність історично вироблених і прийнятих суспільством неписаних норм (*підкреслення наше – М.Г.*), правил поведінки і взаємовідносин людей у різних галузях виробничого, громадського і сімейного життя. Звичаєве право, як одна з форм суспільної свідомості, формувалося на основі звичаїв, які існували у певному суспільстві. (...) З виникненням держави правлячі кола пристосовували звичаєве право до конкретних економічних і політичних умов, але визнавали тільки ті звичаї, які не суперечили інтересам і волі пануючих кіл феодальної держави. Розповсюдженням способом санкціонування норм звичаєвого права з боку держави був вибірковий метод дозволу або заборони керуватися при вирішенні різних справ тим чи іншим звичаєм. Як наслідок, багато норм правових звичаїв поступово втрачали свої позиції спершу у сфері громадського, потім виробничого, а пізніше і сімейного життя”⁵. Подібне бачення звичаєвого права мають і інші, зокрема українські, етнографи⁶, воно зустрічається у працях культурологів⁷. Таку думку висловлювали, до речі, і юристи в XIX ст.⁸.

2. Другий тип визначень. “Звичаєве право – система санкціонованих державою звичаїв правових (*підкреслення наше – М.Г.*), які є джерелом права у певній державі, місцевості або для певної етнічної чи соціальної групи. Утворюється шляхом постійного дотримання упродовж тривалого періоду звичаїв нормативного характеру, відображає правову культуру і правову свідомість народу, а водночас й інтереси панівних верств суспільства”⁹. Подібну думку висловлюють і дослідники нормативної етнографії¹⁰.

Як бачимо, принципова відмінність полягає у таких аспектах: писані чи неписані закони, санкціоновані державою чи несанкціоновані, чи принципове розрізнення звичаю і правового звичаю.

І обидві сторони до певної міри, звичайно, мають рацію.

Як справедливо зазначає О.Першиц, “визначення звичаєвого права як права обов’язково неписаного навряд чи правильне. Відомий критерій Л.Г.Моргана не абсолютний: в одних народів поява писемності збіглася з переходом до цивілізації, другі, як багато народів Тропічної Африки або Північного Кавказу, входили в класове суспільство безписемними і створювали письмо (або запозичували його у сусідів) вже в умовах ранньої державності. Адати кабардинців до першої половини XIX ст. залишалися незаписаними, а стадіально одночасні їм адати аварців, що повніше прийняли іслам і разом з ним арабську графіку,

були записані за декілька століть до цього. У Франції до середини XV ст. на Півночі діяли неписані, а на Півдні – писані кутюми. (...) Частина систем звичаєвого права вже невдовзі після свого виникнення отримала письмове оформлення. Згадаймо римські Закони XII таблиць, варварські Правди, звичаєвоправові розділи Старого Заповіту і Корану”¹¹.

Варто, однак, зважити на те, що етнографи, соціологи й культурологи розуміють поняття “неписані закони” фігурально, більше маючи на увазі автономність звичаєвого права, звичаєво-правової культури народу, її паралельність, непідвладність, часом опозиційність офіційному праву. Адже нині в культурології, етнології, соціології аксіомою є поняття “паралельності” культур – офіційної й неофіційної, – які мають відмінні закони розвитку, структуру і систему цінностей. У цьому випадку етнограф дивиться на систему норм, правил і звичаїв очима носіїв традиції, а юристи – з точки зору представника офіційної культури, владних структур, чиновництва тощо. Відповідність закону завжди сприймається із схваленням у разі, якщо вона не перетворюється на догму, коли нехтуються реальні обставини.

У цьому етнографи мають спільників – соціологів права. Один із найяскравіших представників соціології права французький дослідник Жан Карбоньє зазначає: “Іноді говорять, що представник юридичної догматики вивчає право як сукупність обов’язкових, споряджених примусовою силою нормативних фактів, а соціолог – як явища, поза їх зв’язком з владою”¹², хоча обумовлює, що соціолог не повинен повністю абстрагуватися від владного фактора, оскільки “влада – це необхідний елемент юридичного феномена”¹³. Звичайно, етнографи також не повинні абстрагуватися від фактора законності, влади у звичаєво-правовій традиції, оскільки він таки існував у реальному житті.

