

## ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ПРАВА



## Марія Мірошніченко

докторка юридичних наук, професорка,  
 професорка кафедри теорії та історії права та держави  
 Інституту права Київського національного університету  
 імені Тараса Шевченка  
 (Київ, Україна)  
 ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8142-9340>  
 mariyami55@ ukr.net

УДК 340.141(091)

### ПРИРОДА, ПОНЯТТЯ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА ТА ЙОГО ФУНКЦІОНАЛЬНА РОЛЬ У СТРУКТУРІ ПРАВА

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена з'ясуванню природи, визначенню поняття звичаєвого права та його функціональної ролі в структурі права як об'єкта історико-правової науки.

Мета статті полягає у тому, щоб на основі концептів тотального бачення права та його універсальності як системи, присутньої в людському суспільстві на будь-якій стадії його розвитку, сформульованих, відповідно, російським філософом Г. Гурвічем та українським соціологом М. Ковалевським, проаналізувати природу звичаєвого права та його роль у структурі права як інструменту замиреного середовища.

Розкрито зміст поняття “право”, яке однаково ефективно можна застосовувати для аналізу правових процесів як у суспільствах організованих у державу, так і тих, що перебувають на стадії цієї організації. Здійснено аналіз відношення понять “звичай”, “правовий звичай”, “звичаєве право”. Доведено різницю в поняттях “правовий звичай” і “юридичний звичай”.

Встановлено, що в основі трансформації звичаю або кількох звичаїв у правовий звичай лежав колективний договір санкціонування. Позитивно регулятивну роль правового звичаю в механізмі дії права легалізували не владні інститути, а суд – общинний інститут, не відчужений від загальної, цілісної системи владних відношень, який знаходив, формулював і застосовував уже новостворену норму, наповнюючи її юридичним змістом.

Доведено, що за способом утворення правові звичаї поділяються на два види: 1) власне правові звичаї, способом утворення яких був договір; 2) юридичні звичаї – способом утворення яких була судова правотворчість і судове правозастосування.

Із застосуванням методики дихотомічного аналізу об'єктів наукового дослідження встановлено, що звичаєве право в структурі права як об'єкті наукового аналізу історії права є ідеальною основою, що з'єднує дихотомічні опозиції об'єкта в цілісність і виконує функцію транслятора природного права на соціокультурний

пласт. Воно поєднує в цілісність на рівні соціально-духовної практики, що є основою самоорганізації та організації суспільних відносин, всі основні регулятори правового життя народу і виконує роль стимулятора для вписування будь-якого закону в національну культуру.

Сформульовано гіпотезу, що природа звичаєвого права укорінена в соціокультурному просторі правового спілкування, яке породжує автономні регулятивні механізми в організаційно-нормативній системі суспільних відносин, підпорядкованих законам природного права.

Ключові слова: право; структура права; звичаєве право; звичай; правовий звичай; юридичний звичай.

Мета дослідження полягає у тому, щоб на основі концептів тотального бачення права та його універсальності як системи, присутньої в людському суспільстві на будь-якій стадії його розвитку, сформульованих, відповідно, російським філософом Г. Гурвічем та українським соціологом М. Ковалевським, проаналізувати природу звичаєвого права та його роль у структурі права як інструменту замиренного середовища.

Право передує державі історично і логічно. Мимоволі згадуються слова уродженця Слобожанщини, геніального українського правника, засновника вітчизняної соціології М. Ковалевського (1851–1916 рр.) про універсальність права як системи, присутньої в людському суспільстві на будь-якій стадії його розвитку: ‘Право трапляється всюди, де є співіснування, якої б форми воно не набувало’<sup>1</sup>. Класик французької соціологічної школи, російський філософ права Г. Гурвіч (1874–1954 рр.) на основі ідеал-реалістичного підходу до розуміння права (розробленого ним у межах ідеал-реалістичних концепцій російських філософів М. Лоського і С. Франка<sup>2</sup>) та на противагу аргументам позитивістів, вперше в історії правової думки сформулював принципи “тотального бачення права”:

<...> право не зводиться до норм права “позитивного”, воно існує на різних рівнях соціальної дійсності і є формою втілення та реалізації цінностей, виникає не завдяки наказу можновладців, а стихійно в процесі неорганізованого спілкування і лише після свого виникнення підлягає фіксації в різних джерелах позитивного права<sup>3</sup>.

Отже, загалом право як нормативно-регулятивна система функціонально пов’язане як із легітимною владою, так і з позитивним законом. Тому обсяг поняття “право” настільки значний, воно заряджене таким могутнім змістом, що важко схопити сутність тих відношень і зв’язків, які позначаються ним, а отже, і виразити її однією дефініцією. Причина

<sup>1</sup> М Ковалевский, *Общее учение о государстве* (1909) 46.

<sup>2</sup> *Петербургская школа философии права. К 150-летию со дня рождения Льва Петражицкого: сборник статей* (Поляков А и Тимошина Е ред, СПб гос ун-т 2018) 288.

<sup>3</sup> Там само 286.

полягає у тому (тут ми погоджуємося з українським ученим сучасності О. Костенком), що сучасне правознавство і досі не визначилося з питанням нульового рівня (основним питанням):

*‘Право – це витвір природи чи людей? А якщо того й іншого, то яка роль природи і яка роль людей у творенні права? <...>*

Відповідь саме на це питання, на нашу думку, дасть можливість зрозуміти, що таке право. А зрозумівши це, люди будуть розумно користатися із права, уникаючи, зокрема, правового свавілля і правових ілюзій<sup>4</sup>.

