НАЦІОНАЛЬНИЙ ПЕДАГОГІЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ М.П. ДРАГОМАНОВА

ВАСЯНОВИЧ Ольга Анатоліївна

УДК 340.1

ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ФОРМА ПРАВА У СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ

12.00.01 – теорія та історія держави і права;
історія політичних і правових учень

А В Т О Р Е Ф Е Р А Т
дисертації на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Київ – 2010

Дисертацією є рукопис.
Робота виконана у відділі теорії держави і права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького Національної Академії Наук України.

Науковий керівник – доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент АпрН України
ОНІЩЕНКО Наталія Миколаївна,
Інститут держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України,
завідувач відділу теорії держави і права.

Офіційні опоненти: доктор юридичних наук, доцент
ШЕВЧУК Станіслав Володимирович,
Національний університет „Києво-Могилянська академія", професор кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук;

кандидат юридичних наук
КОВАЛЕВСЬКА Ірина Віталіївна,
Міністерство внутрішніх справ України,
заступник начальника управління юридичного забезпечення.

Захист відбудеться 12.05.2010 р. о 13-30 годині на засіданні спеціалізованої вченої ради К 26.053.18 в Національному педагогічному університеті імені М.П. Драгоманова за адресою: 01060, м.Київ-30, вул. Пирогова, 9.

З дисертацією можна ознайомитись у бібліотеці Національного педагогічного університету імені М.П. Драгоманова за адресою: 01060, м.Київ-30, вул. Пирогова, 9.

Автореферат розісланий 11.04. 2010 р.

Вчений секретар
спеціалізованої вченої ради Л.С.Дубчак

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА РОБОТИ

Актуальність теми. Історія розвитку світової державності свідчить: коли настають кризові ситуації, то в існуючій правовій системі відбуваються якісні перетворення, пов'язані зі зміною фундаментальних основ буття суспільства. Такі процеси зумовлюються, передусім, переосмисленням ролі законодавства у суспільній свідомості. Зниження авторитету законодавства призводить до нездатності держави здійснювати нормативну регуляцію суспільних відносин і повною мірою задовольняти інтереси та потреби суспільного розвитку. Саме тоді відбувається перегляд самої сутності, поняття форм права, їх значення у системі чинних форм права.

В умовах сучасних світових поглядів виникає об'єктивна необхідність нової оцінки тієї ролі, яку відігравав і відіграє правовий звичай у правовій системі держави. Звичаєве право незмінно трансформується разом з розвитком будь-якого суспільства як невід'ємна складова життя відповідного народу, його традицій та інших соціальних норм. При цьому правовий звичай є основою і умовою певного розвитку правових систем, одним з його якісних відображень.

Актуальність представленого дисертаційного дослідження обумовлюється наступними чинниками:

− у сучасному вітчизняному та зарубіжних суспільствах наявні глибокі зміни на соціальному рівні, що призводить до трансформації парадигми законодавства, тому відбувається повне переосмислення форм права, зокрема правового звичаю;

− більшість наукових праць розглядає проблематику правового звичаю однобічно або висвітлює лише певні періоди в історії розвитку правового звичаю;

− на сучасному етапі правові системи світу щодо правового звичаю знаходяться перед складним вибором як щодо дії у правовідносинах, так і його існування взагалі.

Науково-теоретичні дослідження правового звичаю як форми права у сучасних правових системах у вітчизняній юридичній науці складають один з напрямів сучасної теоретичної думки. З цієї проблематики українські вчені-юристи написали численні праці (В.Д. Бабкін, С.Д. Гелей, О.В. Зайчук, І.В. Ковалевська, Л.А. Кушинська, Л.А. Луць, С.В. Місевич, А.П. Огородник, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко, С. П. Погребняк, О.О. Погрібний, П.М. Рабінович, С.М. Рутар, М.В. Савчин, О.Ф. Скакун, В.В. Сухонос, Т.І. Тарахонич, В.Д. Ткаченко, О.А. Титарчук, І.Б. Усенко, Бехруз Хашматулла, С.В. Шевчук, Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик та інші).

Зацікавленість звичаєвим правом російських та зарубіжних вчених XIX – початку XXI століть трансформувалась від приватних досліджень до рівня національної проблематики, що супроводжувалась впровадженням у науковий вжиток величезного матеріалу. До кола таких вчених належать С. С. Алексеєв, М. І. Байтін, С. Л. Зівс, М. М. Ковалевський,

Н. А. Крашеніннікова, К. Кьотц, А. М. Ладиженський, А. В. Малько, М. М. Марченко, М. І. Матузов, Д. І. Мейєр, Г. І. Муромцев, Менахем Елон, А. І. Першиць, Рене Давид, В. В. Ровний, Рулан Норбер, А. Х. Саїдов, Л. Т. Свечникова, Ю. І. Семенова, А. Я. Сухарєв, Л. Р. Сюкіяйнен, Є. Н. Трубецькой, К. Цвайгерт, А. Е. Черноков, Г. Ф. Шершеневич та багато інших.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження здійснено відповідно до плану наукових досліджень Інституту держави і права ім. В.М. Корецького Національної Академії Наук України і є складовою частиною наукових тем відділу теорії держави і права „Юридична відповідальність: проблеми теорії та практики" (державний реєстраційний номер теми РК0108U001826).

Мета і завдання дослідження. Мета дисертаційного дослідження полягає у глибокому аналізі правового звичаю, відображенні у сучасних правових системах, визначенні місця серед джерел права у правових системах та історичної ролі звичаю у кожній правовій сім'ї.

