

## **I. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА. ФІЛОСОФІЯ ПРАВА**

УДК 340.141

**Демків Р.Я.,**

канд. юрид. наук, доцент кафедри  
конституційного та міжнародного права  
Львівського державного університету внутрішніх справ

### **ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ ТА ЗАКОНУ**

У статті аналізуються правовий звичай як регулятор суспільних відносин. Правовий звичай розглядається як форма (джерело) права, визначаються умови застосування звичаїв у сучасних реаліях та його співвідношення з законом як основним джерелом права в Україні.

*Ключові слова:* правовий звичай, джерело права, форма права, закон.

В статье анализируются правовой обычай как регулятор общественных отношений. Правовой обычай рассматривается как форма (источник) права, определяются условия применения обычая в современных реалиях и его соотношение с законом как основным источником права в Украине.

*Ключевые слова:* правовой обычай, источник права, форма права, закон.

This article analyzes the legal tradition as a regulator of social relations. Legal practice seen as a form (source) law defined conditions of application of morals in modern realities and its relation to the law as the main source of law in Ukraine.

*Keywords:* legal custom, a source of law, Form rights, law

**Постановка проблеми.** Історично так склалося, що звичаї займають вагомe місце серед основних регуляторів суспільних відносин. Вони тісно пов'язані іншими соціальними нормами (правовими, моральними, культурними, політичними,

релігійними). Право як система норм в значній мірі виростало з звичаїв, які санкціонувалися публічною владою у міру практичної необхідності. Можна погодитись із думкою, що відношення до звичаю змінюється кожен раз, коли зростає чи спадає напруга між діючим позитивним, писаним правом і практикою відносин, що склалась. Однак, окрім причин економічного характеру, непостійність у поглядах на звичаєве право викликається ще й ідеологічними причинами, які частіше за все заважають сприймати точну картину змін, що відбуваються в структурі права (на цьому будується позитивістська критика ідей природничої школи, яка наголошує на деідеологізації права).

**Аналіз дослідження даної проблеми.** Звичаєве право на різних етапах розвитку української держави вивчали такі вчені, як В.В. Гецевич, І.М. Грозовський, Л.А. Кушинська, Р.Л. Хачатуров, П.П. Чубинский, І.Б. Усенко та інші. У науковій літературі знайшли своє висвітлення й звичаї, що застосовувалися в окремих галузях права.

**Мета статті.** Протягом багатьох років юридична наука і юридична практика нашої країни вважала закон не тільки досконалою, але й єдиною формою права. Хоча фактичний стан справ свідчить про становлення в демократичних державах і інших форм права. Розглянемо співвідношення закону з цим джерелом права.

**Виклад основного матеріалу.** Історично звичай був першим джерелом права, що регулює відносини в період встановлення держави. Визначення поняття «правовий звичай» необхідно починати з розгляду самого слова «звичай». В українській мові звичай – це правило поведінки людей, що склалося в процесі їхнього співжиття, ввійшло у звичку, побут і свідомість певної групи чи всього населення [1, с. 270].

У науковій літературі правові звичаї визначають як 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 й 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 [2, с. 13]. Досліджуючи особливості правового звичаю, Н.М. Пархоменко виділяє такі його риси: природну основу виникнення, оскільки він створюється певною масою людей, пов'язаних спільністю економічних та правових умов життя, мови та національності, побуту та географічних умов; визначеність, тобто наявність конкретних ознак правила поведінки; юридичну силу як визнання правила певною спільнотою та його санкціонування державою; неписаний характер; тісний зв'язок з релігійними нормами, обрядами тощо; поступовість формування, що забезпечує врахування змін, які відбуваються в суспільних відносинах; стає звичкою людини, що унеможливорює сумнів у його необхідності [3, с. 153-154].

Питання про поняття та зміст звичаю, як джерела права, його місця серед інших джерел права досить складне та суперечливе.

З часом склалися і продовжують існувати дві точки зору щодо визначення місця і ролі звичаю в системі інших джерел права, які протирічать одна одній. Це з однієї сторони, так звана соціологічна концепція, яка перебільшує значення звичаю, а з іншої сторони позитивістська теорія, яка протиставляє звичай закону, фактично нівелюючи його. «Виняткове положення нормативного акта, як джерела права – пануюча точка зору, категорично відкидала значення звичасвого права як джерела» [4, с. 35]. У працях багатьох радянських вчених підкреслювалась неможливість існування інших форм правоутворення. Наприклад, глава 5 відомої монографії С.Л. Зівса має назву «Закат обычного права» [5, с. 189]. Причини такого розуміння джерел права, на наш погляд, необхідно шукати у вирішенні радянською юриспруденцією проблеми визначення сутності права.