Етнологи, як і соціологи, розглядають сукупність соціальних норм, які діють у суспільстві цілком легітимно, хоч і не завжди збігаються з офіційними. І якщо щодо сучасного суспільства в умовах правової держави нехтування законом не може оцінюватися цілком позитивно, то в умовах традиційного суспільства нехтування законом не означало антисуспільних вчинків. Це було лише іншою, а точніше інакшою, формою правової дійсності, правовою культурою народу.

Розгляньмо дуже простий, для етнографів давно вже “затертий”, однак показовий приклад, який наочно демонструє реальну правову ситуацію в традиційному селі аж до початку XX ст. Він стосується укладення шлюбу. За законом, офіційним законом, шлюб вважався дійсним, якщо він був освячений церквою через обряд вінчання і обов’язково зафіксований у церковних книгах чи книгах актів громадського стану. За звичаєм, подекуди аж до XIX ст. вінчання не означало для людей санкцію шлюбу. Натомість санкцією шлюбу було весілля – комплекс обрядодій санкціонуючого характеру. Якщо молоді звінчалися, але не відбулося весілля, люди не визнавали їх подружжям. І навпаки, якщо відбулося весілля без вінчання, такий шлюб в очах громадськості вважався дійсним. Що важливіше? Громадська думка, громадське визнання, санкція громади через кількасотлітній звичай чи санкція з боку офіційних установ і церкви? Очевидно, дискусія з цього приводу триватиме вічно. Для етнографів важливо, щоб народних переконань про те, що є законним, а що не є законним, не нехтували, не вважали “несерйозними”, а досліджували їх і враховували. Очевидно, мали рацію перші дослідники народної правової свідомості, які не просто вживали термін “звичаї”, а термін “звичаї, що мають в народі силу законів”¹⁴.

Якщо юристам можна закинути незнання соціогенезу, соціального устрою і норм традиційного суспільства, то етнографам, звичайно, варто уважніше поставитися до тієї проблеми, що найбільше бентежить правників. Для юриста слово “право” у словосполученні “звичаєве право” означає однозначність і безперечну законність. Тому для них дуже важливо застосовувати термін до тих звичаїв, які діють в усіх ситуаціях для всіх без винятку, тобто правових звичаїв, що визнаються державною владою. Вони добиваються того, щоб була не ситуація “кожне село – свій звичай”, як є, між іншим, насправді, а єдиний, принаймні для певного регіону, правовий звичай. Для них формула “кожне село – свій звичай” не є достатнім фактом для визначення цієї ситуації як правової, тобто однозначної і законної. Тобто, вони ніколи не назвуть цю ситуацію “правом”, хай навіть і “звичаєвим”. Оскільки за терміном “право” встановилося в усій гуманітарній науці саме поняття законності, безвиняткової для всіх, то, можливо, справді не слід використовувати його до багатозначної, багатоваріативної звичаєвої традиції?

Спробуймо розібратися.

Звернімося до роботи одного з учасників “Комісії по вивченню звичаєвого права” В.Камінського “Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні”. Відразу зазначимо, що автор був представником історико-юридичної школи, яка орієнтувалася саме на застосування звичаю в юридичній, зокрема судовій, практиці. Крім того, він був практиком, тобто безпосередньо стикався із застосуванням звичаю в судовій практиці. Досліджуючи сучасну йому ситуацію в дорадянському українському селі, В.Камінський слушно зазначає: “Кожен судовий діяч гаразд знає, які непереможні часом повстають труднощі, коли виникає потреба встановлювати звичай в його точному окресленню, коли склад суду безпосередньо його не знає. Звичайно, в таких випадках закон приписує, нехай ті сторони, котрі посилаються на місцевий звичай, що його суд не знає, доведуть, що він справді існує в житті. Але якими засобами це доводити? Чи свідченнями місцевих знавців звичаєвого права? Чи навіть свідків? Чи вироками місцевих судів, де певний звичай здійснюється? Все це надто невдосконалені засоби точно визначувати звичай в його формах.

Нарешті, чим повинен керуватися суд, коли знавці оповідають за місцевий звичай не тільки по-різному, ба навіть один одному суперечать? Де та в чому (підкреслення наше – М.Г.) шукати вихода з такого становища?”¹⁵.

