

**НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ім. В. М. Корецького**

На правах рукопису

ВАСЯНОВИЧ Ольга Анатоліївна

УДК 340.1

**ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ФОРМА ПРАВА
У СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ**

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

Дисертація
на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

**Науковий керівник –
ОНИЩЕНКО Наталія Миколаївна,**
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент АПрН України,
заслужений юрист України

Київ – 2010

ЗМІСТ

ВСТУП	3
....	
РОЗДІЛ 1. ГЕНЕЗИС ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ У СУЧАСНІЙ ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ	
1.1. Правовий звичай і архаїчне право (поняття та характеристика мононом)	10
....	
1.2. Поняття, сутність, юридична природа правового звичаю та видова класифікація	35
....	
1.3. Теоретичні аспекти розмежування понять правовий звичай як джерело права і як форма права	63
1.4. Роль і місце правового звичаю у системі форм сучасного права (загальна характеристика).....	74
.....	
Висновки до розділу 1	89
РОЗДІЛ 2. ПРОЯВ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СУЧАСНОСТІ	
2.1. Вплив правового звичаю на мусульманське (ісламське) право	91
2.2. Особливості застосування звичаю у країнах з індуським та іудейським правом	11
	1
2.3. Відображення засад звичаю у країнах традиційної правової системи (далекосхідна правова сім'я, а також країни Африки та Мадагаскару)	13
	1
2.4. Правовий звичай у країнах англосаксонської та романо-германської правових систем.....	15
	1
2.5. Правовий звичай сучасної України	16
	9
Висновки до розділу 2	18
	2
ВИСНОВКИ	18
	5
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	19
	1

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Пізнання суті й ролі правового звичаю в сучасних правових системах потребує глибокого розуміння усіх явищ та процесів, які відбувалися у процесі розвитку держав як носіїв первинних ознак правових сімей, а також їх властивостей щодо людини зокрема та усього суспільства загалом.

Історія розвитку світової державності свідчить: коли настають кризові ситуації, то в існуючій правовій системі відбуваються якісні зміни, пов'язані зі зміною фундаментальних основ буття суспільства. Такі процеси передусім зумовлюються нівелюванням 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 переосмислення самої сутності поняття форм права та перегляд суті і значення кожного з них у системі діючих джерел права.

В умовах сучасних світових поглядів виникає об'єктивна необхідність нової оцінки тієї ролі, яку відіграє правовий звичай у правовій системі держави. Звичаєве право незмінно трансформується разом з розвитком будь-якого суспільства, тому правовий звичай є основою і умовою певного розвитку правових систем, одним з його якісних відображень.

Особливо це проявляється, коли суспільство розвивається та змінюється досить швидко і такий процес призводить до зміни парадигми законодавства, що є однією з умов кризових проявів у сучасних правових системах.

Дослідження правил поведінки, що засновані на звичаї та регулюють суспільні відносини багатьох народів світового співтовариства, створюють унікальну можливість простежити еволюцію звичаєво-правових систем зокрема та правових систем загалом.

З урахуванням сучасних тенденцій розвитку вбачається, що великий інтерес до правового звичаю, який поглиблюється протягом останнього десятиліття, не є випадковим. Він відображає правосвідомість сучасного суспільства, у якому право поступово починає втрачати свою єдність з людиною, органічну спорідненість у зв'язку зі зростанням ступеня абстрактності юридичних норм. Приблизно 10–15 років тому правовий звичай розглядали як анахронічне явище. Особливо така тенденція простежувалась у країнах романо-германської та англосаксонської правових систем, у тому числі в Україні як країні, що належить до романо-германської правової системи. Існування правового звичаю у кращому разі пов'язували зі стародавніми системами права та суспільства або розглядали лише як «норми моралі», «звичаї» або «мононорми». Не звертали належної уваги на характер формування суспільства східного та африканського типів, у яких не було понять, адекватних для західного права, а основні правові категорії вирізняються й сьогодні багатозначністю та багатовимірністю.

Результати таких досліджень мають велике практичне значення для правової науки. Враховуючи, що відродження звичаєвого права у світовому правовому просторі відіграє відповідну роль у проведенні правових зрушень, слід зазначити, що це надає можливість і вченим, і законодавчим органам визначити найбільш оптимальні шляхи для розвитку національного права.

Специфіка досліджуваної проблематики зумовлена тим, що правовий звичай і звичаєве право є об'єктом дослідження багатьох наук. Незважаючи на те, що правовий звичай є передусім правовим явищем, він становить певну зацікавленість для антропологів, істориків, соціологів, культурологів та інших науковців.

Науково-теоретичні дослідження правового звичаю як джерела права у сучасних правових системах у вітчизняній юридичній науці складають основу сучасної теоретичної думки. В цьому напрямі українськими вченими-юристами написані численні праці (В. Д. Бабкін, С. Д. Гелей, О. В. Зайчук, І. В. Ковалевські, 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 ХІХ – початку ХХІ століття трансформувалась від приватних досліджень до рівня національної проблематики, що супроводжувалась введенням 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. Мейер, 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. Трубецької, К. Цвайгерт, А. Е. Черноков, Г. Ф. Шершеневич та багато інших.

Новий етап наукового інтересу до правового звичаю припадає на другу половину ХХ століття. Більшість дослідників розглядають звичай у контексті національної правової системи. Однак у концептуальній площині теорія правового звичаю та звичаєвого права у науковій думці досі не сформована. Вона знаходиться лише у процесі вивчення і, без сумніву, потребує надалі теоретичного та практичного пізнання.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження здійснено відповідно до плану наукових досліджень Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України і є складовою частиною наукових тем відділу теорії держави і права «Теоретичні проблеми реалізації принципу верховенства права в Україні» (державний реєстраційний номер теми РК0106U008729).

