

КОРУНЧАК Л. А.,  
викладач  
(Херсонський державний університет)

УДК [340.114+340.115]:001.8

## ФОРМУВАННЯ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ: ІСТОРИЧНО-СИНЕРГЕТИЧНИЙ ПОГЛЯД

У статті розглядається процес формування правового звичаю з позицій синергетичної методології. Звертається увага на роль правового звичаю в різних правових сім'ях, концепції визначення джерела, умови формування правового звичаю, види звичаїв залежно від їхньої ролі в правовій сім'ї та ін.

**Ключові слова:** джерела права, правовий звичай, правова сім'я, синергетика, самоорганізація.

В статье рассматривается процесс формирования правового обычая с позиций синергетической методологии. Обращается внимание на роль правового обычая в различных правовых семьях, концепции определения источника, условий формирования правового обычая, виды обычаев в зависимости от их роли в правовой семье и др.

**Ключевые слова:** источники права, правовой обычай, правовая семья, синергетика, самоорганизация.

The article deals with the process of formation of legal customs from the point of view of synergetical methodology. Attention is paid to the role of a legal custom in different legal families, to the conception of definition of the source and conditions of formation of a legal custom, to the types of customs according to their role in a legal family etc.

**Key words:** sources of law, legal custom, legal family, synergetics, self-organisation.

**Вступ.** Першою історичною формою (джерелом) права є правовий звичай. Місце звичаю в системі джерел права в різні епохи було різним. Він займав домінуюче становище в процесі становлення правових систем, а в сучасних умовах ця форма права зустрічається досить рідко. Як відзначає Н.С. Толкачова, відношення до звичаю змінюється кожного разу, коли зростає чи спадає напруга між діючим позитивним, писаним правом і практикою відносин, що склалась. Крім 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 [15, с. 2]. Проблеми звичаєвого права досліджували А.М. Айзенберг, М.М. Бедрій, О.А. Беляневич, С.І. Вільнянський, С.А. Галунський, І.М. Грозовський, Т.С. Жукова, С.Л. Зівс, О.П. Іванівська, Т.В. Кашаріна, О.В. Києвець, Л.А. Кушинська, П.О. Недбайло, І.Б. Новицький, М.М. Марченко, С.В. Погорелов, І.Ю. Стрельнікова, Н.С. Толкачова, І.Б. Усенко, Р.Л. Хачатуров, П.П. Чубинський та ін. Однак синергетична сторона цього явища не висвітлювалась.

**Постановка завдання.** Мета дослідження – проаналізувати синергетичні аспекти процесу формування правових звичаїв, розглянути роль правового звичаю в різних правових сім'ях, виокремити концепції щодо визначення джерела, умов формування правового звичаю, види звичаїв залежно від їхньої ролі в правовій сім'ї.

**Результати дослідження.** У юридичній літературі тривалий час існував спір, що ж є джерелом звичаю: тривале застосування певної норми чи впевненість народу в необхідності цієї норми. Учені історичної школи, заснованої Савінії, вважали, що норми звичаєвого права виникають і отримують обов'язкову силу в свідомості, у душі народу, а застосування цих норм на практиці слугує лише зовнішнім засобом пізнання того, які юридичні переконання створені народним духом. В.М. Хвостов відзначав, що ця теорія історичної школи є природним продуктом поглядів на розвиток права як на процес поступового розкриття змісту народного духу. У науці ж панує погляд, що переконання народу і застосування звичаю йдуть рука об руку; чим частіше застосовується звичай, тим більше міцніє переконання народу в придатності та обов'язковості звичаєвої норми, і навпаки. Коли суддя вирішує, чи є дане правило обов'язковою для нього нормою або ні, то він перевіряє тільки, чи застосовується вона як така [16, с. 32].