І ось із метою якнайширше залучати звичай у вирішення судових справ, зокрема цивільних, 8 січня 1904 року вийшов царський указ, на основі якого міністр внутрішніх справ видав розпорядження, за яким мировим посередникам усіх волостей на Україні належало докладно, на основі розробленого питальника, з'ясувати норми місцевої спадкової традиції. Після активної роботи, в якій безпосередньо брали участь селяни, які й “затверджували” на сільських сходах свої звичаї, з'ясувалася цікава ситуація: в межах однієї губернії відповіді на те саме питання щодо спадкового права були абсолютно різними і навіть протилежними.

Так, наприклад, на питання “Якщо по смерті домогосподаря вдова його, вийшовши заміж удруге, прийме до себе приймака на господарство і приживе з ним дітей, то чи мають право останні, однакове з дітьми від першого чоловіка на майно і землю?”¹⁶, три різні волості в межах Подільської губернії дали три відповіді. Тиврівська волость відповіла: “Мають однакове право”¹⁷. Гавришівська волость дала категоричну відповідь: “Не мають”¹⁸. А ось цікава позиція Станіславчеської волості: “Не мають, якщо на це немає згоди дітей” (йдеться про дітей від першого шлюбу). До цієї дуже цікавої відповіді подана ще цікавіша примітка автора, який знав ситуацію як практик: “Насправді розв'язують від персонального становища і особистих стосунків”¹⁹. Останні слова є дуже показовими для народної традиції, вони свідчать не лише про те, що “кожне село – свій звичай”, а й про те, що народ намагався вирішувати кожне спірне питання відповідно до конкретної ситуації, надаючи важливе, а часто й вирішальне, значення особистісному чиннику, здоровому глузду. У цій ситуації можемо припустити: якщо діти приймака були ледачі, крадійкуваті, нечемні, то люди вважали не давати їм спадщини першого чоловіка їхньої матері. Якщо ж вони були добропорядні, вміли гарно господарювати і дружили зі зведеними братами і сестрами, то громада (чи сімейна рада) постановляла зовсім інакше. Тобто, для звичаєвої традиції притаманна особлива увага до особистісного чинника, посилення на поняття справедливості, здорового глузду. Це означає, що для неї характерні ті уявлення, які в юридичній літературі отримали назву “природного права”. Звичаєве право, – пише В.Камінський, автор наведених свідчень, – “це безмежно гнучке джерело права, що непомітно та невпинно міняється в зв'язку з об'єктивними умовами, які й собі міняються непомітно та невпинно”²⁰.

Як бачимо, історико-правова школа застосовувала термін *звичаєве право* до надзвичайно нестабільної і варіативної, як і сам фольклор, як і сама дійсність, звичаєвої культури українців. Ця позиція з погляду сучасної правничої науки є некоректною, ідеалістичною. Зокрема, І.Усенко зазначає, що представники цієї школи не завжди розрізняли поняття “звичай” і “правовий звичай”²¹. К.Вислобоков, упорядник “Прав, за якими судиться малоросійський народ”, вважає: “Звичай і право речі якщо і не протилежні, то різні за змістом”²², оскільки українці мали кількасотлітню практику цілеспрямованого кодифікованого писаного права. Саме тому дослідник вважає, що “в цій ситуації можна скоріше говорити про місце, роль та конкретні форми і прояви звичаю в системі кодифікованого права, але аж ніяк про “звичаєве право” як окрему категорію. Можливо, це було б справедливо для селянського громадського судочинства та побуту взагалі”²³.

Отже, серед сучасних вітчизняних юристів панує принаймні дві тенденції щодо терміна *звичаєве право*: 1) думка про неправомірність терміна; 2) уживання цього терміна лише щодо санкціонованих державою правових звичаїв.

З'ясуємо докладніше, який зміст вкладають етнографи, етносоціологи в термін *звичаєве право*, однак не через сухе визначення, а через коло питань, що їх розглядають вони у своїх працях.