Для обґрунтування обов'язкової сили звичасвого права актуальною залишається проблема його санкціонування з боку держави. У зв'язку з цим по даному питанню в юридичній науці немає єдиного підходу. Науковці, які є представниками позитивістської теорії для обґрунтування сутності права

доводять, що обов'язкова сила правової норми заснована на велінні державної влади [6, с. 369]. Інші науковці, навпаки, вважають, що юридична сила звичаєвого права полягає не у визнанні його з боку держави, а заснована на «силі факту» і ґрунтується на менталітеті [7, с. 26].

У сучасних умовах важко не признати конститутивної ролі держави в процесі формування національних джерел права. На наш погляд, предметом державного санкціонування повинно бути не конкретне правило поведінки, а лише можливість його використання для вирішення певних питань в чітко визначеному порядку [8, с. 63]. Саме з таких позицій можливе застосування звичаєвого права. Хоч в деяких випадках виправданий і другий підхід, наприклад, коли вирішується питання про обов'язковість звичаїв міжнародного торгівельного обігу, які мають недержавний характер.

Поняття «закон» виявилось більш складним для визначення порівняно з іншими формами (джерелами) права. Закон можна розуміти як синонім права. Законом можна назвати будь-який письмово закріплений акт держави. Під законом можна розуміти тільки певний вид нормативно-правового акта, який володіє найвищою юридичною силою.

У юридичній енциклопедії знаходимо таке визначення: «Закон – нормативно-правовий акт вищого представницького органу державної законодавчої влади або самого народу, який регулює найбільш важливі суспільні відносини, виражає волю й інтереси більшості населення, втілює основні права людини та інші загальнолюдські цінності і має найвищу юридичну силу щодо інших нормативно-правових актів [9, с. 142].

Таким чином у найбільш широкому розумінні закон розглядається як синонім поняття права, а точніше законодавства. Під законом необхідно розуміти нормативно-правовий акт, який приймається в особливому порядку, виражає волю держави по ключовим питанням регулювання суспільного та державного життя. У законах виражається суверенна воля народу. Вони повинні регулювати дійсно корінні питання, бути досконалими по формі та по змісту. Їх виконання повинно бути бездоганним.

Упродовж багатьох століть закон як форма (джерело) права привертав до себе особливу увагу з боку багатьох дослідників. Намагаючись вникнути в суть явища «закон», автори багатьох книг і статей робили великі зусилля для вивчення його природи, характеру, формально-юридичних ознак, його змісту, соціальної ролі та призначення, в чому досить далеко просунулися. Однак це зовсім не означає, що про закон вже все вивчено. Звичайно, за багато років дослідження назбиралась велика кількість знань про нього, сформувалось певне уявлення про це явище. Але разом з тим залишилось велике поле діяльності для сучасних та майбутніх дослідників, велика кількість не до кінця досліджених і відомих його сторін.

Справа в тому, що закон, як і право в цілому не є сталим, незмінним у своєму розвитку інститутом. Разом з суспільством і державою він постійно змінюється і розвивається. Так само змінюються в певній мірі і погляди про нього, про його окремі ознаки. Виникають певні суперечливі погляди. Часом пропонуються досить суперечливі визначення закону та неоднозначні уявлення про нього.

Наприклад, іноді закон розглядається у широкому розумінні, як синонім права, а точніше законодавства. За словами Ю.А. Тихомірова, окремий закон являє собою нормативний акт з притаманними йому юридичними властивостями. Але таке визначення не виключає можливості об'єднання законів, а також законів і підзаконних актів. Тому, наприклад, термін «законодавство» в широкому розумінні застосовується в теорії і на практиці. Поняття «законодавчі акти» охоплює і закон і указ [10, с. 27]. Законами називаються всі нормативно-правові акти (їх сукупність), які походять від держави в особі всіх його нормотворчих органів. На думку Г.Ф. Шершеневича, під законами розуміється норма права, яка походить безпосередньо від державної влади у попередньо встановленому порядку. Перш за все закон є норма, тобто загальне правило, розраховане на необмежену кількість випадків. Як висновок, вид не може бути позбавлений тієї особливості, яка притаманна роду [6, с. 303]. Із цього твердження випливає, що першочерговою відмінною ознакою закону є його нормативний характер. Але норми права є і в

інших нормативно-правових актах. Логічно припустити, що будь-який такий акт може розглядатися як закон.