Л.І. Петражицький заперечував таке бачення звичаю та зазначав, що звичаєве право як особливий, специфічний вид позитивного права є лише в тому випадку, якщо в будь-чийсь психіці відбуваються імперативно-атрибутивні переживання з уявленнями відповідної масової поведінки інших як нормативного факту; я (або ми, він, вони і т. д.) маю право на те чи зобов'язаний до того-то тому, що так завжди відбувалося раніше, так чинили предки, таке «старе мито», «стародавній звичай» і т. п. Ним відмічалась необхідність вивчення такого фактичного матеріалу для наукового, психологічного пізнання явищ правової психіки, для пізнання справжнього звичаєвого права і характерних його властивостей. Також Л.І. Петражицький звертав



увагу, що у деяких галузях нормативним фактом звичаєвого права буває не поведінка предків, старина, стародавні звичаї і т. д., а відповідна поведінка сучасників, той факт, що «так прийнято», «так всі чинять», «такий загальноприйнятий (в даний час) звичай». Відповідно до цього ним виділялось два види звичаєвого права: 1) право звичаїв предків, старих традицій, старовини і 2) право сучасних звичаїв, зазвичай дотримуваного, загальноприйнятого. В області звичаєво-правової психіки першого виду престиж, авторитет (емоційна сила) звичаєвого права тим вище, чим старіше, древніше представляється даний звичай; в області звичаєво-правової психіки другого роду вона за інших рівних умов тим вище, чим більш загальноприйнятим і неухильно дотримуваним у певній сфері представляється дана правова поведінка [11, с. 437-438].

В.М. Хвостов звертав увагу, що для того, щоб звичай виник як обов'язкова юридична норма мають бути наступні умови: 1) необхідно, щоб звичай шляхом довготривалого застосування глибоко вкоренився на практиці; але при цьому не вимагається, щоб звичай застосовувався відому, точно визначену кількість часу; тільки західне канонічне право вимагало спливу певної давності як доказу існування звичаю; 2) необхідно, щоб застосування звичаю на практиці було однорідним, тобто щоб практика в одному напрямку не паралізувалась і не вривалась практикою в іншому напрямку; 3) звичай повинен бути раціональним, тобто його застосування має викликатися відомою розумною необхідністю, яка існує в даній місцевості або в даній суспільній групі; 4) застосування звичаю повинне супроводжуватися впевненістю в необхідності норми, яка застосовується (*opinion necessitates*), у її обов'язковості; 5) інколи відомий образ дій поступово укріплюється через те, що суспільство через помилку впевнене, що такий образ дій наказує яка-небудь хибно витлумачена норма права [16, с. 33-34].

Слід відмітити, що нерідко останнє виникало при тлумаченні норм римського права в Германії при рецепції його суспільством і юристами. Непомітно для себе вони тлумачили норми не в тому сенсі, який ті дійсно мали, а в тому, який був більш прийнятний для тогочасного життя. Таким чином, створювались норми звичаєвого права, зовнішньо засновані на римському праві, але насправді змінюючи римське право на сучасний лад. Це випадок, коли суспільство приймає хибне тлумачення норми й застосовує його на практиці. У такому разі виникає звичай, що відмінняє норму, на якій раніше засновувалась практика, оскільки ця норма перестала задовольняти потреби практики на сучасному етапі. Якщо образ дій, що виник внаслідок хибного розуміння норми, не отримав підкріплення, і суспільство дотримувалось його тільки тому, що вважало наказаним, то звичай не виникає.

Звичай стає правовим тоді, коли з'являється держава. У цьому випадку він спирається на можливість застосування примусу з боку державних органів і стає обов'язковим. За словами М.В. Цвіка, звичаї, мораль, релігійні установлення реалізуються завдяки певним переконанням, моральному впливу, через звичку. Проте стосовно великої групи суспільних відносин такі засоби утворення і реалізації норм виявляються недостатніми. Для забезпечення їх більш жорсткого і ефективного регулятивного впливу потрібна оцінка, підтримка та захист ззовні авторитетом влади [12, с. 66-67]. Зібрання звичаїв та їх подальше державне санкціонування є одним із перших способів утворення правових звичаїв. Крім означеного, існують ще й інші способи санкціонування звичаїв: відсилання до звичаю (вказівка на звичай в нормативно-правовому акті), використання звичаю як нормативної основи судового рішення.