Спершу звернімося до праць дослідників звичаєвого права інших народів. Що вони зараховують до цієї сфери? Почнемо з континенту, де й дотепер норми громадянського звичаєвого права виконує 90% населення, тобто з Африки. Правова ситуація цікава нам не лише цим, а й подібністю історичної долі, адже Україна, як і африканські країни, тривалий час була колонією і юридично залежала від своєї метрополії. Так от. “... У колоніях склалася дуалістична правова система. Вона включала право, введене метрополіями, і “туземний звичай”. Перше охоплювало переважно адміністративне право, торгове і т.д., що тяжіло до “сучасного” сектору колоніального суспільства. Кримінальне право складалося із законів метрополії; в британських колоніях (крім Сьєрра-Леоне) застосовувався також індійський кримінальний кодекс. Традиційні сфери – землеволодіння і землекористування (за винятком деяких районів), сімейне право (передусім питання шлюбу, розлучення і усиновлення), успадкування, право опіки, прижиттєвий поділ власності, деякі громадянські правопорушення, зобов'язання (традиційні угоди обдаровування, обміну, найму рухомості, виконання робіт і т.д.) – залишилися в сфері дії звичаєвого права”²⁴. У принципі перераховані ті самі сфери, які зараховуються і до українського звичаєвого права. Відмінність полягає в тому, що африканські звичаї щодо системи спорідненості, шлюбу, успадкування є набагато архаїчнішими від українських. Зокрема, тут досі наявні такі форми шлюбу, як полігамія (полігінія), сорорат, левірат, калімний шлюб, шлюб через обмін, шлюб через умикання, уксорилокальний

“шлюб-служба” тощо. Саме такі й подібні звичаї становлять предмет звичаєвого права. Що стосується українців, то з часів прийняття християнства аж до кінця XIX ст. переважала лише одна форма шлюбу – за угодою між батьками за згодою молодих (рідше – без згоди). У принципі ця форма шлюбу (з деякими інваріантами) була поширена на всьому, принаймні європейському, континенті і входила як норма до церковного і цивільного права багатьох держав.

Цілком своєрідним було звичаєве право киргизів і казахів, що зберігалось ще навіть у перші роки радянської влади. Воно мало свою назву – “адат” – і часто переслідувалося шаріатом (мусульманським релігійним правом). До нього входили такі інститути, як кун (платня худобою за здійснення вбивства або нанесення тілесних ушкоджень), калим і многоженство (подібно до шаріату), аменгерство (різновид звичаю левірату), баримта (вид колективної помсти), “канга-кан” (“кровна помста”), а також такі установи звичаєво-правового характеру, як суд біїв, “аксакальські суди”²⁵.

Як бачимо, для цих національних традицій характерним є великий розрив між офіційною традицією і звичаєвою. Причому народну традицію можна справді вважати альтернативною, оскільки вона кардинально відрізняється від офіційної. У даних випадках це скоріше суперечність між європейською (“цивілізованою”) правовою традицією метрополій і архаїчною (азіатською або африканською) аборигенською традицією колоній. Ця архаїчна звичаєво-правова система могла самостійно, без допомоги права “метрополії”, вирішувати всі справи. Тобто, це була цілком автономна і, що головне, самостійна звичаєво-правова система, яка регулювала соціальні відносини в суспільстві, в тому числі правовідносини.

Стосовно української дійсності, то тут ситуація абсолютно інакша. Від часів “Руської правди”, а особливо “Литовського статуту”, правові звичаї і норми українців кодифікуються, отримують санкцію держави. Звичаєве право як система не було альтернативою до офіційних правових систем, оскільки було їхнім джерелом. Автономно й альтернативно існували лише окремі звичаєві норми, які не склали цілісної системи, опозиційної до власне правової.

З історії українського права відомо, що роль звичаю підвищується в так звані переломні моменти історії – таким було козацьке право. Однак не слід його переоцінювати з точки зору ролі звичаю, оскільки в багатьох випадках йдеться про вироблення нових, невідомих досі норм, а не використання вікових народних традицій, тобто власне звичаєвого права. Це стосується, зокрема, норм державного, конституційного, адміністративного права – тих сфер, які не є предметом звичаєвого права.

Що ж є предметом звичаєвого права з погляду дослідників генетично ближчих традицій? Виявляється, етнографи також не однозначні в цьому питанні.