Для того щоб сформулювати більш повне визначення закону, порівняймо декілька дефініцій. При всіх їх відмінностях, можна з'ясувати найбільш важливі ознаки закону та відмінності його від інших нормативно-правових актів.

Закон – нормативно-правовий акт представницького вищого органу державної влади (або громадянського суспільства (безпосередньо народу), який регулює найважливіші питання суспільного життя, встановлює права й обов'язки громадян, має вищу юридичну чинність і приймається з дотриманням особливої законодавчої процедури [11, с. 316].

Закон – це нормативно-правовий акт вищого представницького органу державної влади (парламенту) або народу, який приймається в особливому порядку, регулює найважливіші суспільні відносини, виражає волю, інтереси більшості населення, має найвищу юридичну силу щодо інших нормативно-правових актів, загальнообов'язковий для всього населення і держави та охороняється державною владою [12, с. 165].

Закон – нормативно-правовий акт, який регулює найбільш важливі суспільні відносини і тому приймається колегіальним представницьким органом державної влади (парламентом) або всенародним голосуванням (референдумом) [19, с. 64].

Таким чином, закон як нормативно-правовий акт характеризується тим, що: приймається найвищим представницьким органом держави або референдумом; має вищу юридичну силу; особливий порядок прийняття; регулює найважливіші аспекти державного та суспільного життя.

При вирішенні питання про співвідношення закону і правового звичаю цікавим є підхід М.А. Зенько щодо механізму взаємодії «державного і недержавного права» в сучасних умовах. Він справедливо звертає увагу на те, що законодавство піддано етнокультурному впливу, в тому числі традицій звичаєвого права. Тому звичаєве право пов'язане з правовим буттям не тільки первісної, але й сучасної людини [13, с. 114].

На відміну від закону, норми звичаєвого права спочатку існують у вигляді соціальних норм, які не мають юридичного

значення. У більшості випадків даються такі визначення звичаю: як соціальної норми, яка слугує певною формою регуляції поведінки людей в суспільстві; як результат багаторазового повторювання у часі і просторі, в результаті якого він (звичай) набуває певної стійкості, закріплюється в практичному досвіді і правосвідомості (правової психології, правової ідеології) певної соціальної групи; згодом забезпечується санкцією держави, що надає йому юридичний характер [14, с. 251]; правило поведінки, яке історично склалося в результаті постійного застосування і визнане державою в якості обов'язкової норми поведінки.

Аналізуючи сучасні підходи у розумінні правового звичаю як форми права можна виділити положення російського дослідника Г.В. Мальцева про те, що звичай відноситься до норми як форма до свого змісту, що у звичай незмінно перебуває юридична норма і в цей же час міститься правосвідомість розділена на інтелектуальні і психологічні компоненти [15, с. 20].

Характерні риси і особливості правових звичаїв в основному співпадають з ознаками неправових звичаїв з тією різницею, що перші є санкціоновані державою, мають юридичну силу, забезпечуються у випадку їх порушення державним примусом. У цей же час неправові звичаї не мають юридичної сили, забезпечуються лише суспільною думкою.

В юридичній літературі виділяють дві групи способів вираження норм звичаєвого права: 1) способи вираження у вигляді санкціонування з боку держави, тобто звичаї включаються в законодавчі акти держави (легалізація звичаю); 2) судові способи вираження норм звичаєвого права, коли звичай є підставою для вирішення спору (легітимація звичаю). Однак, на наш погляд, існує достатньо підстав розрізняти звичаєве право і судову практику, особливо щодо підстав виникнення. У випадку зі звичаєм правило поведінки створюється у результаті багаторазового і одноманітного повторювання фактичних відносин учасників. У другому випадку судами формується певне положення, згідно з яким впорядковуються фактичні відносини.

Також слід відмітити, що позитивне визнання звичаєвого

права як правило, відбувається шляхом використання чи запозичення певних звичаєво-правових норм та інститутів в офіційному праві (шляхом рецепції). Можливе також автономне функціонування правового звичаю, хоча законодавець найчастіше обмежує його діяльність певними умовами. Сучасна наука виділяє дві форми санкціонування звичаєвих норм: фіксує і відсилочне. При фіксуєчому санкціонуванні зміст звичаєвої норми формулюється в певному правовому акті. Про відсилочне санкціонування можна говорити, коли в певному правовому акті міститься відсилання на звичаєві норми, якими необхідно керуватися у вказаних випадках. Відсилання не визначає сутності і змісту правового звичаю, тому деякі науковці називають відсилочне санкціонування легалізацією звичаєвого права [16, с. 11].