Реалізація поставленої мети може бути досягнута шляхом вирішення таких *завдань:*

− визначення умов виникнення правового звичаю в архаїчному суспільстві, розгляд мононорми як основи правового звичаю;

− дослідження формування правового звичаю як форми права, що закріплюється на державному рівні, окреслення суб'єктів формування звичаєвого права, а також визначення поняття правового звичаю через дослідження його ознак;

− розкриття видової класифікації правового звичаю у різних галузях права, у різних правових системах та в різних просторово-часових координатах;

− встановлення чітких уявлень про поняття звичаю як форми права та звичаю як джерела права;

− визначення місця правового звичаю в системі форм права і в системі джерел права, впливу його на формування сучасної норми, а також розкриття місця правового звичаю у канонічному праві (на прикладі Ватикану);

− окреслення ролі звичаю у мусульманській правовій системі;

− аналіз правового звичаю у сучасних країнах індуського та іудейського права;

− відображення засад правового звичаю у країнах традиційної правової системи;

− аргументування існування правового звичаю у англосаксонській та романо-германській сучасних правових системах;

− виокремлення правового звичаю в правовій системі України.

Об'єкт дослідження − відносини, що виникають шляхом прояву та існування правового звичаю у сучасних правових системах.

Предмет дослідження − формування та розвиток правового звичаю як форми права в сучасних правових системах.

Методи дослідження. Методологічною основою дослідження є система філософсько-світоглядних, загальнонаукових та спеціально-наукових методів і підходів, що забезпечили об'єктивний аналіз досліджуваного предмета. З урахуванням специфіки теми, мети і завдань дослідження застосовувались такі методи, як:

− діалектико-матеріалістичний (дав змогу визначити поняття „мононорма", „правовий звичай", а також проаналізувати проблеми застосування правового звичаю в сучасних правових системах − підрозділи 1.1., 1.2., 2.1., 2.2., 2.3., 2.4., 2.5.);

− структурно-функціональний (використовувався для дослідження місця правового звичаю серед форм права – підрозділи 1.4., 2.1., 2.2., 2.3., 2.4., 2.5.);

− історико-правовий (надав можливість висвітлити правовий звичай архаїчного суспільства та сучасності – підрозділ 1.1.);

− порівняльно-правовий (використовувався для визначення чинників, які найбільш вплинули на формування правового звичаю як норми права – підрозділи 1.3., 1.4.);

− формально-юридичний (використовувався при формулюванні поняття правового звичаю як форми права – підрозділи 1.2., 1.3., 1.4.).

Наукова новизна одержаних результатів. Дисертація є першим у вітчизняній правовій науці комплексним дослідженням, що присвячене вивченню правового звичаю як форми права сучасності та має велике теоретичне і практичне значення у правовому розвитку:

вперше:

− запропоновано авторську дефініцію правового звичаю як соціальної норми, що була визнана суспільством авторитетним її сприйняттям як корисна, необхідна, покликана вирішувати різноманітні розбіжності у житті, побуті, шляхом одноманітного її застосування протягом тривалого часу без змін та закріплена законодавцем на державному рівні; як норма права для захисту інтересів певного суспільства, гарантування виконання прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції;

− складено систему поетапного розвитку звичаєвої норми від архаїчного суспільства до правового звичаю;

удосконалено:

− характеристику найважливіших ознак правового звичаю, які розкрито через аналітичні дослідження наукової думки XIX – початку XXI ст. ст.;

− аналіз правового звичаю у правовій системі сучасної України; наведено законодавче закріплення звичаєвого права у цивільних відносинах, відносинах торгового мореплавства, конституційно-процесуальних відносинах, питаннях проходження військової служби, що дає змогу визначити національні соціокультурні чинники формування сучасної правової системи, належності України до правових систем сучасності;

− положення про місце звичаєвого права у сучасних правових системах, сім'ях, народностях, родах, племенах як надбання усього світу, розгляд його як природний етап у формуванні права будь-якої народності, становлення та перетворення в елемент правової системи;

отримали подальший розвиток:

− висновки щодо походження, розвитку мононорми, її прямого впливу на формування правового звичаю через історично-правовий розвиток держави і суспільства;

− класифікація сучасних правових звичаїв за різними критеріями, зокрема за прямими способами санкціонування, за сферою дії регулювання певних відносин, за характером дії, за галузевою належністю, за географічними проявами правового звичаю;

− положення про диференціацію та взаємозв'язок категорій „правовий звичай як форма права" і „правовий звичай як джерело права";

− сучасна характеристика правового звичаю індуського, ізраїльського права, мусульманської правової сім'ї, країн Африки та Мадагаскару.

Практичне значення одержаних результатів зумовлене можливістю та доцільністю їх дослідження у науково-дослідній діяльності під час подальших розробок проблем еволюції права, у процесі проведення правової реформи, у тому числі стосовно національного законодавства. Робота може бути корисною для законотворців, а також при викладанні таких навчальних дисциплін, як „Теорія держави і права", „Історія держави і права", „Історія політичних і правових учень".

Апробація результатів дисертації. Висновки і положення дисертації обговорювались на засіданнях відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Результати дослідження були представлені на п'яти науково-практичних конференціях, а саме: Всеукраїнській теоретичній і науково-практичній конференції з правознавства, політології та соціології „Трансформація політичної системи: соціальні перетворення та законодавчий процес" (м. Київ, 2007 р.); науково-практичній конференції Київського університету права НАН України (м. Косів Івано-Франківської області, 2008 р.); Міжнародній науково-практичній конференції „Четверті юридичні читання" (м. Київ, 2008 р.); Міжнародній науково-практичній конференції молодих вчених „Правове життя: сучасний стан та перспективи розвитку" (м. Луцьк, 2008 р.); Всеукраїнській науково-практичній конференції молодих вчених „Правова система України в світлі європейського вибору" (м. Київ, 13 червня 2008 р.).

Публікації. Основні положення та результати дисертаційної роботи опубліковано автором у 9 наукових працях, з яких: 4 статті – у наукових фахових виданнях та 5 − тези виступів на науково-практичних конференціях.

Структура дисертації. Дисертація складається зі вступу, двох розділів, які об'єднують десять підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації становить 214 сторінок, з них основного тексту − 180 сторінок. Список використаних джерел на 23 сторінках та містить 231 найменування.