Мета та завдання дослідження. Метою дисертаційного дослідження є глибокий аналіз правового звичаю, відображення у сучасних правових системах, визначення місця серед джерел права у правових системах та історична роль звичаю у кожній правовій сім'ї.

Реалізація поставленої мети може бути досягнута шляхом вирішення таких завдань:

- визначення питань виникнення правового звичаю у 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 розкриття його ознак;
- розкриття видової класифікації правового звичаю у різних галузях права, у різних правових системах та на різних етапах розвитку;
- встановлення чітких уявлень про поняття звичаю як форми права та звичаю як джерела права;
- визначення місця правового звичаю в системі форм права, впливу його на формування сучасної норми права, а також розкриття місця правового звичаю у країні канонічного права – Ватикані;
- розкриття місця звичаю у мусульманській правовій системі;
- прояв правового звичаю у сучасних країнах індуського та іудейського права;
- відображення засад правового звичаю у країнах традиційної правової системи;
- доведення існування правового звичаю у англосаксонській та романо-германській сучасних правових системах;
- визначення місця правового звичаю в Україні та виду правової системи України.

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

Предметом дослідження є 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

та підходів, що забезпечили об'єктивний аналіз досліджуваного предмета. З урахуванням специфіки теми, мети і завдань дослідження застосовувались такі методи, як:

– діалектико-матеріалістичний метод пізнання (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 метод пізнання (використовувався для дослідження місця правового звичаю серед форм права– підрозділи 1.4, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5);

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

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

– формально-юридичний метод (використовувався при формулюванні правового звичаю як форми права та правового звичаю як джерела 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 у сучасних правових системах та має велике теоретичне і практичне значення у правовому розвитку:

вперше:

– запропоновано авторську дефініцію правового звичаю як форми права;
– складено власну систему поетапного розвитку правового звичаю від архаїчного суспільства до виникнення правового звичаю;

набули подальшого розвитку:

– 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;

удосконалено:

– характеристику найважливіших ознак правового звичаю, які було розкрито через аналітичні дослідження наукової думки XIX – початку XXI століть;

– дослідження щодо місця правового звичаю у правовій системі сучасної України і 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 держави і права, а також питання належності України до правових систем сучасності;

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

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 та 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 на: Всеукраїнській теоретичній і науково-практичній конференції з правознавства, політології та соціології «Трансформація політичної системи: соціальні перетворення та законодавчий процес» (м. Київ, 22 травня 2007 р., тези опубліковані), Науково-практичній конференції Київського університету права НАН України (м. Косово, січень 2008 р., тези опубліковані), Міжнародній науково-практичній конференції «Четверті юридичні читання» (м. Київ, 3–4 квітня 2008 р., тези опубліковані), Міжнародній науково-практичній конференції молодих вчених «Правове життя: сучасний стан та перспективи розвитку» (м. Луцьк, 14–15 березня 2008 р., тези опубліковані), Всеукраїнській науково-практичній конференції молодих вчених «Правова система України в світлі європейського вибору» (м. Київ, 13 червня 2008 р., тези опубліковані).

Публікації. За темою дисертації та відповідно до її змісту опубліковано чотири статті в журналах, що входять до переліку наукових фахових видань, затвердженого ВАК України.

Структура дисертаційної роботи. Визначена метою та завданнями і складається зі вступу, двох розділів, які об'єднують десять глав, висновків та списку використаної літератури. Загальний обсяг дисертації становить 214 сторінок, з них основного тексту – 180 сторінок, список використаних джерел 23 сторінки (231 найменування).

РОЗДІЛ 1

ГЕНЕЗИС ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ У СУЧАСНІЙ ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ

1.1. Правовий звичай і архаїчне право (поняття та характеристика мононом)

Відомо, що з-поміж витоків права знаходиться і звичай. Його сутність проявляється через міфи, релігію, ритуали, які тісно пов'язані з нормами моралі. Це дає можливість зробити висновок про те, що 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» (деякі навіть не розрізняють їх), чим підкреслюють його відмінність від сучасного права [101, с. 375]. Тобто про феномен права доцільно говорити, починаючи з початку розвитку людства. Найбільш детально питання архаїчного права як стадію, яку більшість сучасних спільнот вже пройшли, розглядають юридична антропологія і етнологія. За визначенням французького дослідника Ж. Карбоньє, предметом вивчення його може бути «живе минуле, якщо таке право діє дотепер для певної етнічної групи на нашій планеті» [101, с. 377]. Лише шляхом пізнання та простеження за древнім правом можна краще зрозуміти виникнення самого права.

Для чіткого розуміння архаїчного права та звичаю у ньому необхідно визначити його характерні особливості (риси). Сучасна наука підкреслює існування архаїчного права у доіндустріальному суспільстві, до того ж в усній формі із застереженнями (архаїчність як ознака права спостерігається і у «Руській Правді», і у Законах Хаммурапі). Необхідною ознакою старого звичаю є особливий ментальний характер (містичний, дологічний). Прикладом слугує інститут покарання, в якому за протиправні дії карають не лише людей, а й тварин, рослини, каміння [99, с. 12].

Особливими були процесуальні форми розгляду спорів (поєдинок) та судового доказування (ордалії). Архаїчний судовий процес неможливо уявити

без доказів. У традиційному суспільстві доказами слугували не письмова документація, а ордалії, суд Божий. Суд Божий полягав у допиті вогнем, розплавленим залізом тощо. Відповідно невинною вважалась та особа, тіло якої залишалось не понівеченим після таких випробувань.