Крім того, науковець зауважує: ‘Право як соціальний феномен – це закони природного права, відкриті людьми і втілені законодавцем в форму позитивного законодавства’<sup>5</sup>. В інституціональному вимірі – це ‘<...> заснований на законах природи, яким надано форми законодавства і правової практики, інститут забезпечення соціального порядку, сприятливого для нормального існування людей в суспільстві’<sup>6</sup>.

Можна сперечатися з О. Костенком щодо критерію “нормального” існування людей, але немає підстав для заперечення його тези, що ‘<...> кожен народ має таке право, яке визначається його соціальною (в тому числі правовою) культурою’<sup>7</sup>. Невід’ємним складником правової культури є звичаєво-правова культура, заснована на звичаєвому праві. У звичаєвому праві закодowana інформація про ментальні уявлення конкретного народу про справедливість (Космічну, Божественну, Природну та за волею людей), яка є підставою і метою права.

Не претендуючи на винятковість своїх суджень, зауважимо: для пізнання природи, усвідомлення функціональної ролі звичаєвого права в структурі та генезі права у межах вирішення основного питання правознавства, слід користуватися таким поняттям “право”, яке б однаково ефективно можна було б використовувати для аналізу правових процесів як у суспільствах, організованих у державу, так і тих, що перебувають на стадії цієї організації. Пропонуємо поняття права визначити у такий спосіб: *право* – це об’єктивно зумовлена, раціонально обґрунтована через зріз всезагального інтересу система вивіrenих суспільною практикою принципів, інститутів, норм, правил поведінки, реалізація яких здійснюється відповідно до вимог законів природного права та пов’язана з владними інститутами, які володіють визнаним правом (привілеєм) здійснювати примус.

<sup>4</sup> О Костенко, ‘Соціальний натуралізм як методологічний принцип філософії права’ (2006–2007) IV–V Проблеми філософії права 98.

<sup>5</sup> О Костенко, ‘Тези до соціально-натуралістичної теорії природного права’ <www.academia.edu/41029743/Костенко\_Тези\_про\_природне\_право> (дата звернення: 04.09.2020).

<sup>6</sup> Костенко (н 4) 102.

<sup>7</sup> Там само 103.

В історичному часі нормативно-правові настанови та приписи владних інститутів, об'єктивуючись у відповідних зовнішніх формах (формальних джерелах права), утворюють нормативно-правову систему (архаїчну, звичаєву, інтегровану, національну), у межах функціонування якої забезпечується правовий вплив і правове регулювання.

Наведена дефініція інтерпретує право, по-перше, в історичному вимірі як явище соціокультурної реальності, яке є комплексом принципів, формальних правил, норм, інститутів, які за посередництва влади (родової, публічної, державної) регулюють різні сфери життєдіяльності суспільства, організують їх у систему соціальних статусів і ролей (за допомогою принципів, правил, норм), закріплюють нормативне регулювання суспільних відносин і контролюють поведінку окремих індивідів (за допомогою інститутів). По-друге, виокремлює істотну особливість права як соціальної норми, яка виражається у тому, що з усіх соціальних норм тільки воно перебуває у функціональному зв'язку з владою (родовою, племінною, общинною, публічною, державною), який є очевидним і визначальним на всіх етапах розвитку суспільства (істотна роль у цьому процесі належить публічній владі як функції суспільства, яка на певному етапі історичної генези інституціалізується і набуває системності в державі сучасного типу як політико-правовому інституті). По-третє, спростовує тезу про те, що держава створює право, а в первіснообщинному суспільстві не існує права, люди у своїй діяльності дотримуються звичаїв і традицій. По-четверте, і чи не найголовніше, саме право, у зв'язку з іншими соціальними нормами та інститутами, вносить елемент організованості в суспільний порядок.

Тож коли читаєш праці інтелектуалів світового рівня, ні на хвилину не сумніваєшся, що в основі організованого суспільного порядку лежить ідея "замиреного середовища"<sup>8</sup>, яке ґрунтується на суспільній солідарності, усвідомленні людьми взаємної залежності на шляху досягнення всезагального інтересу. А інструментом замиреного середовища є право.

На вітчизняних теренах до наукового обґрунтування проблеми державного виникнення права як інструменту замиреного середовища серйозно підійшли представники історичної (етнографи, етнологи, археологи, палеолінгвісти, джерелознавці) та юридичної наук ще в радянську добу (середина – друга половина ХХ ст.): В. Валєєв, А. Венгеров, О. Дробницький, Х. Думанов, І. Дьяконов, В. Иванов, В. Кабо, Л. Куббель, Л. Лелеков, Г. Мальцев, В. Нерсесянц, Ю. Павленко, Ю. Семенов, О. Першиц, І. Шіфман та ін. Аргументовані дослідження науковців завершуються логічним висновком: на час виникнення держави як особливої політичної

<sup>8</sup> Ідея замиреного середовища є ключовою в соціологічній доктрині О Конта, еволюційній теорії Е. Спенсера, теорії розвитку соціально-культурних систем П. Сорокіна, соціологічній концепції розвитку права М. Ковалевського та ін.

організації людство вже мало практичний досвід правового регулювання соціальних відносин нормами звичаєвого права. Його зародки з'являються виключно за умов виникнення певних інституціоналізованих механізмів організації, регуляції та координації дій відповідного соціального організму<sup>9</sup>.

Звичаєве право – це самостійний, неперехідний історичний тип права, смислотвірна конституента національної правової ідентичності, маркер готовності народу до самоорганізації на шляху творення власної національної державності.