ОСНОВНИЙ ЗМІСТ РОБОТИ

У **вступі** обґрунтовано актуальність дослідження розвитку та існування правового звичаю як форми права у сучасних правових системах, визначено мету, завдання, об'єкт і предмет дослідження, обґрунтовано методологічну основу, сформовано головні положення, що становлять новизну дисертаційного дослідження, визначено його наукове та практичне значення, вказано на апробацію та публікації результатів вивчення.

Перший розділ „Генезис правового звичаю у сучасній юридичній науці" складається з чотирьох підрозділів.

У *підрозділі 1.1. „Правовий звичай і архаїчне право (поняття та характеристика мононорм)"* автор дійшов висновку, що сутність звичаю проявляється через міфи, релігію, ритуали, які тісно пов'язані з нормами моралі. Первинна соціонорматика є певним правовим матеріалом, основою всієї правової культури. В. П. Алексєєв, А. І. Першиць термін „звичай" асоціюють з такою категорією, як „архаїчне право", чим підкреслюють його відмінність від сучасного права.

У дисертації приділено увагу архаїчному цивільному праву, зокрема «архаїчним формам договорів». Виділено такі особливості договорів: сторонами договорів є сім'ї, клани, племена; об'єктами є не лише рухоме, нерухоме майно, а й знаки уваги, обряди, військові послуги, жінки, діти, танці, ярмарки; змістом договорів є поставка та поставка у відповідь (поставки є обов'язковими і ухилення від них може призвести до війни).

Дисертантом виділено основні ознаки архаїчного права: усна форма (до того ж, із застереженням), ментальний характер (покаранню підлягали також рослини і тварини), особливий характер розгляду процесуальних спорів (ордалії – суд Божий, поєдинок), характерні для первісного суспільства інститути кровної помсти, інститути посередництва, консервативний характер (порушення норм поведінки, що передавались з покоління в покоління, карались найтяжче).

Відомі вчені припускають, що кримінальне та процесуальне право могло виникнути внаслідок військових дій та примирення після них (Ж. Даві, М. Мосс).

Акцентуючи увагу на архаїчному праві, дисертант звертає особливу увагу на питання мононорматики, що ввійшло у науку не так давно. Мононорматика відображає високий ступінь єдності нормативної системи давнього суспільства, вона не поділяє соціальні регулятори на норми права, звичаї, мораль, етикет, ритуали або міфи, вона відображає мононорми в усній формі, формі приказок. Згідно з науковою концепцією мононорматика переростає в звичаєве право в епоху, коли виникає політична влада, що його санкціонує (Г. В. Мальцев).

Наводиться думка про суспільство з традиційною системою, у якому до правового звичаю не ставляться як до права, відрізняючи його від релігії або моралі. Пізніше з появою приватної власності та інших факторів звичай набуває правового характеру. Найпоширенішою є думка про те, що правовий

звичай з'явився лише з появою держави (А. Б. Венгеров, І. Ю. Семенов, Н. М. Оніщенко, Г. Мен).

На підставі аналізу етапів розвитку правового звичаю від мононорми, наведено власну періодизацію генези звичаєвого права: 1) поява мононорми, що не розрізняє ні мораль, ні релігію. Мононорми регулювали відносини племен, родів на побутовому рівні, тобто на тому рівні, на якому первісне суспільство підтримувало своє життя; 2) відчуття людиною себе як індивіда та розрізнення норми-моралі та норми-звичаю. У цей час постає питання про поділ власності на особисту та власність племені. Ієрархічні відносини стають жорсткішими, точиться боротьба за право посісти місце вождя, глави роду тощо; 3) створення саме правового звичаю (внаслідок розширення суспільства, появи грошово-обмінних відносин, відмежування норм моралі від звичаїв, які регулюють повсякденні відносини (соціальні, побутові), порушення звичаїв та появи санкцій, виникнення глобальної організації суспільства – держави, створення писемності, закріплення державою звичаїв у письмовому вигляді, що і зумовило їх юридичний, правовий характер). Наступні етапи сприяли появі права, зокрема закону, правового прецеденту тощо.

Автор дійшов висновку, що архаїчне право, мононорматика та генезис правового звичаю посідають дуже важливе місце у розвитку сучасних правових систем.

У *підрозділі 1.2. „Поняття, сутність, юридична природа правового звичаю та видова класифікація"* встановлено, що звичай не проголошується і не запроваджується, він розповсюджується з плином часу. З приводу поняття правового звичаю та звичаю, зокрема, наводяться точки зору таких правників XIX – XX століть, як О. А. Титарчук, С. А. Комаров, О. Ф. Скакун, Є. Н. Трубецькой, М. М. Коркунов, Г. Ф. Шершеневич, В. І. Ніжечек, Н. М. Оніщенко, І. Б. Усенко та інших.

Категорія «звичай» (англ. – custom) у правових дослідженнях найчастіше розглядається як правило поведінки людей, що склалося у процесі їхнього співжиття, увійшло в звичку, побут і свідомість певної групи чи всього суспільства. Визначити момент, коли він уперше набуває повної чинності, вдається, як правило, лише дуже приблизно. Хоча в загальному плані можна описати категорію осіб, серед яких той чи інший звичай поступово стає нормою поведінки, проте визначених авторів він не має: не існує людини чи органу, які можна було б похвалити чи засудити за створення конкретного звичаю.

Автором підтримується думка про те, що звичай лише тоді стає правовим та сприймається державою, коли не суперечить прийнятим законам. Схематично наведено, що звичай, який не відповідає законам, вважається правопорушенням.

У попередньому підрозділі згадана теза про появу правового звичаю з появою держави (А. Н. Філіппов, А. М. Ладиженський, Г. І. Муромцев та інші), тому дисертант вважав за необхідне виділити основні шляхи, способи санкціонування правового звичаю та суб'єктів санкціонування (держава,

державні органи влади, сторони договору, недержавні організації). У роботі наводяться способи санкціонування: законодавче (посилання закону, Конституції на правовий звичай як форму права, що може бути застосована у правових питаннях; особисте застосування, коли законодавча норма містить пряме посилання на використання закону у конкретному випадку; правозастосовче санкціонування (судове, правозастосовче санкціонування органів виконавчої влади, договірне, „мовчазне", визнання державою міжнародного звичаю). У зв'язку з цим необхідно виділити п'ять основних суб'єктів санкціонування правових звичаїв: держава як основний суб'єкт санкціонування; органи державної влади: законодавчі, виконавчі та судові; сторони договору; недержавні організації; держави як суб'єкти міжнародного права.