Цікавим є інститут присяги, який і сьогодні використовують у судовому засіданні. Тогочасна клятва закріплювалась божественною силою. Але основною метою судочинства, незважаючи на жорстокість випробувань та магічну силу клятв, вважалось примирення сторін. Тобто суддя намагався не призначити найбільш жорстоке покарання, а відновити стосунки сторін до виникнення спору. Також історії відомі інститут кровної помсти, інститут посередництва (залучення третьої сторони при вирішенні конфліктів).

Серед особливих ознак архаїчного права також можна виділити його консервативний характер, порівняно із сучасними системами. Табу слугує прикладом того, як порушення норм спільноти призводить до психогенної смерті особистості. Тобто порушення норм поведінки, які передавались з покоління в покоління, глибоко залягли у свідомості тогочасного суспільства.

Цікавими є інститути «око за око, зуб за зуб», санкції у вигляді вигнання з общини.

Науковці намагаються розгледіти корені галузей права у їх сучасному розумінні, визнаючи архаїчне право як самостійний феномен. Відомий вчений Аннерс вважає, що повноваження вождя віддавати накази у ситуації військових дій могли сформувати військово-кримінальне право. Також він припускає, що джерелами виникнення кримінального та цивільного права є право примирення, що виникло завдяки посередницькій діяльності ради старійшин, зібрання з питань укладення мирової угоди. З огляду на це Аннерс виключає вплив вождя на хід подій, хоча, згадуючи про накази у військовій справі, доцільним є врахування ролі вождя у цьому процесі [101, с. 385].

Ж. Даві та М. Мосс у науковій праці «Суспільство. Обмін і особа» 1996 року розглядали в архаїчних правових системах архаїчне цивільне право. Особливу увагу вони приділяли «архаїчним формам договорів». Мосс виділив

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). Тобто не прийняти подарунок не можна, прийнявши ж його, сторона повинна подарувати щось у відповідь [112, с. 88-92, 93].

До одного з важливих інститутів, що призвів до виникнення правового звичаю, можна віднести інститут мононорматики, який у сучасних умовах є досить популярним.

Для підтвердження звернемось до сучасних дослідників історії, юридичної антропології [158, с. 128; 180, с. 456]. Під цим кутом особливу увагу привертає одна з новацій сучасної науки про традиційне суспільство: природа мононорми, що заснована на історичному і широкому емпіричному матеріалі. Мононорма (від грецьк. *monos* – один і лат. *norma* – правило) – синкретизм правових та інших соціальних норм, тобто нероздільна єдність релігійних, моральних, правових та інших норм. 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.

Суть етнологічного підходу до звичаєвого права найбільш повно викладено в концепції А. І. Першиця. Він вважає, що в первісній общині перепліталися всі норми поведінки – правові, етнічні, етикетні. У зв'язку з тим, що політичної влади ще нема, мононорматику санкціонує сама община [48, с. 98-103]. Ця ідея була підтримана в теоретичному правознавстві А. І. Ковлером, С. С. Алексєєвим, А. Б. Венгеровим, у теоретичній етнології – Л. Є. Куббелем, В. А. Поповим, А. В. Черних.

У терміні «мононорматика» не ставиться акцент на жодному з видів норм поведінки, бо в первісному суспільстві не було чіткої грані між мораллю, звичаєм та етикетом. Так, поняття «справедливість», яке є одним із важливих у звичаєвому праві, можна розглядати і як моральне, і як морально-правове. Згідно з наведеною концепцією мононорматика переростає в звичаєве право в епоху, коли виникає політична влада, що його санкціонує.

Концепція первинної мононорми є доволі обґрунтованою і визнана сучасними юристами-науковцями. На думку Г. В. Мальцева, про мононорми необхідно говорити не лише в минулому часі, адже «звичай як форма права містить у собі соціальну норму або комплекс норм, що є одночасно моральними й релігійними, правовими й політичними тощо. У таких випадках у звичаї відображаються ознаки нормативного синкретизму...» [136, с. 135].

Водночас існують і протилежні погляди. Наприклад, Т. В. Кашніна вважає мононорму науковою вигадкою, що немає жодного теоретичного значення, бо історія не знає таких понять [128, с. 9]. Звичайно, історики набагато обізнаніші у походженні соціальних норм. Правильною є думка Г. В. Мальцева про суспільство з традиційною системою, у якому до правового звичаю не ставляться як до права, відрізняючи його від релігії або моралі. Тобто відсутні якісь чинники, що дають можливість соціуму відрізнити їх. Як правило, існує певний динамізм звичаю, що уможливив його перетворення на правовий. Це відбувається з поділом праці, індивідуалізацією власності та мінових відносин, які викликали конфлікт суспільних та приватних інтересів, що, у свою чергу, зумовило необхідність правової регламентації урегулювання конфліктів. У суспільствах з таким устроєм розбіжність звичаєвих та правових норм з нормами моралі і релігії досить відчутна. Таке явище дістало назву «подвоєння мононорм» (А. І. Першиць) [136, с. 125-132].

Питання про подвоєння мононорм й інституціоналізацію правових звичаїв може бути розглянуто лише диференційовано: з погляду різноманітних шляхів і традицій еволюції права, адже воно зароджувалось та еволюціонувало в нерозривному зв'язку з еволюцією механізмів юрисдикції [66, с. 214]. Така позиція є фундаментальною для сучасного еволюціонізму, що розглядає закон і право як результат поступового історичного розвитку. Відносини у традиційних суспільствах наділені характерними особливостями колективізму і багатоманітності та єдністю нормативного регулювання (мононорматика) на різних рівнях одночасно. На відміну від давніх часів, нині соціальні відносини мають чітко виражений особистісний характер на кожному рівні. Відрізняють такі шість рівнів регулювання, як: психологічно-біологічний, шлюбно-сімейний, корпоративно-груповий, міфолого-релігійний, правовий та

моральний [154, с. 60]. Набагато частіше члени суспільства пов'язані між собою якоюсь однією сферою відносин. З розвитком соціуму відбувається нормативізація права, виникають конкретні, спеціалізовані напрями у праві.