Білоруські етнографи С.Цярьохін та І.Юхо в енциклопедичній статті “Звичаєве право” розрізняють земельне звичаєве право – “норми і правила, які встановлювали умови, порядок і форми користування землею”, спадкове звичаєве право – “неписані норми і правила, які встановлювали порядок переходу майна, прав і обов’язків після смерті особи її спадкоємцям”, і сімейне звичаєве право – “неписані норми і правила, які регулювали особисті і майнові відносини, що виникали в шлюбі і з приналежності до сім’ї”²⁶. Автори розуміють звичаєве право як синтез кодифікованої (тобто вже офіційної) традиції з етикетними, ритуальними звичаями. І все це разом називають неписаним правом. Тут не враховується момент, що білоруси, як і українці, кілька століть перебували у правовому полі держав, які базувалися на статутному праві, коли кожна дрібниця – чи то майнових відносин, чи то земельної власності і володіння, чи то успадкування, чи опікунства тощо – була скрупульозно врахована в законодавчих актах або закріплена в церковному праві. А відхилення від норм офіційного права (і світського, і церковного) не завжди буває звичаєм, тим більше загальноетнічним, а є лише винятком з правила.

Звернімося до останніх досліджень російського звичаєвого права. Цій темі присвячена ретельна наукова праця В.Александрова “Звичаєве право кріпацького села Росії XVIII – початку XIX ст.”²⁷. Автор аналізує власне звичаєве право у двох розділах – “Земельні відносини в сільській общині за звичаєвим правом” і “Сімейно-майнові відносини за звичаєвим правом у кріпацькому селі”. В.Александров розглядає звичаєве право принципово інакше, а саме – з формально-правового боку (розподіл майна, успадкування в різних ситуаціях тощо). Перед нами в цьому випадку постає історія, а точніше – перелік судових позовів чи цитування заповітів батьків щодо розподілу майна. Складається враження, що під звичаєвим правом розуміють не те, що притаманне якомусь регіонові або принаймні селу, не систему звичаїв чи норм, а цілком довільні випадки, самостійні рішення спадкодавців, безвідносні до звичаю і до права, базовані на власних симпатіях чи антипатіях, а також на здоровому глузді.

Ю.Гошко у своїй праці про звичаєве право населення українських Карпат та Прикарпаття XIV – XIX ст. широко використовує матеріал офіційної судової й адміністративної практики²⁸. Але ж остання передусім базувалася на законах держав, у межах яких перебували ті чи інші позивачі чи відповідачі. У своєму дослідженні автор, як правило, не співвідносить рішення судів із законами Австро-Угорської держави, Польщі тощо. Тобто, не з’ясовується питання: чи певне рішення базується на законі, чи на звичаї. Крім того, дослідник широко інтерпретує сільську практику покарання аморальної поведінки, прирівнюючи мораль до права. Автор залучає також фактаж про особисте вирішення спадкодавцем

своїх наступників, що також не є звичаєм, а доброю волею людини. Отже, практично Ю.Гошко розширив сферу звичаєвого за рахунок кодифікованого (офіційного) права, моралі, побутових звичаїв і довільних випадків.

В.Сироткін у ряді своїх статей використовує термін *звичаєве право* набагато обережніше. Свій розділ про нормативно-правове регулювання у традиційному українському суспільстві він називає “Звичаєве право і правові уявлення”, розглядаючи в ньому такі питання, як землеволодіння і землекористування (переважно громадське), сімейне право (передусім статус окремих членів сім’ї), народне судочинство та його інститути, карне право, зобов’язальне право (зокрема, могорич)²⁹. Зовсім окремі розділи він присвячує побратимству (посестринству) і кумівству як формам духовної спорідненості; традиції колективної і трудової взаємодопомоги (толока).