Можна виділили декілька етапів формування правового звичаю: 1) виникнення в суспільстві ситуації, через яку постає необхідність створення нової норми; 2) створення суспільством норми, яка може врегулювати цю ситуацію; 3) багаторазове застосування цієї норми, сприйняття її суспільством як найбільш прийнятної і обов'язкової; 4) санкціонування норми державою. Три перші етапи при формуванні правового звичаю проходять за участю суспільства, і тільки на останньому етапі в цей процес вступає держава. Завдяки високому рівню самоорганізації створена таким чином норма буде найбільш прийнятною, зрозумілою і близькою суспільству, задовольняючи проблеми більшості населення. Водночас такий процес створення правової норми має декілька недоліків: для створення норми необхідний тривалий час, неможливо передбачити результат такого процесу. Відповідно, знижується регулювання суспільних відносин з боку держави.

Аналогічні етапи характерні для створення норми нормативно-правового акту. Але в даному випадку держава активно вступає в процес не на останньому етапі, а починаючи з другого (норма створюється не безпосередньо суспільством, а державою – її спеціальними органами). Роль самоорганізації в даному випадку стає незначною, зростає роль держави, і ефективність новоствореної норми буде залежати від її відповідності тій ситуації, для регулювання якої вона створена. Великого значення має й здатність державного органу відчувати проблемну ситуацію та передбачати найбільш вигідний для суспільства шлях її вирішення.

Залежно від ролі в правовій системі Р. Давид та К. Жоффре-Спінозі виділяють три види звичаїв: 1) звичаї на «доповнення до закону» (*secundum legem*) – їх призначення полягає в уточненні значення оціночних понять, що використовуються в законі (розумна ціна, зловживання правом тощо); 2) звичаї «крім закону» (*praeter legem*) – використовуються, коли існують прогалини в праві; 3) звичаї «проти закону» (*abversus legem*) – коли закон і звичай регулюють ті ж самі суспільні відносини різним чином. Як правило, у випадку такої колізії використовуються норми закону [4, с. 94-95].



На теперішній час звичаєве право найбільш поширене в країнах традиційної правової сім'ї. Дія звичаїв упродовж століть підтримувалась у них за допомогою самокерованих суспільних структур, без звернення до державних органів. І дотепер більшість спорів у цих країнах вирішується шляхом примирення на основі норм звичаєвого права, тобто державні структури в процесі реалізації права майже не використовуються. Державні органи надають суспільству деякої штучності, замкненості в порівнянні з можливістю регулювати суспільні відносини більш природними засобами впливу за допомогою норм моралі, тиску з боку громадськості та ін. Юридична наука та освіта, юридичні професії суддів, прокурорів, адвокатів у цих країнах розвинуті слабо. У країнах Океанії, Азії та Африки звичай став частиною загальнонаціональних систем права, на основі яких здійснюється правосуддя, реалізується діяльність вищих державних органів та посадових осіб. Так, у країнах Тропічної Африки існує звичай трайбалізма (від англ. tribe – плем'я), відповідно до якого привілеї надаються вихідцям із певного племені (призначення на державні посади переважно своїх одноплемінників та ін.).

Здебільшого правовий звичай сприймається як архаїзм. З ускладненням суспільних відносин, з розвитком державних структур, розширенням сфер державного впливу, виникненням нормотворчості роль звичаю в суспільстві зменшується, правові звичаї поступаються місцем законам та іншим джерелам права. Однак повністю обійтись без правового звичаю не можна. Особливо це стосується відносин у галузі приватного права. Обумовлюється це наступним: 1) приватно-правові відносини засновані на ініціативі рівноправних учасників; 2) значний вплив традицій на встановлення приватних відносин на певній території; 3) поняття «громадянського суспільства», до якого звертається зараз багато держав, передбачає прояв ініціативи з боку громадськості.

Навіть в Англії (англо-саксонська правова сім'я), де традиції зазвичай мають загальнообов'язкове значення, звичаї діють лише в обмеженій сфері суспільних відносин. Часто звичаї набувають поширення у виборчій, парламентській практиці, діяльності органів місцевого самоврядування.