За Ю. І. Семеновим, звичаєве право з'являється уже в первісній общині, остаточно сформувавшись у період створення класів. На його думку, звичаєве право виникає не всередині общини, а при зовнішніх контактах общини [155, с. 5–33]. Спірною є проблема визначення рівня тієї влади, що необхідна для забезпечення звичаєвого права. Для дисертантки очевидним є існування ієрархії. Її існування закладене самою природою і хоча б тим, що людина, народжуючись, відчуває існування вищої сили, яку суспільство називає Богом.

Виникнення звичаєвого права дослідники пов'язують з утворенням держави на ґрунті певних правил поведінки, що склалися у первісному суспільстві. На думку А. Б. Венгерова, звичаї починають переростати в звичаєве право тільки тоді, коли їх починає захищати держава, державний апарат, у тому числі й суди [160, с. 9–15]. Така точка зору належить школі юридичного позитивізму.

Як стверджують етнологи, звичаєве право було завжди. Сукупність звичаїв, що діяли в общині й були забезпечені владою общини, і є звичаєвим правом. Етнологи сміливо говорять про звичаєве право вже у ранньопервісній общині [32, с. 106; 45]. На їх думку, звичай можна вважати правовим як завдяки санкції держави, так і як наслідок визнання його «своїм» етнічною спільнотою.

Притаманні первісній общині норми поведінки одні етнологи, наприклад, такі, як В. Р. Кабо, називають звичаєвим правом, інші, такі, як Ю. І. Семенов, – звичаєвим правом, що формується. Більшість дослідників – як етнологи, так і юристи – вважають, що звичаєве право виникло в період майнового розшарування суспільства. Соціальне і класове розшарування суспільства поклало початок нормативному плюралізму і розпаду мононорматики на право, мораль, норми повсякденного життя або норми народного (фольклорного) права тощо. Як зазначають Х. М. Думанов і Я. С. Смирнов, звичаєве право було в первісному суспільстві лише одним з аспектів мононорматики, а «в індустріальних суспільствах існують звичаї, але немає звичаєвого права» [32, с. 34; 46, с. 35].

Інша позиція з цього питання така – звичаєве право остаточно формується з розпадом первісного суспільства, а пізніше зберігається як право селянських общин [160, с. 40–42]. На думку дисертантки, як у природі, так і в суспільстві немає чітких меж, коли здійснюється миттєвий перехід, стрибок з одного якісного стану в інший. Якісні зміни в соціумі відбуваються поступово, тому передумови виникнення і функціонування звичаєвого права формуються довготривалою суспільною практикою, поєднаною з життєдіяльністю людей і

їх угруповань. Визначальним моментом у виникненні «звичаю» і «звичаєвого права» є існування відокремленої спільноти людей, яка регулює відносини зовні і всередині свого угруповання згідно з певними правилами та нормами. Не можна погодитись з твердженням, що в «індустріальних суспільствах існують звичаї, але немає звичаєвого права» [34, с. 266]. Передумовою виникнення звичаєвого права є соціальна неоднорідність людей, окресленість спільнот за світоглядними орієнтаціями, професійними або територіальними ознаками, етнічною належністю, позицією в соціальній (майновій, владній тощо) ієрархії спільноти. Історичними формами угруповань людей є рід, плем'я, народність, нація. Ці групи мають етнічний характер. У сучасному світі їх налічується більше чотирьох тисяч, і лівова частка їх проживає у багатонаціональних державах. Це суттєво актуалізує звичаєве право як засіб захисту інтересів етнічних спільнот і досягнення ними певних політичних та соціальних цілей. Багатоманітність етносуспільного буття завжди породжує необхідність існування звичаєвого права, тому що однією із соціальних закономірностей є етнічна диференціація, тобто процес виділення, відокремлення тієї чи іншої етнічної спільноти, що відображає її прагнення до утвердження національної незалежності, суверенітету, розвитку національної культури. Звичаєве право сприяє прогресу етносуспільного життя, веде до самореалізації потенціалу етносу, до його внутрішнього саморозвитку і духовного збагачення.

Яскраві приклади еволюції нормативних регуляторів ілюструють результати сучасних антропологічних досліджень, на які посилається відомий спеціаліст у юридичній антропології Норбер Р. [123, с. 158].

А відомий французький антрополог Е. Ле Руа, дослідивши сучасне традиційне суспільство країн Африки, поділив його на три типи: первісне суспільство, напівпервісне суспільство, напіврозвинуте суспільство; розробив типологію врегулювання конфліктів із застосуванням соціальних норм (враховуючи соціальний розвиток) і виокремив такі її положення:

– первісне суспільство – використовуються міфи як норми права, у способах врегулювання конфліктів віддається перевага помсті, посередництву, двостороннім переговорам;

– напівпервісне суспільство – до міфів додається звичай, а до шляхів вирішення конфліктів – арбітраж;

– напіврозвинуте суспільство – як джерело права, окрім міфу і звичаю, використовується закон, а як спосіб врегулювання конфлікту – суд [123, с. 162–164].