Правовий звичай для того, щоб ефективно впливати на суспільні відносини повинен відповідати таким вимогам: 1) містити в собі норми, які «ґрунтуються на правовому переконанні і проявляються у неодноразовому застосуванні»; 2) не протирічати розумності; 3) бути моральними.

Про наявність правового звичаю можна говорити лише тоді, коли «в основі одноманітної норми, яка повторюється лежить правова свідомість чи народне переконання ...» [6, с. 440].

З точки зору англійського правознавця Н. Салмонда, правовий звичай повинен бути перш за все розумним; не протирічати статутному праву (законам); бути встановленим «як би по праву», без застосування силових засобів; повинен мати характер стародавнього звичаю, існувати з «давніх часів» [17, с. 199].

**Висновки.** Враховуючи вище наведене, можна виділити такі відмінні риси правового звичаю:

- 1) давність правового звичаю;
- 2) розповсюдженість серед невеликих соціальних груп (локальність);
- 3) дія правового звичаю поширюється не на територію, а по колу осіб;
- 4) тісний зв'язок з релігійними нормами, звичаями;
- 5) нерозривність та одnobічність дотримання;



б) авторитет звичаю залежить не від джерела, а від такої ознаки, як давність застосування;

7) у звичаю не визначений конкретний автор. На відміну від закону, правовий звичай не надає можливості регулювати всі сфери суспільних відносин.

Для закону притаманні характерні тільки для нього риси:

1) приймається лише найвищим органом законодавчої влади представницького характеру або населенням держави в порядку референдуму;

2) закон має найвищу юридичну силу в системі нормативно-правових актів країни;

3) має загальний характер;

4) спеціальна процедура прийняття.

Крім того, можна виділити також і спільні для обох категорій риси, а саме:

1) вони регулюють первинні суспільні відносини;

2) їх основу складають елементи суспільної необхідності;

3) формальна визначеність, тобто наявність конкретних ознак правил поведінки;

4) наявність юридичної сили;

5) забезпечення силою державного примусу [18, с. 84].

Безперечно, роль правового звичаю, як форми вираження права поряд з іншими формами (зокрема законом), значна, однак вона на даний час носить більш допоміжний характер: в якості додаткової форми (джерела) права до закону як пріоритетної форми права.

### **Література:**

1. Юридичний словник / За ред. Б.М. Бабія, В.М. Корецького, В.В. Цветкова. – К.: Головна редакція Української рад. енцикл. АН України РСР, 1974. – 848 с.

2. Жовтобрюх М.М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / М.М. Жовтобрюх. – К.: Національна академія внутрішніх справ України МВС України, 2002. – 19 с.

3. Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Монографія / Н. М. Пархоменко. – К.: Юридична думка, 2008. – 336 с.

4. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций: В 2 т. – Свердловск: Свердл. юр. инст., 1973. – Т. 2: Нормативные юридические акты. Применение права. Юридическая наука (правоведение). – 401 с.
5. Зивс С.Л. Источники права. – М.: Наука, 1981. – 240 с.
6. Шершеневич Г.Ф. Философия права: В 2 т. – М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1910. – Т. 1: Часть теоретическая. Общая теория права. – 698 с.
7. Удовика Л.Г. Звичаєве право з позицій юридичної антропології // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 2004. – № 1. – С. 26-38.
8. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – М.: Статут, 2000. – Кн. 1: Общие положения. – 841 с.
9. Популярна юридична енциклопедія / В.К. Гіжевський, В.В. Головченко, В.С. Ковальський (кер.) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 528 с.
10. Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М.: Наука, 1982. – 256 с.
11. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник: Пер. з рос. – Харків: Консум, 2001. – 656 с.
12. Розин Л.М. Вопросы теории актов советского государственного управления и практика органов внутренних дел: Учебное пособие. – М.: Академия МВД СССР, 1974. – 138 с.
13. Зенько М.А. Государственное и обычное право: соотношение в теории и на практике / XI Международный конгресс «Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся обществах». – М.: МГУ, 1997. – С. 114-116.
14. Общая теория права: Курс лекций / Под общей ред. В.К. Бабаева. – Нижний Новгород, 1993. – 544 с.
15. Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. – Ростов-н-Д.: Изд. СКАГ, 1999. – С. 7-94.
16. Алимжан К.А. Обычное право как форма права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Алмат. гос. у-т. – Алмата, 1999. – 19 с.
17. Salmond N. Jurisprudence. – L. 1982. – 315 p.
18. Овчаренко И.М. Законы в системе источников (форм) права и их классификация: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Х., 2004. – 221 с.
19. Шестопалова Л.М. Теорія держави і права: Навч. посіб. – К.: Прецедент, 2004. – 224 с.