Тепер зупинімося на соціологічному підході. Французька й американська школи соціології права і соціологічної юриспруденції розробили незалежно одна від одної концепції юридичного плюралізму. Ж.Карбоньє слушно зазначав, що право ніколи не буває однозначним, на практиці завжди дається взнаки юридичний плюралізм: звернення в суд використовується не завжди; органи, що розбирають конфлікти, діють не однаково; існує також судовий плюралізм, що базується на суверенному праві суддівської оцінки суті справи; існує прив’язаність населення різних регіонів країни до одних видів правової поведінки, неприязнь до інших тощо³⁰. Серед різних груп населення існують субкультури у вигляді інфраюридичних явищ – “автономної підсистеми норм і форм поведінки”³¹, важливою умовою існування яких є певна ізольованість цих груп від соціального цілого. Інфраюридична субкультура існує всередині таких соціальних груп, як соціальні класи, вікові групи, етнічні меншини, географічно ізольовані групи населення тощо. Саме під цим кутом зору відомий соціолог права і розглядає “фольклорне право”. “Пережиткове і народне – ось подвійна суть фольклорного права. Певна річ, воно не стосується державного правопорядку; воно не справжнє право, а лиш комплекс інфраюридичних явищ”³². У сферу його інтересів входять не стільки правові інститути, скільки свята, обряди і пов’язані з ними звичаї, наприклад, розкидання грошей під час весільної церемонії, особливі обряди, що супроводжують продаж худоби тощо. Хоча це видається далеким від юридичного, але автор наполягає на тому, що “форма – одне із необхідних вимірів права і нерідко обрядові правила дозволяють краще зрозуміти сутність інститутів”³³. Отже, соціологи права є союзниками етнологів у розумінні автономності і самодостатності звичаєвого права як правової субкультури.

Як бачимо, численні науковці багатьох дисциплін по-різному розв’язують проблеми звичаю, звичаєвого права. Звичайно, наука не зацікавлена в конфронтації між представниками різних галузей, оскільки це заважає нормальному поступові досліджень. Саме з цього треба виходити при вивченні надзвичайно багатой і неоднозначної історії правової свідомості українців. Хоча звичаєві норми могли бути тотожними офіційному законодавству, однак принципово іншою була ієрархія норм і правил, базована на інакшій, ніж в елітарній, державній, офіційній культурі системі цінностей. Зокрема, порушення моральної норми у традиційному суспільстві може розцінюватися більшим злочином, ніж державна зрада. Саме тому вкрай неефективним видається суто юридично-догматичний підхід до вивчення звичаєво-правової культури народу. З іншого боку, помилковим є її дослідження без знання історії українського права, зокрема історії його кодифікації.

Щодо питання чи є звичаєве право “справжнім” чи “несправжнім” правом, чи правомірним є термін *звичаєве право* – то воно легко розв’язується з досить несподіваного боку, а саме з погляду “справжності” чи “несправжності” міжнародного права. Теоретики права всього світу б’ються над питанням “Що таке право?” – передусім через деякі сумнівні випадки щодо правової у правовій практиці різних країн. На думку Х.Л.А.Харта, “до таких сумнівних випадків належить насамперед примітивне право та міжнародне право, і відомо, що багато хто знаходить підстави, хоча й не зовсім переконливі, аби заперечувати доречність прийнятого нині вживання слова “право” в цих випадках. (...) По-перше, цілком очевидно, чому в цих випадках відчувається непевність. Міжнародному праву не вистачає законодавчого органу, держави не можна віддати до міжнародного суду без їхньої попередньої згоди, а ефективної централізованої системи санкцій не існує. Певним типам примітивного права, включаючи ті, з яких, можливо, розвинулися деякі сучасні правові системи, так само не вистачає цих властивостей...”³⁴. Так, і звичаєве, і міжнародне право мають свою специфіку. Але, незважаючи на те, що міжнародне право не є “класичним” з погляду букви права, чомусь його існування не ставиться під сумнів, його спеціально вивчають у вузах, видають тисячі досліджень. І це при тому, що воно у багатьох випадках є абсолютно неефективним і нефункціональним: підписуються тисячі угод, створюються тисячі законів, видаються тисячі санкцій проти тих чи інших держав, які ніколи не виконуються. То чому ми не можемо визнати правомірність терміна звичаєве право, адже йому аж ніяк не можна закинути нефункціональності й неефективності: його норм століттями дотримувалися в традиційному суспільстві, і дотримувалися набагато ретельніше, аніж державних законів.