Досліджуючи ознаки та поняття правового звичаю, дисертант виводить власне визначення правового звичаю. Отже, правовий звичай – це соціальна норма, що була визнана суспільством авторитетним її сприйняттям як корисна, необхідна, покликана вирішувати різноманітні розбіжності у житті, побуті, шляхом одноманітного її застосування протягом тривалого часу без змін та закріплена законодавцем на державному рівні; як норма права для захисту інтересів певного суспільства, гарантування виконання прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції.

Детальна характеристика правового звичаю логічно приводить до його видової класифікації. Розглянуто і проаналізовано різнобічний правовий матеріал та наведено широку класифікацію правового звичаю. Зокрема, за значимістю, за історичними періодами, за прямим та опосередкованим способом державного санкціонування, за сферою дії регулювання відносин, за характером дії та за галузевою належністю.

Розглянувши поняття, сутність і юридичну природу правового звичаю і видову класифікацію, дисертант зміг встановити загальні шляхи розвитку й існування правового звичаю.

У *підрозділі 1.3. „Теоретичні аспекти розмежування понять правовий звичай як джерело права і як форма права"* з'ясовано, що правовий звичай може вважатися як формою права, так і джерелом права. Виникнення проблематики джерела права або форми права пов'язане з самим поняттям право. Останні наукові розробки відомих вчених також підтверджують наявність різних поглядів: одна категорія науковців вважає джерело права та форму права протилежними і неспівіснуючими категоріями, інша – тотожними поняттями (Н. Г. Александров, М. Н. Марченко, Н. М. Оніщенко, Н. М. Пархоменко та інші).

Співвідношення форми та джерела права має місце тоді, коли йдеться про вторинні, формально-юридичні джерела права. Останні нерідко називають просто формальними джерелами права. Тим самим підкреслюється, між іншим, ідентичність форми і джерела права, де форма вказує на те, яким чином організований та виражений зовні юридичний (нормативний) зміст, а джерело – на те, які юридичні й інші витоки, фактори,

передбачають форму права та її зміст. В усіх інших випадках ототожнення неможливе.

У *підрозділі 1.4. „Роль і місце правового звичаю у системі форм сучасного права (загальна характеристика)”* дисертантом досліджувались та з’ясовувались факти щодо взаємозв’язку правового звичаю із законом, правовим прецедентом, договорами, міжнародними нормами права, узвичаєннями й іншими формами права.

Відомо, що для континентальної системи характерною є пріоритетна роль законодавства, для англосаксонської – судового прецеденту. Але у процесі еволюції та взаємного впливу в системі континентального права поглиблюється тенденція до посилення нормативного значення судової практики. Водночас у цивільному обороті велике значення має торговельний звичай. Значну роль також відіграє здійснення правосуддя: тлумачення законів є обов’язковим елементом цивільного права Франції. У країнах загального права, з іншого боку, зросла роль закону, а отже, змінилось його співвідношення з прецедентом та законом. Звичай у Великій Британії вважається джерелом, підкореним закону і прецеденту, адже від прецеденту залежить обов’язковість звичаїв: система прецедентів санкціонує систему звичаїв. Водночас суд не може формально скасувати звичай, хоча може визнати його „нерозумність”. Прецедент, за твердженням Руперта Кроса, підкорюється закону. Але таке підкорення не явне: створена прецедентом норма може бути скасована законом, однак в результаті анулюється не весь прецедент, а лише його частина, що називається ratio desident – формула рішення. Частина прецеденту, що називається частиною доводів (obiter dicta), залишається в силі, і суди можуть скористатись тим, що було сказано dicta (у супроводі). Крім того, рішення вищого суду (отримавши згоду парламенту) може суттєво змінити закон шляхом тлумачення, і, як наслідок, норма закону існує у зміненому стані; таким чином, створюється „прецедент тлумачення закону”. Роль закону в системі загального права поширюється.

Загальновизнані принципи та норми міжнародного права – це стійкі міжнародно-правові терміни, що набули достатнього поширення як у міжнародних, так і у внутрішньодержавних актах. Основними формами виразу цих принципів і норм є дві: договірна і звичаєва, що відповідають ролі міжнародного права та звичаю як основних джерел сучасного міжнародного права. Якщо керуватись концепцією рівної обов’язковості норм договорів та звичаїв, то у разі колізії з законом загальновизнані принципи і норми міжнародного права наділені тією ж силою, що й міжнародні договори.

Відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, звичай визначається як „доказ загальної практики, визнаної як правова норма”.

Не слід змішувати не лише поняття „звичай” та „правовий звичай”, а й „звичай” та „узвичаєння”. Звичай, хай навіть неправовий, отримує визнання та захист певного суспільства, розглядається ним як обов’язкове правило поведінки. Узвичаєння взагалі не є обов’язковими, вони дотримуються у силу звички або інших факторів, не пов’язаних з визнанням їх обов’язковості.

Оглядово у роботі розглядається питання прояву правового звичаю у релігійній країні Ватикан. Аналіз та проведені дослідження свідчать, що правовий звичай тут набуває релігійного відтінку, якщо говорити про канони церкви. Якщо ж розглядати питання державної діяльності Ватикану, то основним джерелом тут залишається релігійний закон.

Дисертантом зроблено висновок про те, що ступінь життєдайності закону значною мірою залежить від того, як він враховує звичаї суспільства. Але водночас звичай приживається, коли він не суперечить прецедентам і законам.

Другий розділ „Прояв та значення правового звичаю у правових системах сучасності” складається з п’яти підрозділів.