Для того щоб визначитися з природою, поняттям звичаєвого права, його функціональною роллю в структурі та генезі права, перш за все, слід звернутися до законів діалектичної логіки та до методики дихотомічного аналізу об'єктів наукового дослідження.

Попередньо наведемо кілька методологічних зауваг. Закони діалектичної логіки концептуалізують взаємний зв'язок протилежностей в об'єкті дослідження та його розвиток як в онтологічному, так і гносеологічному вимірах<sup>10</sup>. Дихотомія (опозиція), не будучи тотожною діалектиці, допомагає значно розширити простір для пізнання сутності явища, що досліджується, за допомогою поділу об'єкта аналізу на дві рівні частини у межах однієї категорії<sup>11</sup>. Тому зазвичай дихотомічному аналізу передують аналіз категорій.

Отже, дихотомічний метод зорієнтований, з одного боку, на з'ясування сутності основного протиріччя у розумінні категорії, а з другого – на пошук і пояснення фактору, який з'єднує дихотомічну (опозиційну) пару в одне ціле – об'єкт наукового аналізу<sup>12</sup>. Наголошуємо на важливій особливості методу: він загострює увагу на існуванні в об'єкті дослідження фактору, який з'єднує дихотомічну пару в цілісність (об'єкт дослідження) саме тому, що він є *ідеальною першоосновою цієї цілісності* (нульовим варіантом).

Власне, аналіз першооснови цілісності допомагає усвідомити онтологічні значення, які структурують реальність суспільного життя.

В обсязі поняття “право” – об'єкті загальної теорії права – присутні дві дихотомічні опозиції. Кожна окремо презентує вузько юридичні та державно-політичні проблеми. Ідеальною першоосновою (фактором), що з'єднує ці дві опозиції в єдине ціле, є поняття природного права, зорієнтоване на глибинні моральні і духовні структури в механізмі дії права.

<sup>9</sup> У теорії етносу поняття “соціальний організм” тісно пов'язане з поняттям “етнос”. Ці поняття в окремих контекстах збігаються.

<sup>10</sup> *Співвідношення формальної і діалектичної логіки. Мультимедійний підручник* (НАВС 2010) <[https://arm.naiu.kiev.ua/books/logika/lections/lection4\\_1.html](https://arm.naiu.kiev.ua/books/logika/lections/lection4_1.html)> (дата звернення: 01.09.2020).

<sup>11</sup> В Цветков, ‘Дихотомический анализ сложности системы’ [2014] 2 (8) Перспективы науки и образования 15.

<sup>12</sup> Там само.

Присутність цієї ідеальної першооснови змушує дослідника зосереджувати увагу на положенні, що і юридичний, і державно-політичний ухили в об'єкті є відображенням глибинних моральнісної та духовної проблем. Отже, необхідність їхнього вирішення на законодавчому рівні обов'язково вимагає звернення до критерію справедливості позитивних законів. Цим критерієм є природне право (за влучною інтерпретацією О. Костенка – закони природного права<sup>13</sup>).

В обсязі поняття “право”, що є об'єктом історії права, теж можна виокремити дві параметральні характеристики (дихотомічні пари): перша презентує вузько юридичні проблеми, друга – державно-політичні проблеми правового життя українського народу. Фактором, ідеальною першоосною, що з'єднує дихотомічну пару в цілісність (об'єкт дослідження) є звичаєве право, яке, акумулюючи цінну інформацію про духовно-моральнісний потенціал правового життя народу, виконує функцію транслятора природного права на соціокультурний пласт. На практиці це означає, що в механізмі дії національного права, у випадку прогалин у системі позитивного права, вони мають бути заповнені звичаєво-правовими нормами.

Запропонований алгоритм наукового пояснення функціональної ролі звичаєвого права в структурі права, *по-перше*, відкриває широкі можливості для усвідомлення фундаментальних онтологічних значень, які структурують реальність правового життя українського народу; *по-друге*, забезпечує ціннісно-світоглядні умови національно-орієнтованої правової діяльності та юридичної практики; *по-третє*, орієнтує не на описовість, чи кількісні показники результатів наукових досліджень звичаєвого права, а на їхню якісну характеристику.

Таким чином, звичаєве право є структуроутворюючим елементом і духовно-моральнісним детермінантом права. Воно сплітає воедино всі основні регулятори правового життя народу і виконує роль стимулятора для вписування будь-якого закону в національну культуру.

У літературі внаслідок довготривалого панування позитивізму в загальній теорії права і досі відсутні чіткі критерії розмежування понять “звичай” і “правовий звичай”, “правовий звичай” і “юридичний звичай”. Часто звичай називають джерелом права. І понині теоретики права не завжди коректно висловлюються про регулятивний потенціал звичаю, асоціюючи його із правовим звичаєм, звичаєвим правом, а юридичну природу цих регуляторів пов'язують винятково із санкціонованими нормами законів. Це – формально-юридичний, догматизований підхід, який наголошує, що саме держава надає обов'язкову силу звичаям, які поза державною санкцією не можуть набути характеру і рис правових норм. Очевидно, що дотримуючись логіки формально-юридичного підходу,

<sup>13</sup> Костенко (н 4) 101.

досить складно розібратися у логіці відношення зазначених вище понять.