У романо-германській правовій сім'ї роль звичаю донедавна була досить обмеженою. Водночас Т.С. Жукова відзначає, що в Італії система формальних джерел права включає Конституцію, закони (конституційні, звичайні, місцеві), декрети і декрети-закони, різноманітні регламенти виконавчої влади (постанови, виконавчі, адміністративні, розпорядчі), корпоративні норми (в трудовому праві, рішення судів, колективні договори, ордонанс про торгівлю, профспілкові документи), звичаї (в Парламенті, в торговельній справі, цивільному провадженні, але лише з питань, не врегульованих законом) [5, с. 43-44]. У деяких провінціях Іспанії, особливо в Каталонії, звичаєве право майже повністю заміняє собою «національне цивільне право» (систему норм, які містяться в «національному» цивільному кодексі), і в силу цього досить обґрунтовано розглядається стосовно подібних випадків не тільки як «досить важливе, але й фактично первинне джерело права» [10, с. 484].

На теперішній час правове регулювання суспільних відносин за допомогою джерел права в Україні зазнало суттєвих змін. Зокрема, активно обговорюється питання про перенесення частини правового регулювання із загальнодержавного на місцевий рівень (децентралізація правового регулювання). Т.В. Кашаніною ще у 1992 році виділялись наступні рівні децентралізації: 1) на рівні державних органів (республіканське і місцеве регулювання); 2) на рівні колективів і організацій (локальне регулювання); 3) на рівні індивідів (індивідуальне регулювання чи саморегулювання) [6, с. 122]. У зв'язку з відмовою від централізованого правового регулювання в сфері приватного права (оскільки врегулювання відносин між суб'єктами цього права більш ефективно відбувається через самоорганізацію) в Україні роль правового звичаю зростає. Так, можливість використання звичаю передбачена статтями 7, 28, 213, 333, 526, 527, 529, 538, 539, 613 Цивільного кодексу України [17], статтями 11, 35, 146 Сімейного кодексу України [13], статтями 32, 344 Господарського кодексу України [2], статтями 6, 78, 146, 160, 293, 295 Кодексу торговельного мореплавства України [7]. Категорія «моральні засади суспільства» (посилання на неї передбачене ч. 4 ст. 13 Цивільного кодексу України) також є продуктом звичаєвого права, оскільки представляє собою народні звичаї, положення релігії, що домінує в суспільстві, офіційну ідеологію суспільства, відображену у законодавчих актах та ін. Стаття 438 Кримінального кодексу України [9] передбачає кримінальну відповідальність за порушення звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Відповідно до статті 4 Господарського процесуального кодексу України [3] у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї. Як відзначають І.Ю. Стрельнікова та С.В. Погорелов, закріплення звичаєвих норм в праві є підставою вважати їх важливим джерелом національного права, незважаючи на те, що роль правового звичаю значно вужча, ніж та, що відіграють інші джерела права, такі як нормативно-правові акти, договори [14, с. 55].

М.М. Бедрій зауважує, що звичаєве право є складним багатостороннім суспільним, культурним та правовим явищем. Руйнування системи українського звичаєвого права на початку ХХ століття він пов'язує з одночасним руйнуванням правової культури. Синтез основних ідей історичних типів українського звичаєвого права (автор виділяє додержавне, вервне, копне, козацьке, карпатське звичаєве право; однак, точну їх кількість визначити неможливо) дозволяє сформулювати основи, на яких необхідно будувати національну правову систему сучасної української держави [1, с. 45-48].



Дійсно, насильницьке руйнування встановленого правового звичаю не може не відобразитись на рівні правової культури, адже ці два явища тісно пов'язані між собою. Норми звичаєвого права базуються на традиціях і моральних уявленнях. При закріпленні звичаю у свідомості людей як зразку поведінки, найбільш розумного та корисного у певних умовах, він виробляє своєрідний автоматизм у поведінці, сприймається та реалізується без глибокого обмірковування. Звичай за своєю природою є досить консервативними. Різні нововведення з метою зміни або відміни поведінки, встановленої звичаєм, протягом певного часу відкидаються чи сприймаються з певними труднощами при реалізації.