У *підрозділі 2.1. „Вплив правового звичаю на мусульманське (ісламське) право”* встановлено, що ісламське право – це божественне право за своїми джерелами і нормами у свідомості мусульман. Воно розповсюджується на країни, які належать до мусульманського типу суспільства, переважно розташовані на Близькому та Середньому Сході, у Північній Африці, а також Південній Азії (Пакистан).

Теорія мусульманського права визнає, що божественне одкровення потребує тлумачення (через плин часу та зміну поглядів суспільства), чим і займаються вже досить довго юристи країн ісламу. Основною формою права виступає Коран. Існує ряд божественних збірок, таких, як Суна – збірник адатів, тобто традицій, що стосуються дій та виразів Магомета, відтворених цілою низкою посередників. Першочергово і іджма розглядалась як спільна згода мусульманської общини. Звідси звичай, який отримав одноголосну думку знавця ісламу, ставав нормою права – іджмою. Дисертант з’ясував, що люди, які живуть у межах такої системи, фактично не розмежовують їх. Водночас в окремих державах системи звичаєвого та релігійного права зазнали глибокої трансформації під впливом колоніальних законів, а пізніше – і законів національних держав.

Незважаючи на глибоке коріння ісламу, у селах продовжують використовувати доісламські звичаї (Л. Р. Сюкіяйнен).

Серед регуляторів соціальних відносин важливе місце посідають освячені ісламом, вкорінені звичаї та традиції. Звичай – це адат, який поділяють на автентичний, стійкий та слабкий. І лише автентичний звичай може бути нормою права. Такі звичаї компільовані у своєрідних збірниках настанов для мусульман на всі випадки життя.

Релігійні приписи є системоутворюючим фактором, надають ісламського характеру навіть таким правилам поведінки (юридичним нормам та звичаям), які за своїм походженням і характером не мають прямого відношення до ісламу. Тому автором зроблено висновок про те, що система мусульманського права включає норми звичаїв, які відповідають їй, доповнюють її, принаймні не суперечать і в силу цього визнаються освяченими ісламом.

Дослідження ісламського права дають можливість констатувати той факт, що звичаї мусульман широко підтримуються на державному рівні,

формуючи особливу модель правової системи – правової системи мусульманського права. Ісламське право повною мірою відображає релігійні настанови Аллаха.

У *підрозділі 2.2. „Особливості застосування звичаю у країнах з індуським та іудейським правом”* розкривається значення правового звичаю у сучасних країнах – Індії та Ізраїлі. Автором відслідковуються історичні фактори формування індуського та іудейського права з часів Дхармашастр, Вед і Тори до початку XXI століття.

Індія є яскравим прикладом збереження самобутності та дотримання правових звичаїв, які закріплені на державному рівні, у побуті. Індуїзм характеризується низкою особливостей: ця релігія не має організованої церкви, її релігійні догмати та норми не уніфіковані, що призводить до віротерпимості не тільки до неортодоксальних релігійних течій, народжених в лоні індуїзму, а й до інших релігій. Віротерпимість, що поєднується з жорсткими правилами соціальної, станово-кастової організації, ґрунтується на релігійній концепції, за якою будь-яка релігія − це продукт пізнання людиною на різних рівнях її розвитку однієї і тієї ж істини, що стосується однієї і тієї ж реальності. Держава веде політику відсутності заборони різноманітним релігійним групам використовувати свої звичаї, котрі не мають у своїй суті насильницьких дій. Дисертантом відстежено питання шлюбно-сімейної сфери, права власності, спадкування від усного їх закріплення до внесення у законодавчі акти Індії. Автор з’ясував, що зміст права індусів протягом XX століття зазнав докорінних змін, спрямованих на скасування кастової і статевої нерівності, відміни найбільш архаїчних ознак шлюбно-сімейних відносин. Серед джерел індуського права слід виділити насамперед дхармашастри та дхармасутри – релігійно-етичні та правові трактати, які були написані брахманами і протягом тривалого часу фіксували та доповнювали найпоширеніші та загальновідомі норми звичаєвого права. Певний вплив на зміст означених коментарів мали державні установи.

Іудейська правова система, вбираючи в себе ознаки романо-германської, англосаксонської правових систем, іудейського, мусульманського і канонічного права, визнає основними джерелами права закон та принципи права. Слід зазначити, що, попри тисячолітні контакти з іншими правовими системами, іудейське право залишається глибоко специфічним і зберігає низку унікальних рис та інститутів: 1) досить тривалий і суперечливий у порівнянні з іншими релігійними правовими системами період становлення і розвитку; 2) імперативний характер іудейського права, перевага у його системі прямих заборон, вимог, різного роду обмежень та обов’язків над правами і свободами суб’єктів права; 3) багатофункціональний характер іудейського права, який проявляється у тому, що воно виконує стандартні функції (регулюючу, охоронну), а також специфічні тільки для іудейського права функції (формування та консолідація іудейської громади, вплив на різні сфери суспільного життя, його доктринальний характер, що впливає на правову культуру Ізраїлю); 4) обмежений характер прямого регулятивного впливу іудейського права на

ізраїльське суспільство і поширення його на євреїв, які проживають на території інших країн (його персональний, національний і соціальний характер).

Значення правового звичаю зберігається у стосунках шлюбно-сімейної сфери, спадкування. Тора і Талмуд підтримують звичаєві основи іудейського суспільства.

У *підрозділі 2.3. „Відображення засад звичаю у країнах традиційної правової системи (далекосхідна правова сім'я, а також країни Африки та Мадагаскару)"* з'ясовано, що правовий звичай Африки докорінно відрізняється від правового звичаю у традиційному розумінні. Це пов'язано з тим, що народи Африки знаходились у колоніальній залежності, яка призвела до зміни норм африканського народу. Також у туземних племен не було письмових пам'яток. При вирішенні конфлікту головна увага приділяється примиренню сторін, а не визначенню того, хто правий. У африканському звичаєвому праві відсутній механізм примушування до виконання рішення, а той, на чию користь винесене рішення, з високою ймовірністю може відмовитись від його виконання. Відмінною особливістю звичаєво-правових систем є багатовічні общинні традиції колективізму, взаємодопомога та спільна праця, що значною мірою передбачили характер законодавства.