Дослідження і реконструкцію національного звичаєвого права слід проводити в рідчизні глобального наукового дискурсу ХХІ ст.<sup>14</sup>, для якого характерним є зростання ролі антропоцентристської орієнтації всієї пізнавальної діяльності у сфері гуманітарного знання<sup>15</sup>, що актуалізує застосування антропосоціокультурного підходу до вирішення актуальних проблем суспільного і правового розвитку<sup>16</sup>. Цей підхід забезпечує синтез 'індивідуального і соціального в історії'<sup>17</sup>, націлений на розкриття механізму культурної взаємодії різних народів, дає змогу усвідомити загальнолюдську цінність етнічного стосовно окремих індивідів, невеликих груп і цілих народів, розкрити вплив правових традицій (а отже, і звичаєвого права) на удосконалення механізму дії права.

Спираючись на арсенал методів, евристичний потенціал яких додатково розкривається у рідчизні названої парадигми (системно-інформаційний, інтегративний, діяльнісний, комунікації, функціональний тощо), слід визнати, що звичай є джерелом будь-якої соціальної норми, оскільки ще з епохи неолітичної революції був і залишається універсальним засобом регулювання відносин на побутовому рівні або, пізніше, в системі корпоративних зв'язків (корпорації стародавнього Риму, середньовічні корпорації, різні корпоративні об'єднання сучасності тощо).

Звичай органічно вписаний в історично першу світоглядно-нормативну парадигму міфологічного пояснення дійсності<sup>18</sup>. Він виник із практичної взаємодії людей з природою, а отже, тісно пов'язаний з інстинктами самозбереження, продовження роду, відповідно, із загальною потребою у створенні простору замиреного середовища, де кожний був би захищений і мав можливість без перешкод реалізовувати свій життєвий ресурс залежно від віку і статі<sup>19</sup>. У такому розумінні звичай, або звичаї, слід сприймати як модель (моделі) належної поведінки, виражену (виражені) в синкретичній єдності форми поведінки і засобів її реалізації. "Належне" тут мислиться як відображення пануючих у суспільстві етичних прин-

<sup>14</sup> Про основні напрями дискурсу див.: В Чернявская, *Научный дискурс: выдвигение результата как коммуникативная и языковая проблема* (ЛЕНАНД 2017) 144.

<sup>15</sup> М Каган, 'Перспективы развития гуманитарных наук в XXI веке' в *Методология гуманитарного знания в перспективе XXI века. К 80-летию профессора Моисея Самойловича Кагана. Материалы международной научной конференции* (Санкт-Петербургское философское общество 2000) 9.

<sup>16</sup> *Антропосоціокультурна природа права: Матеріали наукової конференції. Чернівці, 25–27 травня 2016 р.* (Чернів нац ун-т 2016) 544.

<sup>17</sup> Л Репина, 'Опыт междисциплинарного взаимодействия и задачи интеллектуальной истории' (2005) 15 *Диалог со временем: Альманах интеллектуальной истории* 10.

<sup>18</sup> У стародавньому світі міф у сукупності з ритуалом виконував комунікативну функцію, а отже, забезпечував стабільність прийнятих у суспільстві норм поведінки і взаємовідносин, що з покоління в покоління успадковувалися нащадками.

<sup>19</sup> Саме в звичаї втілюються ментальні риси народу, що виражаються у ставленні до фундаментальних феноменів людського буття – минулого й майбутнього, життя і смерті, здоров'я і хвороби, праці і споживання, суспільства і природи, дитинства і старості, сім'ї і колективу, влади і порядку тощо.

ципів, як важливе регулятивне вираження культурного стереотипу, який корелює зі змістом як правових, так і неправових звичаїв. Логічно, що у такому разі навряд чи всі звичаї можна віднести до нормативно-правових джерел звичаєвого права. Слід звернутися до справедливого зауваження в минулому завідувача кафедри німецького права на юридичному факультеті Львівського університету, німця за походженням Г. Бруннера (1840–1915 рр.), що звичай – це не форма (джерело) звичаєвого права, а форма його пізнання. На справедливості цієї думки наголосив і дослідник руського права, російський і радянський історик О. Пресняков (1870–1929 рр.)<sup>20</sup>.

Отже, зі сказаного випливає: стосовно права (як соціальної норми<sup>21</sup>) звичай постає не як його джерело, а як форма пізнання основоположних принципів. Ці принципи корелюють із найфундаментальнішою потребою суспільства – забезпечити всезагальний інтерес відповідно до вимог справедливості (Космічної, Божественної, Природної, за волею людей).

Космічна, Божественна, Природна справедливість – це онтологічні підстави природного права. У контексті ж реалізації справедливості за волею людей, звичаї, що дістали санкцію релігії або моралі, трансформувалися в етичні норми. Звичаї, які мали виключно практичне значення і гарантовано захищалися владним авторитетом (інститутом не відчуженим від локальної спільноти<sup>22</sup>) задля забезпечення всезагального інтересу, трансформувалися у звичаєво-правові норми<sup>23</sup>.

Термін “звичай” інтерпретують у літературі по-різному. Ми пропонуємо таке його визначення: *Звичай* – це традиційна, ustalена, заснована на міфологічно-ритуальних настановах форма (модель) належної поведінки, яка виражає синкретичну єдність принципів, норм і правил співжиття, що сформувалися на ранніх етапах розвитку суспільства і надалі забезпечують унормований порядок відношення між людьми в процесі їх практичної взаємодії з природою.

У такому розумінні звичай – це модель успадкованого від предків суспільного порядку з принципами поведінки, які синкретично поєднані з основами моралі, етики, естетики, релігії, політики, права тощо. Отже, він є генетичним джерелом усіх соціальних норм, які забезпечували і забезпечують суспільний порядок. Щодо права як соціальної норми звичай слугує формою пізнання його основоположних принципів (підстав).