Якщо брати до уваги шлях розвитку української нормативістики, то звичай пройшов приблизно такий самий процес еволюції від мононорми до розгалуженого правового звичаю та сучасного правового закону. Загальним для всіх вважається прагнення присвоїти, заволодіти правом диктувати норми поведінки суспільству, врегульовувати спори у общині. Тому починають з'являтися представники (вожді), які є основою порядку у роді. Таким чином, відбувається еволюція мононорм, які викликають потребу у нових підходах до формування звичаю. Так виникає зовсім новий звичай, наділений санкцією вождів. Тобто виникнення правового звичаю, його відокремлення від попередньої соціокультури відбувалося шляхом вчинення владних дій у певні періоди часу, що дало змогу посилатися на них як на правовий звичай.

Протягом багатьох століть історики, філософи та соціологи займаються дослідженням звичаю як нормативного регулятора відносин давнього суспільства. Найбільш значного поширення набув аналіз звичаю та звичаєвого права в історично-етнографічному аспекті. Але, як влучно зазначив Д. Ж. Валесєв, «звичаєве право ще не було предметом спеціальних загальнотеоретичних досліджень» [19, с. 71]. Зокрема, узагальнене вивчення звичаїв у сфері права допоможе більш детально відтворити дійсну картину генезису правового звичаю.

Науковці дедалі частіше говорять про тісний зв'язок юриспруденції з цілим рядом інших гуманітарних дисциплін, передусім з соціальною антропологією і етнологією, а після появи книги відомого французького професора Норбера Рулана «Юридична антропологія» можна впевнено констатувати, що правові форми суспільного життя людей існують з давніх-давен.

Для вивчення звичаю (як своєрідної передумови виникнення правових звичаїв) «у повному його значенні та суті найкраще звернутись до найбільш ранніх періодів історії права» [209, с. 31]. На ранніх стадіях розвитку суспільства правових звичаїв ще не існує. Людина цього періоду ще не

відокремлює себе від природи. Крім того, природні явища нею гуманізуються. Давні люди ототожнювали всі речі у природі з образами людей.

Тому люди у відносинах один з одним і щодо природних явищ керувались одними й тими самими правилами. Ці стереотипи первісної поведінки виникають з самої дійсності. Поведінка людей породжується самою ситуацією і виступає як творчий акт. У кожній конкретній ситуації людина повинна орієнтуватися на свою винахідливість і вміння вибирати оптимальний варіант поведінки.

Таку точку зору поділяє і професор Г. Мен. Він вважає, що суспільство того часу не було схожим на сучасне. «Фактично і з погляду осіб, які входили до його складу, суспільство було агрегацією родів... Контраст можливо буде виражений точним способом, якщо ми скажемо, що одиницею первісного суспільства була сім'я, а новітнього – окремий індивід» [117, с. 99]. Тому нормативні регулятори, у тому числі право, виникають не просто з появою людини, а із зародженням соціальних зв'язків між людьми. Право загалом вписується у генезис соціальних норм, оскільки є їх різновидом і тому, як будь-яка інша соціальна норма, є результатом взаємодії об'єктивних і суб'єктивних факторів.

Зауважимо, що виникнення і розвиток звичаєвого права вписується у межі формування правового регулятора в цілому і пов'язується з різноманітними передумовами і умовами формування соціальних норм, тому єдиний підхід знайти досить важко. Наприклад, А. Б. Венгеров вважає, що існує три фази: фаза зародження – стосується тих суспільств, де відбувається становлення виробничих форм економіки або панує особистісне господарювання; фаза перетворення такого регулятора в систему правил і норм у суспільствах, де спостерігається існування виробничої економіки; фаза, пов'язана з письмовою кодифікацією права у ряді ранньодержавних утворень. Засновник юридичної антропології Г. Дж. Сомнер Мен пропонує також три стадії еволюції права: спочатку люди вважають, що право дане їм богами; потім право ототожнюють зі звичаєм; змішування права і закону [117, с. 102].

Для історично-конкретного вивчення становлення розвитку звичаєвого права велику допомогу могла б надати загальноприйнята періодизація розвитку суспільства, похідні від неї періодизації історичного розвитку держави і права. Проте ні марксистський формаційний, ні модний цивілізаційний підхід повною мірою не можуть задовольнити сучасних дослідників звичаєвого права. По-перше, вони не розкривають істотних розходжень у характері праворозуміння тієї чи іншої епохи, знання якого доволі важливе при вивченні права традиційних суспільств, його співвідношення з державою тощо. По-друге, створені на основі цих підходів періодизації не враховують факту виникнення на міждисциплінарному рівні нових галузей знання, зокрема нормативної етнографії і потестарно-політичної етнографії, що вивчають соціальні норми і політичні інститути влади в докласовому, передкласовому і ранньокласовому суспільстві [218, с. 210–240; 81, с. 25]. Їхні висновки надзвичайно важливі для юридичної науки. Нарешті, по-третє, ці періодизації не відображають специфіки країн Сходу й Африки, де протягом століть, аж до наших днів, зберігаються багато рис праворозуміння (а точніше, світосприйняття) передкласової та ранньокласової епохи.

Але переважно сучасні науковці виділяють етапи розвитку категорії «правовий звичай», бо за відсутності уявлень про вихідну будову норми права неможливо говорити про сучасну норму, а тим паче досліджувати її.