Саме з приходом європейських колонізаторів розпочинається розвиток права в Африці, оскільки традиції та община зупинили переростання звичаїв у розвинуту систему права, тому що колонізатори потребували ефективних механізмів регулювання економічних відносин. У тих сферах, у яких правовий звичай зберігся, він кардинально різниться від європейського, мусульманського права, зокрема, у сімейних та зобов'язальних відносинах, у спадкуванні, у власності на землю тощо. Частина збірників звичаєвого права набула офіційного значення, а частина з них так і залишилась збірником правових звичаїв, що не мають сили закону.

На африканському континенті сьогодні налічується близько сорока незалежних держав. Слід відмітити великі відмінності між народами Африки, різноманітність їх звичаїв. Адже навіть племена, розташовані поруч, здебільшого суттєво різняться. У межах однієї африканської держави можуть проживати народи зовсім різного етнічного та лінгвістичного походження. Прослідковано, що зараз в африканських країнах переважають ознаки правових систем англосаксонського та романо-германського права. Правовий звичай існує у писаній та усній формах. Народні традиції, у тому числі і правові, мають коріння у далекому минулому і є частиною національної культури. Тому держави повинні рахуватись з цим фактом.

Далекосхідна правова система сформувалась під впливом вчень конфуціанства, даосизму та легізму. Водночас наявність розвиненого законодавства не означає, що воно використовується у повсякденному житті громадян Китаю. На відміну від правових систем країн Заходу, що визнали головну роль держави у створенні норми права (шляхом законодавчої чи судової діяльності), у традиційних правових системах у формуванні норми права пріоритет належить самому суспільству. Сформовані за століття

погляди на право викликають ігнорування багатьох норм законодавства. Через те, що суди були корумпованими, бюрократизованими, некомпетентними, люди уникали звертатись до них.

Сторони конфлікту, як і раніше, звертаються не в суди, а до посередників, які для його вирішення застосовують традиційну техніку досягнення компромісу. Переважна більшість спорів вирішувалась за допомогою примирливих процедур за посередництва шанованих членів суспільства на підставі норм звичаєвого права, що формувалися століттями.

Очевидно, необхідне не одне десятиліття, щоб змінити правосвідомість більшості громадян. У Китаї, як і раніше, триває боротьба ідей конфуціанства, даосизму й легізму.

Зараз основним джерелом права в Японії є нормативно-правовий акт. Але зберегли своє значення „гирі" – норми соціальної регуляції, правові звичаї щодо усіх сфер життя. Японці не поділяють думки, що при вирішенні спорів повинна бути сторона, що виграла, та сторона, що програла, адже завжди є більш гнучке вирішення справи (примирення, компроміс). Навіть спори, що підлягають розгляду у суді, переважно завершуються примиренням.

Автор вважає, що основними ознаками, які притаманні далекосхідним правовим звичаям, є компромісне вирішення суперечностей, мирний шлях.

У *підрозділі 2.4. „Правовий звичай у країнах англосаксонської та романо-германської правових систем"* визначено, яким чином правовий звичай впливає на сучасні правовідносини англосаксонської та романо-германської правових систем.

Романо-германська правова сім'я охоплює майже усі країни континентальної Європи, за винятком Англії та Ірландії. Основною формою права вважається закон, а допоміжною – правовий звичай. Конституції та Закони романо-германських країн визнають дію правового звичаю. Правовими звичаями загального характеру вважаються ті, які вводяться в дію у тій чи іншій галузі права державою. Мається на увазі, що у звичайних законах і спеціальних нормативних актах є дозвіл законодавця у певних галузях права керуватись звичаями.

Система англосаксонського права приділяє важливу увагу судовому прецеденту як джерелу права. Суди у вирішенні справ керуються не законами (статутами, білями), а попередніми судовими рішеннями з аналогічних питань. Серед джерел права ця правова сім'я допускає і таке джерело права, як звичай. На даний момент роль звичаю другорядна. З урахуванням ролі прецеденту як основного джерела права, роль і значення звичаю визначаються у зв'язку з ним. Їх зв'язок був настільки тісним, що систему „загального права" дотепер перекладають як систему „звичаєвого права". Водночас у сучасній англосаксонській системі звичай лише тоді вважається джерелом права, коли він отримав санкцію судді, тобто був підтверджений суддею хоча б у одному його рішенні по конкретній справі.

Одна з відмінностей англосаксонської системи права полягає в тому, що ознаки, які повинен мати звичай, найчастіше вже закріплені у низці

судових прецедентів і статутів (бути розумним і не суперечити первинним джерелам права; бути всезагальним, щоб можна було стверджувати, що він широко відомий на практиці, тобто його наслідують усі; бути конкретно-визначеним).

У англосаксонській системі звичаєве право сьогодні проявляється в основному в казуальному праві. Також застосовуються переважно конституційні звичаї та звичаї торговельного обороту. Найвідомішими правовими звичаями є конституційно-правові звичаї Великої Британії, що діють вже багато століть.

З'ясовано, що правовий звичай, хоча й відіграє другорядну роль у правовому житті суспільства, однак застосовується при вирішенні питань різноманітних галузей права (торгівельне мореплавство, навігаційне право, купівля-продаж, конституційний процес тощо), особливе ж місце посідає у регулюванні міжнародних відносин. Тобто, правовий звичай має вплив не лише на країни, що встановили міжнародно-правові норми, а й на країни-учасниці міжнародно-правових договорів з міжнародно-правовими нормами.

У *підрозділі 2.5. „Правовий звичай сучасної України"* проаналізовано сучасну правову систему України та правовий звичай у ній. Правовий звичай України вважався основним джерелом права протягом багатьох століть. Прояв звичаю відображався у різноманітних обрядах, які передавались з покоління в покоління. Невиконання таких обрядів вважалося за порушення норм звичаєвого права.