<sup>20</sup> А Пресняков, *Княжое право в Древней Руси: Очерки по истории X–XII века: лекции по русской истории. Киевская Русь* (Наука 1993) 182.

<sup>21</sup> Від інших соціальних норм право відрізняється тим, що функціонально пов'язане з публічною владою (функція не держави, а суспільства), яка покликана забезпечити всезагальний інтерес. Функціональний потенціал публічної влади матеріалізується за допомогою інститутів влади (родової, общинної, племінної, державної).

<sup>22</sup> В умовах воєнної демократії – це народні збори: родові, племінні, громадівські, общинні тощо.

<sup>23</sup> Марія Мірошниченко, *Історія українського права. Джерела: навчально-методичний посібник до самостійної роботи, ч 1* (Київський університет імені Тараса Шевченка 2015) 169.



Не всі звичаї трансформувалися у правові звичаї (набували правового характеру). Так, зокрема, англійський юрист-міжнародник Я. Браунлі (1932–2010 рр.), аналізуючи відмінності між категоріями “правовий звичай” і “звичай” наголошує, що лише ‘загальна практика’, яка ‘відображає правове зобов’язання’, завжди була основою ‘правового звичаю’<sup>24</sup>. Про це пише і О. Пресняков:

<...> із сукупності існуючих звичаїв, які забезпечували унормований порядок відношення між людьми на ранніх стадіях розвитку суспільства, правового характеру набували саме ті, що мали винятково зобов’язально-практичне значення: охорона індивідів і майна членів локальної спільноти; безпека та діяльність локальних спільнот; здійснення судочинства<sup>25</sup>.

Логіка міркувань видатних діячів юридичної науки наштовхує на думку, що, власне, всі члени будь-якої локальної спільноти, прагнучи до конструктивного вирішенні насущних проблем життєдіяльності, зацікавлені в досягненні згоди щодо вагомого значення окремих звичаїв у забезпеченні умов замиреного середовища та про доцільність надання цим звичаям юридичної охорони.

Логічно, що підставою виникнення і дотримання правових зобов’язань щодо забезпечення умов замиреного середовища мав бути (і такий був) договір. Це ще не був договір нормативного характеру в сучасному розумінні<sup>26</sup>, але він мав фіксувати правила поведінки, обов’язкові для всіх членів локальної спільноти. У разі недотримання зобов’язань, передбачених договором, порушник ніс покарання аж до втрати права належності до локальної спільноти та перебування на її території. Рішення про покарання ухвалював суд. Для прикладу – вигнання за межі общини (у “Руській Правді” – поток і пограбування).

Договір набував чинності з часу ухвалення його рішенням народних зборів<sup>27</sup>. Після дотримання формальної процедури закріплення рішенням народних зборів, звичай (або кілька з них) набував характеру правового звичаю. Правового тому, що інтегрував правові принципи, освячені законами буття, виражені в Космічній, Божественній чи Природній справедливості.

<sup>24</sup> Цит. за: А Дмитрієв та В Муравйов, *Міжнародне публічне право: навчальний посібник* (Юрінком Інтер 2000) 154.

<sup>25</sup> Пресняков (н 20).

<sup>26</sup> Гіпотетично, йдеться про прототип конгломерованих договорів, своєрідну договірну модель, яка виражає ситуацію існування фундаментальної згоди в суспільстві відносно базових цінностей, що структурують відносини в конкретній локальній спільноті.

<sup>27</sup> Народні збори – громадський інститут, який володів неофіційним (у сучасному розумінні), але загальновизнаним (у межах локальної спільноти, громади) правовим статусом інституту публічної влади.

Закріплені громадою у формі договору правові звичаї, у різних варіантах і комбінаціях, регулювали за допомогою диспозитивних та імперативних методів суспільних відносин, гармонізували приватний і публічний інтерес у праві та гарантовано перебували під захистом суду та владних інститутів, наділених правом-привілеєм здійснювати примус.

Прерогатива надання *правовому звичаю юридичного змісту належала винятково суду* (а не будь-яким іншим владним інститутам). Бо тільки суд, володіючи загально визнаним статусом справедливості (Космічної, Божественної, Природної), наділявся колективною волею повноваженнями накладати санкцію у разі порушення правового звичаю.

Під юридичний захист суду підлягали винятково звичаєво-правові норми, закріплені волею громади і загально визнані як обов'язкові до виконання. Як правило, це були звичаєві норми, якими регулювалися життєво найважливі питання щодо землеволодіння і землекористування; сімейного права (шлюб, розлучення, усиновлення, спадкування, опіка, прижиттєвий розподіл майна); цивільних і кримінальних правопорушень; зобов'язань тощо.

Отже, позитивно регулятивну роль правового звичаю в механізмі дії права легалізували не владні інститути, а вища справедливість – суд.

У цьому і полягає суть. Із найдавніших часів суд сприймався суспільною свідомістю не як інститут влади, а як інтегровані цінності, виражені в терміні “правда”. Цим терміном позначалося “правильне”, “істинне”, “добре”. Для прикладу, у філософському і літературному смислах “правда” розглядається як істина <...> без обману, справедливість, добродійність<sup>28</sup>. “Правди” локальних спільнот в усній формі інтегрували правові звичаї, які забезпечували правовий порядок на території громади, великого племені чи союзу племен, проголошувалися, зберігалися в усній формі і передавалися у спадок нащадкам чільними представниками громади<sup>29</sup>.