У праці Д. Ж. Валєєва «Звичаєве право та початкові етапи його розвитку» виділено чотири етапи, де звичаєве право є результатом поділу мононорм і появою особливої влади первісного суспільства [19, с. 72-86]. Таким чином, генезис звичаєвого права пов'язаний з генезисом звичаю як соціальної норми і проходить кілька етапів у своєму розвитку: формування соціальних відносин, пов'язаних із волею та свідомістю; формування звичної поведінки і встановлення звичаю як норми суспільних відносин; формування «правових ситуацій» і поява звичаєвого права; виникнення держави і формування правових звичаїв. Водночас, розглядаючи правовий звичай як правовий регулятор, можна відмітити лише дві останні стадії. Ці дві стадії дають підстави

говорити про звичаєве право як про сукупність протоправових звичаїв та звичаєве право як сукупність санкціонованих звичаїв, тобто у суто юридичному сенсі.

Характеризуючи розвиток звичаю як поступову трансформацію табунного інстинкту в колективну свідомість, про будь-яке правове регулювання ще говорити рано, але перед виникненням норми, виникають елементарні соціальні відносини. Сутність даного процесу полягає у відході біологічної, інстинктивної форми регуляції «людського табуна» до вищої – соціальної, пов'язаної з волею і свідомістю людей. Процес цей – свідчення переходу звичок у систему стійких загальнозначущих відносин. Наступне регулювання відбувається вже у нормативній формі, за допомогою соціальних імперативів – звичаїв, традицій, норм моралі [193, с. 7–8]. У цей період рід та плем'я виступають першими суб'єктами суспільних відносин. У таких спільнотах людей, що передували утворенню держави, чи то родова організація, чи то плем'я, були вже відомі свої уявлення про правду і справедливість, першочергово пов'язані з релігією. Щодо цього потрібно зазначити, що не будь-яка поведінка є нормою, а отже, «звичай» набуває характеру нормативності у процесі ускладнення суспільних відносин. У соціології, психології, а особливо в юриспруденції уявлення про норму суттєво різняться. Нормою вважають не існуюче, а те, що повинно бути насправді, тобто бажане для соціального середовища. Відмітимо факт визнання багатьма вченими супроводження перетворення простої звички на норму шляхом набуття, наприклад, звичаєм релігійного відтінку. На думку Г. Мена, ще до появи звичаю існувало таке поняття, як «Феміда» – вирок. «Феміда», за його висловлюванням, була тим божественним посередником, через якого царям навіювались судові вирoki. Також поняття про звичай виражене у Гомера словом «Феміда» в однині і ще частіше словом «Dike» – справедливість [19, с. 74]. Вирoki переважно були подібними один до одного, у зв'язку з тим, що нескладний механізм давнього суспільства породжував

одноманітні обставини. Тут Г. Мен убачає вже зародження звичаю. На його думку, це поняття має пізній характер у порівнянні з «Фемідою».

Цілком очевидно, зазначає Д. Ж. Валєєв, перехід від казуального, або ситуативного регулювання до регулювання нормативного здійснювався у той період розвитку первісного суспільства, коли виникли перші об'єднання людей у роди та племена. У Г. Мена ці організації суспільства характеризуються як корпорації, які ніколи не вмирають. На цьому етапі формування звичаю необхідна визначеність у життєвій поведінці у всіх її проявах, навіть стосовно божеств.

У монографії «Вступ до науки права» І. Колер пише, що на цьому етапі індивід не має самостійних думок і бажань – його дії і воля підкорені волі цілого. У ньому панує дух всезагальності [69, с. 4].

У таких умовах помилка цілої корпорації вважалась більшою, ніж помилка її окремих індивідів. Якщо шкідливе діяння вчиняв член корпорації, то покарання відбували усі її члени (члени роду) [117, с. 100].

У подальшому житті з'являються відносини спілкування як міра відповідальності людини за свої вчинки. Виникнення особистісних відносин одночасно супроводжується виникненням і формуванням звичаю, що виник у результаті багаторазового повторення найбільш поширених варіантів поведінки [19, с. 75]. Дуже вдало висловився з даного приводу М. М. Коркунов. Він зазначав, що в первісному суспільстві за простоти відносин люди поводяться зовсім однаково. Тому копіювання один одного і старших формує впевненість у собі. Розраховуючи на таку поведінку, кожен влаштовує свої справи. А отже, попереднє інстинктивне, несвідоме дотримання правил переходить у свідоме [123, с. 59]. Тобто процес утворення норм звичаїв відбувається свідомо і з вольової життєдіяльності. Норма являє собою певне правило, передбачає наявність мети, розуму і волі. Саме перехід до родового суспільства передбачає утворення *мононорм*, що свідчить про абсолютний перехід людини зі світу тварин. Хотілося б додати, що під мононормою тут розуміють не одну соціальну норму, бо навіть у найпростішому суспільстві

відносини бувають найрізноманітнішими. Необхідно говорити про їх тісний зв'язок і якщо норма виникає з повторюваних суспільних відносин, то вона має звичаєвий характер.

Як правильно вважає А. Н. Філіппов, звичаї живуть у народі і передаються усно з покоління в покоління як гідні поваги настанови дідів та прадідів [202, с. 37].

Тому підростаюче покоління, перед тим як починає діяти самостійно, спостерігає за діями старших; їх власна воля складається під впливом старших людей. Ця загальнолюдська риса людини виражається у небажанні виділятися серед інших.

«Обов'язковість звичаю виникає внаслідок належної властивості людини слідувати за наміченим шляхом. Тобто є щось спільне з властивістю фізичного тіла, що відоме як інерція» [164, с. 10].