Проаналізовано низку поглядів щодо типу правової системи сучасної України. Автор вважає, що сучасна українська правова система є романо-германською правовою системою. Обраний Україною стратегічний напрямок до євроінтеграції дає змогу прогнозувати приєднання її правової системи до сім'ї романо-германського права як повноправного члена після успішного завершення політико-правових реформ.

Правовому звичаю відведена невелика роль через впровадження в правову систему держави новітніх європейських норм і приписів, також через історико-культурні чинники, які проявляють свій вплив через територіальну пригнобленість та намагання знищити український народ як націю протягом тривалого часу. На сучасному етапі незаперечним є те, що державно-нормативне регулювання не охоплює всіх суспільних відносин і тому звичай зберігає деяке значення в окремих галузях приватного і публічного права та використовується у випадку прогалин у позитивному праві за умови „мовчазної згоди" влади; у випадку посилання закону на його існування та застосування; у випадку його запису у вигляді судового прецеденту, адміністративного рішення.

ВИСНОВКИ

У дисертації автором наведене теоретичне узагальнення положення правового звичаю на теренах правових систем сучасності.

1. У процесі аналізу виникнення та розвитку правового звичаю розглядаються етапи його еволюції від підкорення вождю до підкорення державі. Визначено, що мононорматика сприймалась як сукупне поняття, яке охоплювало усі норми (норми моралі, норми релігії, норми-звичаї) та не розмежовувалося. Встановлено, що ключовими факторами виникнення правового звичаю є розвиток суспільства, поява грошово-обмінних відносин, порушення усталених звичаїв, писемності, а також виникнення держави і відповідного закріплення звичаїв на державному рівні.

2. У дисертаційному дослідженні простежено шлях набуття звичаями правової форми. Через аналіз правових звичаїв у різних правових системах світу зроблено висновки про те, що звичай стає правовим різними шляхами: санкціонування суду, мовчазна згода, державне та законодавче закріплення. Щодо питання юридичної природи звичаю, то наводиться думка про його соціальний характер, про вплив права на правовий звичай, а також запропоновано характеристику правового звичаю. Глибокий аналіз правових звичаїв як форм права та їх систематизація розкривають розвиток категорії правового звичаю.

3. Поняття правового звичаю як форми права вирішується шляхом ототожнення форми та джерела права. Правовий звичай розглядається як норма права, а тому є вторинним джерелом або формально-юридичним джерелом права. Тобто прояв звичаю як форми (джерела) права має місце при дослідженні його витоків (юридичних та інших) та дослідженні змісту правового звичаю. Місце правового звичаю серед існуючих форм права показує, що він може бути названим сучасною формою права завдяки пристосуванню до суспільних відносин і їх правовому регулюванню.

4. Правовий звичай у мусульманській правовій системі посідає третє місце після норм світського права і норм мусульманського права. Лише правовий звичай автентичного характеру може мати силу в мусульманських державах. Яскравим прикладом мусульманського правового звичаю є Суни – збірники правових звичаїв. Тобто підтверджується авторське положення про значення правового звичаю у релігійних правових системах мусульманських країн як одного з найбільш дієвих джерел.

5. Індуське право, можливо, серед усіх правових систем є таким, що дотепер поширює свій вплив через правові звичаї. Доведено, що значною мірою через терпимість індійського права до різних релігійних течій, правовий звичай залишається однією з основних форм сучасної правової системи Індії (звичайно, після закону). Правовий звичай в Ізраїлі досить часто асоціюється з релігійними постулатами. Він має ознаки імперативності та застосовується переважно у шлюбно-сімейних відносинах, у договірних відносинах, при звільненні працівників з роботи тощо.

6. Перебування народів Африки в колоніальній залежності вплинуло на еволюцію правового звичаю: прадавні звичаї повністю трансформовано або ж залишено у первісному стані, чи їх заперечують як форму права або застосовують разом з законом. Традиційна правова система далекосхідних країн Китаю та Японії з давнини базувалася на встановленні жорстких

обмежень для соціуму. Тому правові звичаї Китаю та Японії є скоріше нормами табу, ніж регуляторами суспільних відносин. Саме у цих країнах можна стверджувати про концепцію виникнення правового звичаю на підґрунті поняття „табу”.

7. Правовий звичай романо-германської та англосаксонської правових систем заперечується як форма права або використовується у дуже вузькому колі відносин. Сучасний світ англосаксонського права визнає дію правового звичаю лише у випадку його застосування протягом сорока років. У романо-германській правовій системі законодавці відвели правовому звичаю допоміжну роль і закріпили у відносинах торгового мореплавства, навігаційному праві тощо.

8. Україна як представник романо-германської правової системи зберігає свою самобутність, відмінну від інших слов’янських країн. Правовий звичай сучасної України займає допоміжне, але необхідне місце у правовому житті держави. Він регулює питання цивільної, торговельної сфер. Деякі сучасні закони – це колишні правові звичаї, що інтегровані з плином часу. Правовий звичай не є джерелом права за Конституцією України, проте він зберігає своє значення як чинник правосвідомості, що сформувалась під впливом духовних та релігійних постулатів.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Статті у наукових фахових виданнях

1. Васянович О. А. Вплив основних постулатів ісламу на формування права мусульман / О. А. Васянович // Держава і право : зб. наук. праць. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2008. – № 39. – С. 93–98.

2. Васянович О. А. Відображення звичаїв індусів у сучасному праві Індії / О. А. Васянович // Держава і право : зб. наук. праць. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2008. – № 40. – С. 39–44.

3. Васянович О. А. Правовий звичай в правових системах країн Африки та Мадагаскару / О. А. Васянович // Часопис Київського університету права. – 2008. – № 2. – С. 38–42.

4. Васянович О. А. Теоретичні аспекти класифікації правових звичаїв / О. А. Васянович // Держава і право : зб. наук. праць. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2008. – № 41. – С. 69–74.

Тези доповідей на конференціях, що додатково відображають результати дослідження

1. Васянович О. А. Канонічне право: історія та сучасність / О.А. Васянович // Трансформація політичної системи: соціальні перетворення та законодавчий процес: Всеукраїнська теоретична й науково-практична конференція з правознавства, політології та соціології (22 травня 2007 року). – К. : Віче, 2007. – Т. IV (Спецвипуск). – С. 41-42.