Філософський смисл істини і справедливості, утілений у слові “правда”, не губився в юридичних критеріях, навпаки, матеріалізувався як важливий структурний елемент усього змісту. Це – логічно. Виражений у нормі звичаєвого права світоглядно-правовий смисл може матеріалізуватися у реальну дійсність тільки завдяки юридичній нормі, яка розробляється окремими соціальними, етнічними і культурними спільнотами та реалізується через властиві їм соціальні інститути, серед яких пріоритет належить інституту правосуддя.

На общинний (громадівський) суд – інститут, не відокремлений (не відчужений) від громади, покладалося винятково важливе завдання:

<sup>28</sup> И Срезневский, *Материалы для словаря древнерусского языка*, т II (1895) 1365–6.

<sup>29</sup> Марія Мірошниченко, *Державність і право України: генезис у європейському контексті (З найдавніших часів до початку XIX ст.)* (Атіка 2006) 70–161, 383–98.

у межах вимог звичаєво-правової традиції судочинства знайти, сформулювати і застосувати звичаєво-правову норму у такий спосіб, щоб, з одного боку, ухвалене правосудне рішення було максимально наближене до конкретного казусу, а з другого – не втратило свого значення і смислу гарантії справедливості, забезпечене звичаєвою нормою, втіленою у правовому звичаї. Відповідно, обов'язковою була публічність судового процесу з дотриманням формальних, освячених звичаєво-правовою традицією, процедур. Отже, в основі санкції, накладеної судом, лежало *правове рішення*, нормативною основою якого були звичаєві норми, втілені в правовому звичаї.

Таким чином, трансформація звичаю у правовий звичай зумовлена практичною потребою локальної колективної спільноти надавати перевагу актуальним звичаям, пов'язаним із вирішенням насущних, фундаментальних проблем забезпечення її життєдіяльності, за допомогою укладання договору про їх закріплення та принципи реалізації.

В основі трансформації звичаю або кількох звичаїв у правовий звичай лежав колективний договір санкціонування.

У разі порушення звичаєво-правової норми санкцію накладав суд – общинний інститут, не відчужений від загальної, цілісної системи владних відношень, який знаходив, формулював і застосовував уже новостворену норму, наповнюючи її юридичним змістом.

Наповнений юридичним змістом правовий звичай набував властивостей праксеологічного джерела *принципів приватного, публічного і процесуального права* (які вже “претендували” на нормативне закріплення), бо відповідно до звичаєво-правової традиції складався і функціонував як найвищий взірець, форма вираження справедливості, що субстанційно споріднює його з природним правом.

Отже, за способом утворення правові звичаї поділяються на два види: 1) власне правові звичаї, способом утворення яких був договір; 2) юридичні звичаї – способом утворення яких була судова правотворчість і судове правозастосування.

До першого виду ми відносимо правові звичаї, які виникли на ранніх стадіях розвитку суспільства, але не стали предметом систематизації, не знайшли відображення у суддебниках чи в інших чинних нормативних актах, проте продовжували і продовжують існувати в суспільній і правовій свідомості. Їхня природа – договірна. Як справедливо наголошує М. Бедрій:

<...> історія світового права загалом і українського зокрема знає чимало прикладів, коли норми звичаєвого права фіксували на матеріальних носіях без втрати свого попереднього статусу і без перетворення у положення нормативно-правового акта чи іншого формального джерела

права. <...> Письмова фіксація норм звичаєвого права без перетворення у норми законодавства відбувалася у документах, що не мали нормативно-правового характеру, – цивільних договорах, судових рішеннях, адміністративних актах тощо<sup>30</sup>.

Таким чином, природа юридичних звичаїв – правосудна діяльність. Саме вони були систематизовані в суддебниках чи знайшли відображення в нормативно-правових актах загально державного значення. У випадку дослівного записування звичаєво-правових норм у відповідних актах вони автоматично втрачали звичаєвий статус і трансформувались у норми законодавства.

У випадку використання у структурі норми бланкетної диспозиції з відсиланням до окремого звичаю, правовий звичай не втрачав характеру звичаєво-правової норми<sup>31</sup>. Проте важливо наголосити, що у такому випадку предметом санкції ставав не правовий звичай, а діяльність будь-якої владної структури, яка забороняла його використання. Власне, у такий спосіб влада гарантувала право локальної спільноти у повсякденному житті дотримуватися вимог норм звичаєвого права.

Критеріальний поділ на правові звичаї і юридичні звичаї – це не схоластичне теоретизування. Такий поділ має матеріальне значення, коли виникає потреба у процесуальному вирішенні спірних правових питань.

Поняття “правовий звичай” інтерпретують у літературі по-різному. Ми пропонуємо таке його визначення: *правовий звичай* – це слухні, доцільні, загально визнані і санкціоновані локальною спільнотою у формі договору звичаєві принципи, правила, норми, що містять у собі життєву справедливість – “правду” (вимогам якої усі згодні коритися добровільно і додержуватися на майбутнє), не суперечать законам природного права та гарантовано перебувають під юридичним захистом суду.

У юридичному значенні *правовий (юридичний) звичай* – це форма об’єктивування, фіксації та інформування про зміст усних звичаєво-правових норм (санкціонованих волею громади, закріплених, відповідно до формально-звичаєвої процедури в договорі), що виникла в процесі судової правотворчості і судового правозастосування.

На основі наведеного вище аналізу відношення понять “звичай”, “правовий звичай”, “юридичний звичай” ми пропонуємо таке визначення *звичаєвого права* – це комплекс правових звичаїв, забезпечених соціальною санкцією у формі договору; юридичних звичаїв і правових принципів, що сформувались у процесі судової правотворчості і судово-

<sup>30</sup> М Бедрій, ‘Форми фіксації українського звичаєвого права: історико-правовий аналіз’ (2019) Вісник Львівського університету. Серія юридична 64, 68.