Якщо один член суспільства поводиться не так, як інші, усі засуджують його, бо його поведінка не узгоджена в волю більшості. Звичай перетворюється на колективну волю, суб'єктивним змістом якого є необхідність [163, с. 18]. Але не можна стверджувати, що недотримання загальноприйнятого звичаю тягне за собою санкцію. При поділі звичаїв давнього суспільства на головні та другорядні, покарання мало місце, коли були зачеплені інтереси усього племені або роду. Як зазначає Б. Я. Токарев, яскравим прикладом санкції було вигнання. Такий інститут з часом удосконалювався і деталізувався у «правовому» устрої родової общини і був найтяжчим видом покарання. Прикладами санкції могли бути відмова від видачі заміж дівчини у випадку несплати калиму, припинення будь-яких відносин і зневага членів суспільства до особи, що не виконала кровну помсту.

Дослідники давніх народів відмічають, що мононорма у таких суспільствах є свідченням саморегуляції всередині общини. Прийняті норми поведінки дотримувались настільки, що фактично випадки порушень їх були рідкістю. Але така стійкість підтримувалась не можливістю тяжкого покарання,

а силою мононорматики, у якій звичай і мораль були чимось єдиним, як природна поведінка [129, с. 60].

Для виникнення індивідуальної парної сім'ї характерна поява спорідненості: батько і мати, син і дочка, брати та сестри тощо. Д. Ж. Валесєв пише, що з появою парної сім'ї, наприклад, пов'язане виникнення диференційованих за певним колом осіб норм поведінки [19, с. 80]. Саме тут відбувається поступовий поділ мононорм – норм первісного суспільства на норми-моралі і норми-звичаї. Але було б великою помилкою вважати такий поділ протиставленням моральних і звичаєвих норм. Адже мораль – це така система регуляції суспільних відносин, що більшою чи меншою мірою пронизує будь-які соціальні норми, про що слушно зазначив Іммануїл Кант у своєму постулаті «Метафізика нравов» [64, с. 424-426, 430-431].

Спинаючись на диференціації норм первісного суспільства на норми моралі і звичаєві норми, хотілося б привернути увагу до двох протилежних точок зору.

На думку Ганса Кельзена, представника нормативістського напрямку у праві, звичай може породжувати норми моралі і норми права [162, с. 19]. Він розділяє аристотелівську характеристику звичаю як волевстановленого.

Філософ Д. Ж. Валесєв вважає, що виникнення моральних звичаїв «було детерміноване необхідністю конкретизації норм моралі щодо окремих осіб чи групи осіб у зв'язку зі змінами у виробничій сфері первісного суспільства. Це призвело до індивідуалізації і відокремлення індивідів один від одного і від об'єднуючих їх колективів» [19, с. 74]. Додамо, що на думку І. Д. Мішиної, право виникає з релігії або з моралі; якщо мораль природним шляхом перетворюється на звичай, то право виникає зі звичаю, набуваючи форми «живого права»: звичаєве право, англосаксонське право [108, с. 153].

Їх об'єднує лише те, що норми звичаїв передують у своєму генезисі звичаєвому праву. А, за словами Ф. Гегеля, передують у своєму розвитку праву держави. До того ж, на думку Ф. Гегеля, право проходить три стадії: абстрактність, мораль і моральність [164, с. 98]. За цією схемою, звичай передус

моральності. Безумовно, є прибічники як однієї, так і другої точок зору, але ці два регулятори виникають все ж одночасно. Так звані «мононорми» при ускладненні суспільних відносин були диференційовані відповідно до сфер дії. Кожен вид відносин став регулюватись особливими, взаємодоповнюючими нормативними системами: звичай, мораль, релігія та іншими. Звичаї готують появу права, пізніше частина їх задіюється у колі права, у формі звичаєвого права, інші ж залишаються за межами правової сфери і самостійно регулюють певне коло суспільних відносин. На цьому рівні суспільство уже оцінює вчинки з погляду відповідності його загальноприйнятим фактичним відносинам. Отже, звичай виникає під впливом двох сил:

1. Індивідуальна свідомість інтересів людини, під впливом якої визначається той чи інший спосіб дії. І. В. Сергєєвич називає це «автономією» [164, с. 10]. В її основі – особистий інтерес, особисте бачення, що повинно відбуватись за даних умов, а не далека ідея правди та справедливості. З самовизначеності виникає відома практика.

2. Якщо дії волі різних осіб будуть однаковими в однакових випадках, і їх накопичиться значна маса, виникне інша сила, що стимулюватиме усіх, хто знає як діяти, діяти таким же чином [164, с. 10].

Досить вдало Б. Я. Токарев підмітив виникнення звичаю на основі «звичних форм взаємозв'язків людей, у результаті пізнання, оцінки їх як суспільнозначущих..., що охороняються примусовою силою суспільної думки від можливого їх порушення» [193, с. 5–6].

Побудова звичаю та звичаєвого права відбувалась у взаємозв'язку з мораллю. Сам процес виникнення і розвитку нормативних регуляторів суспільства відображає характерні особливості розвитку моралі. Як право, так і моральність є явищами необхідного, але право є необхідним на рівні масової поведінки, друге – необхідне на рівні передусім індивідуального [83, с. 14; 108, с. 96].

Перш ніж перейти до стадії формування звичаєвого права, зазначимо, що характер існування первісних суспільств відрізняється і залежить від багатьох умов: від екологічних і економічних до культурних.

У зв'язку з цим необхідно звернути увагу на ще одне дослідження. Передбачають, що передумовою виникнення звичаєвого права виступають норми табу. Тобто норми, що мають не позитивний характер, а негативний, забороняють певні дії.

На думку Ю. І. Семенова, табу включає три основних моменти:

1. Впевненість у тому, що за здійснення певних дій може постраждати не тільки сам, а й суспільство.

2. Відчуття страху перед невідомою небезпекою.

3. Власне заборона, норма [161, с. 27].