Інша справа, усім дослідникам треба врешті рещт визначитися: що саме вважати звичаєвим правом: чи лише правові звичаї, чи всі звичаї взагалі. Історія розвитку українського традиційного суспільства і правової свідомості українців свідчить не користь другого.

Аналіз проблеми, винесеної в заголовок статті, відкриває ряд питань, які потребують нагального розв'язання з принципово нових (і методично і методологічно) засад. Звичаєво-правова культура українців – це система звичаєво-правових та інших соціальних інфраюридичних (ритуальних, етикетних, побутових, моральних тощо) норм, що відображає генезу, еволюцію і трансформацію правової свідомості та соціально-нормативної практики українців на різних етапах історії в різних регіонах.

¹Див.: Харт Х.Л.А. Концепція права.– К., 1995. – С.11.

²Див.: Карбоньє Ж. Юридическая социология. – М., 1986. – С.187 – 190.

³Ефименко А.Я. Исследования народной жизни. – М., 1884, вып.1. – С.171 – 174, 179; Качоровский К.Р. Народное право. – М., 1906.

⁴Першиц А.И. Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии. – М., 1979. – С.210 – 240.

⁵Цярохін С.Ф., Юхо І.А. Звичаєва права //Етнографія Беларусі: Энцыклапедыя. – Мінск, 1989. – С.212.

⁶Сироткін В. Звичаєве право і правові уявлення // Українці. – Т.1. – К., 2000. – С 351

⁷Гуревич А.Я. Проблемы генезиса феодализма в западной Европе. – М., 1970. – С.89 – 100.

⁸Александров В.А. розглядає праці істориків російського права у розділі “Обычное право в отечественной науке XIX – начала XX в.”; Александров В.А. Обычное право крепостной деревни России XVIII – начало XIX в. – М., 1984. – С.3 – 30.

⁹Усенко І.Б Звичаєве право // Юридична енциклопедія. – Т.2. – С. 566.

¹⁰Див. згадану працю А.Першиця “Проблемы нормативной этнографии”.

¹¹Першиц А.И. Проблемы нормативной этнографии ... – С. 223.

¹²Карбоньє Ж. Юридическая социология. – С.35.

¹³Там само. – С.36.

¹⁴Див.: Сейдалин Т.А. Народные обычаи, имевшие, а отчасти и ныне имеющие в Малой Киргизской Орде силу закона // Записки Оренбургского отдела Императорского Русского Географического Общества. – вып.2. – 1871.

¹⁵Камінський В. Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні // Праці Комісії для виучування звичаєвого права України. За редакцією В.Е.Кристера. (УАН, Збірник Соціально-економічного відділу. – №4). – К., 1925. – С.32.

¹⁶Там само. – С.42.

¹⁷Там само. – С.43.

¹⁸Там само.

¹⁹Там само. – С.42.

²⁰Там само. – С.36.

²¹Усенко І.Б Звичаєве право..., С. 567.

²²Вислобоков К.А. Визначна пам'ятка українського права: джерела, зміст, система та соціально-політичні передумови створення // Права, за якими судиться малоросійський народ, 1743. – К. – 1997. – С.ХV – ХVI.

²³Там само. – С.15 – 16.

²⁴Синицына И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке: История изучения. Кодексы обычного права. – М., 1978. – С.20.

²⁵Див.: Кенжалиев З.Ж., Даулетова С.О. Казахское обычное право в условиях Советской власти (1917 – 1937 гг.) . – Алматы, 1993; Кодоналиев С.К. Суд и уголовное обычное право киргизов до Октябрьской революции. – Фрунзе, 1963.

²⁶Цярохін С.Ф., Юхо І.А. Звичаєва права. – С.212 – 213.

²⁷Александров В.А. Обычное право крепостной деревни России: XVIII – начало XIX в. – М., 1984.

²⁸Гошко Ю. Звичаєве право населення українських Карпат та Прикарпаття XIV – XIX ст. – Львів, 1999.

²⁹Сироткін В. Звичаєве право і правові уявлення // Українці. – Т.1. – С. 351 – 364.

³⁰Карбоньє Ж. Социология права, С.184 – 185.

³¹Там само. – С.187.

³²Там само. – С.188.

³³Там само.

³⁴Харт Х.Л.А. Концепція права. – С.11 – 12.