**Висновки.** Таким чином, кожна система (у даному випадку – держава) обирає для себе найбільш прийнятну форму регулювання суспільних відносин, яка найкраще знижує рівень ентропії в системі, вимагає менше затрат, тобто викликає менше збурень, і, відповідно, легше сприймається суспільством. Крім того, в одній і тій самій державі, в один той самий час можуть існувати декілька форм права (різні види джерел права).

Звичай слугує індикатором, лакмусовим папірцем тих нагальних проблем, які виникають у суспільстві, і який найкращим чином показує варіант виходу із кризи (проблемної ситуації). Цей шлях потребує від суспільства менше зусиль для подолання проблеми (зменшення рівня ентропії в системі) і водночас є найбільш ефективним для розв'язання проблемної ситуації, оскільки створюється безпосередньо самим суспільством, однак має свої певні недоліки (зокрема, для формування звичаю потрібний значний проміжок часу, що в сучасному інформаційному суспільстві є досить проблематичним). Система норм, створених суспільством, в порівнянні з системою норм, прийнятих державою, є більш стійким утворенням, з меншим ступенем ентропії, більш природним для цього суспільства. Державні органи надають у цілому системі суспільства деякої штучності, замкненості в порівнянні з можливістю регулювати суспільні відносини більш природними засобами впливу за допомогою норм моралі, тиску з боку громадськості та ін.

Отже, на превалювання в країні тієї чи іншої форми права здійснюють вплив різноманітні соціальні фактори: історичні особливості даної державності, економічний та культурний розвиток; темпи змін, що відбуваються в житті країни; ступінь стихійності чи, навпаки, раціональності самого правотворюючого процесу; особливості політичного режиму та форм правління. І вибір державою тієї чи іншої форми права в якості превалюючої виступає як один із синергетичних факторів, оскільки слугує показником рівня самоорганізації соціуму.

#### Список використаних джерел:

1. Бедрій М.М. До питання про типологію українського звичаєвого права / М.М. Бедрій // Право і суспільство. – 2012. – № 1. – с. 44-48.
2. Господарський кодекс України. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 136 с.
3. Господарський процесуальний кодекс України. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 62 с.
4. Давид Р. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова / Р.Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Междунар. отношения, 1999. – 400 с.
5. Жукова Т.С. Європейське право: особливості правової системи Італії/ Т.С. Жукова// Українсько-грецький міжнародний науковий юридичний журнал «Порівняльно-правові дослідження». – 2009. – №2. – с. 40-45.
6. Кашанина, Т.В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере/ Т.В. Кашанина// Советское государство и право. – 1992. – №1. – с. 122-130.
7. Кодекс торговельного мореплавства України. – Режим доступа: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80>. – Загол. з екрану.
8. Кузнецов Э.В. Философия права в России / Э.В. Кузнецов. – М.: Юрид. лит., 1989. – 208 с.
9. Кримінальний кодекс України. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 166 с.
10. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие/ М.Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – 760 с.
11. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицкий. – С.Пб.: Издательство «Лань», 2000. – 608 с. – (Мир культуры, истории и философии).
12. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. [Текст]/ Х.: Право, 2008. – Т.1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України; за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – 728 с.
13. Сімейний кодекс України. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 66 с.
14. Стрельникова І.Ю., Погорелов Є.В. Місце звичаю в сучасному праві України/ І.Ю. Стрельникова, Є.В. Погорелов// Учёные записки Таврического национального университета имени В.И. Вернадского. Серия Юрид. науки. – 2010. – Т.23 (62). – №2. – с. 52-56.
15. Толкачова Н.Є. Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту – форма права сучасної України: проблеми застосування. – Режим доступу: [http://archive.nbuv.gov.ua/portal/Soc\\_Gum%20socpr/2011\\_2/Tolkachova.pdf](http://archive.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum%20socpr/2011_2/Tolkachova.pdf). – Загол. з екрану.
16. Хвостов В.М. Система римского права: Учебник / В.М. Хвостов. – М.: Издательство «Спартак», 1996. – 522 с.
17. Цивільний кодекс України. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 270 с.