2. Васянович О. А. Правовий звичай: поняття, ознаки та відображення у сучасному українському законодавстві / О.А. Васянович // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: Збірник матеріалів IX міжнародної наукової конференції (27.01 – 31.01.2008 р., м.Косів Івано-Франківської області).− К.: Вид-во КУП, 2008. – Вип. 9. – С. 110-112.

3. Васянович О. А. Правовий звичай та інші джерела права у сучасному праві Ізраїлю / О.А. Васянович // Четверті юридичні читання: Матеріали Міжнародної наукової конференції (Київ, 3 – 4 квітня 2008 р.). – К.: Вид-во НПУ імені М.П. Драгоманова, 2008. – С. 108-110.

4. Васянович О. А. Права людини на об'єднання у політичні партії в мусульманських країнах / О.А. Васянович // Правове життя: сучасний стан та перспективи розвитку: Збірник тез і наукових доповідей IV Міжнародної науково-практичної конференції молодих вчених (14-15 березня 2008 р.). – Луцьк: Вид-во ВНУ імені Л.Українки, 2008. – С. 13-14.

5. Васянович О. А. Природа мононорми як основи правового звичаю / О.А. Васянович // Правова система України в світлі європейського вибору: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції молодих вчених (Київ, 13 червня 2008 р.). – К.: Юридична думка, 2008. – С. 36-39.

АНОТАЦІЇ

Васянович О. А. Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах. – Рукопис.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. – Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова. – Київ, 2010.

У дисертації здійснено комплексне дослідження сучасного правового звичаю в правових системах світу. Робота присвячена науковому аналізу такої форми права, як правовий звичай. З цією метою досліджено правовий звичай у архаїчному суспільстві, розкрито значення правового звичаю серед різноманіття форм права, визначено ознаки переходу звичаю у правовий звичай.

Висвітлено стан основних систем сучасності та правового звичаю серед них. Розкрито місце правового звичаю у правових системах індуського, іудейського, мусульманського права, традиційної правової системи, романо-германської та англосаксонської правових систем. Відстежено практичні напрями використання правового звичаю у сучасному законодавстві конкретних правових систем.

Окремо проаналізовано правову систему України та роль правового звичаю у ній.

Ключові слова: правовий звичай, звичай, мононорма, форма права, правові системи світу.

Васянович О. А. Правовой обычай как форма права в современных правовых системах. – Рукопись.

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.01 – теория и история государства и права; история политических и правовых учений. – Национальный педагогический университет имени М.П. Драгоманова. – Киев, 2010.

В работе проведено комплексное исследование правового обычая в современных правовых системах Индии, мусульманских стран, Израиля, странах Африки, Японии, Китая, романо-германской, англосаксонской правовых системах, а также на Украине.

Генезис правового обычая начинается у истоков общества. Поэтому архаическое право есть первоосновой возникновения правового обычая. В работе упоминается об основе возникновения правового обычая – мононорме. Автором формулируется собственная поэтапная характеристика возникновения правового обычая. Рассматриваются позиции юристов по поводу понятия, признаков обычая, правового обычая, выводится собственная дефиниция правового обычая. Формулируются основные способы перехода обычая из неправового в правовой (законодательный и судебный).

Проводится классификация всевозможных обычаев современного правового общества: за прямыми способами санкционирования, по сфере действия регулирования определенных отношений, по характеру действия, по отраслевой принадлежности, по географическим проявлениям правового обычая.

Особое место занимает обычай в современных формах права – закон, правовой прецедент, договор, принципы. Рассматривается точка зрения по поводу слияния и разъединения понятия правового обычая как формы права и правового обычая как источника права.

Также анализируется современный обычай религиозной страны – Ватикан.

Кроме этого, отмечается значение правового обычая в таких системах современности, как романо-германская, англосаксонская, традиционная, страны Африки и Мадагаскара, религиозные правовые системы (мусульманское, индусское, иудейское). Отдельно рассматривается правовой обычай современной Украины.

Отмечено, что правовой обычай индусской правовой системы сохраняет свои исторические признаки и до сих пор используется не только в бытовых правоотношениях деревенского населения, но и охраняется на государственном уровне Конституцией.

Проведено анализ иудейского современного общества, которое строит свои взаимоотношениях на древних памятниках культуры – Торе, Талмуде. Правовой обычай сохраняется тут на уровне семейных ценностей и имущественных правоотношений.

В результате исследования мусульманской правовой системы автор пришел к выводу о ее религиозном характере и переплетении с правовым обычаем – иджмой.

Анализ романо-германской и англосаксонской правовых систем показал, что правовой обычай имеет место в современном правовом обществе.

Исследования украинского правового обычая заключаются в определении вида правовой системы Украины (романо-германская правовая система), а также определении места правового обычая в современных формах украинского права.

Ключевые слова: правовой обычай, обычай, мононорма, форма права, правовые системы мира.

Vasianovych O.A. Legal practice as a legal form in modern legal systems. – Manuscript.

Thesis for admitting of academic degree of Candidate of Jurisprudence according to the specialty 12.00.01 – Theory and History of State and Law; History of Political and Legal Studies. – National Pedagogical Dragomanov University. – Kyiv, 2010.

In the thesis there was made complex research of modern legal practice in world legal systems. The research deals with science analyze of such a legal form as legal practice. For this purpose there was made research of legal practice of archaic community, there was exposed the importance of legal practice among variety of legal forms, there was defined signs of conversion from custom into legal practice.

There was covered the condition of main today's systems and legal practice among them. There was evaluated the role of legal practice in legal systems of Indian, Judaic, Muslim justice, of traditional legal system, of Romance-German and Anglo-Saxon legal systems. There were traced back the practical tendencies for applying of legal practice in modern justice in respective legal systems.

Separately there was analyzed the legal system of Ukraine and its role of legal practice within it.

Key words: legal practice, custom, mono-norm, legal form, world legal systems.