<sup>31</sup> М Бедрій, ‘Звичаєве право як об’єкт історико-правових досліджень’ (2013) 2 Часопис Київського університету права 31.

го правозастосування та інституцій<sup>32</sup>, які в системній взаємодії змістовно і по суті не суперечать усталеним у конкретному соціумі вимогам моралі та дії законів природного права.

Основними джерелами звичаєвого права є договір – фундаментальна суспільна згода щодо базових цінностей, які структурують відносини в конкретній локальній спільноті; судові прецеденти, правові і юридичні звичаї.

Їхні основні риси: невідчуженість від конкретної локальної спільноти; традиціоналізм; територіальний і етносоціальний партикуляризм; колективний характер; публічність і спрощена процедура судочинства; у структурі норми звичаєвого права відсутня санкція (санкцію накладає суд); норми звичаєвого права мають казуїстичний (індивідуальний) характер і є моделлю конкретного рішення, що вважається за норму, а не результатом законодавчого абстрагування від конкретного випадку.

Запропонована дефініція звичаєвого права не акцентує увагу на традиційно усталеному “юридичному” його розумінні, де обов’язково присутня санкція держави. Вона виокремлює:

- сутнісну його ознаку – договірний характер функціонування на всіх рівнях соціальної структури;
- у змістовому аспекті – відповідність норм звичаєвого права вимогам законів природного права;
- у функціональному аспекті – властивість звичаєвого права бути транслятором природного права на соціокультурний пласт.

Таким чином, і поняття, і сутність звичаєвого права впливають не так із цілей правової політики держави, як із цінностей і функцій права загалом як соціокультурного явища. Його головною ідеєю є гармонія і примирення.

З огляду на наведене вище, у правовому просторі життєдіяльності суспільства звичаєве право може існувати як автономна система права паралельно з системою писаного позитивного права (законодавства).

Суттєва різниця у функціонуванні цих двох систем відповідного праворегулюючого призначення вбачається, по-перше, у тому, що на відміну від закритої системи позитивного права, звичаєве право – це відкрита, гнучка система, ефективний інструмент замиреного середовища в самоорганізованому суспільстві. Воно відіграє комунікативну функцію в праві, позаяк його неперехідність забезпечується традиціями внутрішньо сімейного, внутрішньо родинного, внутрішньо общинно-

<sup>32</sup> Поняття “інституція” вживається в інтерпретації лауреата Нобелівської премії з економіки, американського економіста Д. Норта (1920–2015 рр.), яка набула найбільшої популярності серед сучасних зарубіжних і вітчизняних учених – це правила гри у суспільстві (звички, традиції, ритуали, обряди) або, точніше, придумані людьми обмеження, які спрямовують людську взаємодію у річці розв’язання проблем із підтримки і збалансованості інтересів усіх членів спільноти на основі генерування інформації про прийняті у суспільстві структурно-організаційні основи порядку (D North, *Institutions, institutional change and economic performance* (Cambridge University Press 1990) 11).

го, внутрішньо кооперативного, внутрішньо громадського спілкування. По-друге, система позитивного права – результат правотворчої діяльності. Система звичаєвого права – природна система регулювання суспільних відносин, заснована на звичаєво-правових нормах та правових принципах, що сформувалися у процесі договірної діяльності суспільства та судової правотворчості і судового правозастосування, які не суперечать вимогам законів природного права. Регулятивний вплив звичаєвого права посилює належна йому *компенсаторна* функція, яка має за мету заповнити прогалини в правовій регламентації, тоді як загально правова – *компенсаційна* функція – спрямована лише на відновлення соціальної справедливості (яка за природою має егалітарний характер). Відповідно, завдання звичаєвого права – досягти полюбовного примирення. Завдання позитивного права – встановити, відновити, захистити права.

Висновки. Поняття “звичаєве право” у категоріальному ряду понять, які структурують право, слід сприймати як комплексну інтегруючу категорію, що сформувалася на міждисциплінарному рівні; увібрала в себе зміст етнопсихологічних і соціокультурних чинників забезпечення умов замиреного середовища, зорієнтованих на вищі абсолютні цінності і є важливим інструментом екстраполяції змісту звичаєво-правових норм на реалії правового життя конкретного народу.

Гіпотетично природа звичаєвого права укорінена в соціокультурному просторі правового спілкування, яке породжує автономні регулятивні механізми в організаційно-нормативній системі суспільних відносин, підпорядкованих законам природного права. Підставою виникнення і дотримання правових зобов'язань щодо забезпечення умов замиреного середовища є договір (фундаментальна згода) про базові принципи і цінності, які структурують відносини в конкретній локальній спільноті.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. North D, *Institutions, institutional change and economic performance* (Cambridge University Press 1990) (in English).
2. Cherniavskaia V, *Nauchnyi diskurs: vydyzhenye rezultata kak kommunykatyvnaia yazykovaia problema* (LENAND 2017) (in Russian).
3. Dmytriiiev A ta Muraviov V, *Mizhnarodne publichne pravo: navchalnyi posibnyk* (Yurinkom Inter 2000) (in Ukrainian).
4. Kovalevskyi M, *Obshchee uchenye o hosudarstve* (1909) (in Russian).
5. Miroshnychenko M, *Derzhavnist i pravo Ukrainy: henezys u yevropeiskomu konteksti* (Z naidavnishykh chasiv do pochatku KhIKh st.) (Atika 2006) (in Ukrainian).

Марія Мірошніченко

6. Miroschnychenko M, *Istoriia ukrainskoho prava. Dzherela: navchalno-metodychnyi posibnyk do samostiinoi roboty, ch 1* (Kyivskyi universytet imeni Tarasa Shevchenka 2015) (in Ukrainian).
7. Presniakov A, *Kniazhoe pravo v Drevnei Rusy: ocherky po ystoriy X–XII veka: lektsyy po russkoi ystoriy. Kyevskaia Rus* (Nauka 1993) (in Russian).

*Edited books*

8. *Peterburhskaia shkola fylosofyy prava. K 150-letyiu so dnia rozhdenyia Lva Petrazhytskoho: sbornyk statei* (Poliakov A i Tymoshyna E red, SPb hos un-t 2018) (in Russian).

*Dictionaries*

9. Sreznevskiy Y, *Materyaly dlia slovaria drevnerusskoho yazyka, t II* (1895) (in Russian).

*Journal articles*

10. Bedrii M, 'Formy fiksatsi ukrainskoho zvychaievoho prava: istoryko-pravovyi analiz' (2019) *Visnyk Lvivskoho universytetu. Seriiia yurydychna* 68 (in Ukrainian).
11. Bedrii M, 'Zvychaieve pravo yak obiekt istoryko-pravovykh doslidzhen' (2013) 2 *Chasopys Kyivskoho universytetu prava* 31 (in Ukrainian).
12. Kostenko O, 'Sotsialnyi naturalizm yak metodolohichni pryntsyp filosofii prava' (2006–2007) IV–V *Problemy filosofii prava* 98 (in Ukrainian).
13. Repyna L, 'Opyt mezhdytsyplynarnoho vzaymodeistvyia y zadachy yntellektualnoi ystoriy' (2005) 15 *Dyaloh so vremenem: Almanakh yntellektualnoi ystoriy* 10 (in Ukrainian).
14. Tsvetkov V, 'Dykhotomycheskyi analiz slozhnomykh systemy' [2014] 2 (8) *Perspektyvy nauky y obrazovanyia* 15 (in Ukrainian).

*Conference papers*

15. *Antroposotsiokulturna pryroda prava: Materialy naukovoi konferentsii. Chernivtsi, 25–27 travnia 2016 r.* (2016) (in Ukrainian).
16. Kahan M, 'Perspektyvy razvytyia humanytnykh nauk v XXI veke' v *Metodolohyia humanytnoho znanyia v perspektyve XXI veka. K 80-letyiu professora Moyseia Samoilyyicha Kahana. Materyaly mezhdunarodnoi nauchnoi konferentsyy* (2000) (in Russian).

*Websites*

17. Kostenko O, 'Tezy do sotsialno-naturalistychnoi teorii pryrodnoho prava <[www.academia.edu/41029743/Kostenko\\_Tezy\\_pro\\_pryrodne\\_pravo](http://www.academia.edu/41029743/Kostenko_Tezy_pro_pryrodne_pravo)> (accessed: 04.09.2020) (in Ukrainian).
18. *Spivvidnoshennia formalnoi i dialektychnoi lohiky. Multymediinyi pidruchnyk* (NAVS, 2010) <[https://arm.naiu.kiev.ua/books/logika/lections/lecture4\\_1.html](https://arm.naiu.kiev.ua/books/logika/lections/lecture4_1.html)> (accessed 01.09.2020) (in Ukrainian).

Maria Miroschnychenko

THE NATURE, THE CONCEPT OF LEGAL CUSTOM  
AND ITS FUNCTIONAL ROLE IN THE STRUCTURE OF LAW

**ABSTRACT.** The article is devoted to clarifying the nature, defining the concept of customary law and its functional role in the structure of law as an object of historical and legal law.

The purpose of the article. Based on the concepts of total vision of law and its universality as a system present in human society at any stage of its development, formulated, respectively, by the Russian philosopher G. Hurvich and the Ukrainian sociologist M. Kovalevsky, the nature of customary law and its role in the structure of law as an instrument of a peaceful environment are analysed.

The meaning of the concept of “law” is revealed, which can be equally effectively applied to the analysis of legal processes both in the societies organized in the state, and those which are at a stage of this organization. An analysis of the relationship between the concepts of “custom”, “legal custom”, “customary law”. The difference in the concepts of “legal custom” and “judicial custom” is proved.

It is established that the basis for the transformation of a custom or several customs into a legal custom was a collective agreement of authorization. The positive regulatory role of legal custom in the mechanism of law was legalized not by government institutions, but by the court – a community institution, not alienated from the general, holistic system of power relations, which found, formulated and applied the newly created norm, filling it with legal content.

It is proved that according to the method of formation legal customs are divided into two types: 1) the actual legal customs, the method of formation of which was a contract; 2) judicial customs – the method of formation of which was judicial law making and judicial law enforcement.

Using the method of dichotomous analysis of objects of scientific research, it is established that customary law in the structure of law as an object of scientific analysis of the history of law is an ideal basis that connects dichotomous oppositions of the object into integrity and serves as a translator of natural law into sociocultural layer. It combines in its entirety at the level of socio-spiritual practice, which is the basis of self-organization and organization of social relations, all the main regulators of the legal life of the people and acts as a stimulant for the incorporation of any law into national culture.

The hypothesis is formulated that the nature of customary law is rooted in the socio-cultural space of legal communication, which generates autonomous regulatory mechanisms in the organizational and normative system of social relations, subject to the laws of natural law.

**KEYWORDS:** law; structure of law; customary law; custom; legal custom; judicial custom.