З табу виникли норми моралі і права (звичаєвого права).

З таким поглядом не завжди можна погодитись, адже заборона вже передбачає утримання від будь-яких дій, не виключено, що і від дій, які мають нормативний характер. Скоріше, «законодавцями» табу ставали переважно старші, які за допомогою такого роду заборон забезпечували дію соціальних регуляторів.

Первісні вимоги моралі і звичаїв виразились у системі табу, а тому і виникла обов'язковість для кожного недопущення порушень. Вони, на думку багатьох вчених, являють собою зародок правових норм. С. С. Алексєєв вважає, що табу є передумовою формування таких суттєвих елементів структури права, як загальні юридичні заборони.

Саме первісні звичаї, зумовлені природною необхідністю, були покликані внести визначеність у життя людей і «дозволяли бачити і знати, «яке право за природою» кожному, «хто» і на «що» має право з членів роду і племені» [6, с. 13]. За дослідженнями Е. В. Георгієвського, термін табу тлумачиться не лише як встановлені особливого роду заборони, а й як встановлені певні санкції за недотримання передбачених до обов'язкового виконання дій, принаймні, на перших етапах розвитку людського суспільства [27, с. 85].

На цьому етапі відбувається формування специфічних сфер життєдіяльності суспільства і людини, що відображають їх найзначніші інтереси і «права», у яких відображені цінності даного суспільства, які підтримуються владою і соціальними нормами первісного суспільства. Ці «правові» сфери (протоправові) виникають з так званих правових ситуацій [6, с. 24], які вимагають для свого розв'язання права, тобто закладеної у дану ситуацію можливості отримати її юридичне вирішення. Саме такого роду правові ситуації надалі зародили позитивне право.

Професор Г. Ф. Шершеневич свого часу шукав середовище, в якому зароджується звичаєве право, і визначив його в «економічних умовах суспільства» [216, с. 46]. З деякими доповненнями на початку ХХ ст. ще один правознавець І. Б. Павлов-Сильванський вважав, що від зіткнення звичаїв з «місцевими економічними, соціальними і культурними поглядами населення утворюється звичаєве право» [133, с. 377].

Повністю погодитись з таким твердженням не можна. Адже у правовій сфері, де формується звичаєве право, є місце і для майнових відносин і управлінських, і відносин по забезпеченню правопорядку.

Інститут табу є першим способом відображення «правових» форм, що в умовах державності набувають юридичного характеру.

А оскільки система табу ґрунтується на нормативності звичаїв, то таку сукупність норм можна охарактеризувати як звичаєве право, тобто право, засноване на звичаях давніх суспільств, – «протоправо» (прототип позитивного права).

Таке звичаєве право першочергово регулювало відносини лише між соціоісторичними організаціями, воно було явищем не внутрішньосоціорним, а міжсоціорним. Система формування права всередині родової общини засновується на «правових нормах», що існували між родами. На таку позицію в літературі натрапляємо неодноразово, можливо такий підхід є справедливим, оскільки суб'єкт, про який говорить Д. Ж. Валеєв, не одразу стає самостійним. За свідченням І. Б. Ломакіної, «історично першим і практично тотальним

суб'єктом звичаєво-правових відносин у традиційних суспільствах був рід...» [90, с. 30]. Е. Аннерс розглядає індивіда лише як члена свого роду, що надає йому захист і силу. Конфлікти всередині племен являли собою конфлікти між родами, а тому сторонами «суб'єктів звичаєвого права, відносини між якими регулювались звичаєвим правом, насамперед виступали лише групи» [160, с. 11; 9, с. 13], але не індивіди.

У цей період зростає й обов'язковість виконання норм звичаєвого права. Це відбувається за рахунок того, що, крім суспільної (колективної) думки, звичок та переконань людини, спостерігається забезпеченість контролем і діяльністю установ роду і племені.

Родоплеменні установи починають утворюватись окремо від колективів роду та племені, з'являється рада старійшин, вождів, народні збори і таке інше. Г. Мен вважає, що олігархи родів прагнуть до монополізації знань звичаєвого права. І до винайдення писемності аристократія родоплеменної організації є єдиним охоронцем звичаїв у «сфері права».

У період диференціації норми первісного суспільства на норми звичаєвого права та інші соціальні норми відбувається становлення системи регулювання активності людей, у якому те, що раніше було просто прийнято, тепер «охороняється реальною владою» [191, с. 501].

Д. Ж. Валесв до цього додає, що старійшини, вожді, народні збори не тільки не стежать за дотриманням звичаїв, а й самі виносять загальнообов'язкові рішення, які в результаті багаторазового повторення в аналогічних ситуаціях стають нормами поведінки.

Таким чином, біля витоків звичаєвого права лежать два основних джерела: звичаї як стійкий нормативний регулятор, а також загальнообов'язкові рішення органів самоуправління давніх суспільств як результат вирішення конфліктних ситуацій.

Виникнення звичаєвого права характеризує той рівень соціального розвитку, коли влада старійшин і вождів починає виділятися на фоні «первісної демократії» [19, с. 77].

Дослідження різноманітної літератури свідчить, що право, у тому числі його прототип – звичаєве право, утворюється як результат відновлення справедливості, примирення, захисту і подібних відносин. Прагнення людей до формування правових норм через біологічно закладене у людині бажання вижити (право на життя як природне право) містить певну стихійну готовність до помсти. Самооборона і жага помсти має одне й те ж підґрунтя, які закладені біологічними інстинктами. У слов'янських народів людина набуває інстинкт самозахисту ще до того, як вона вступає у суспільні зв'язки. Історичним підтвердженням цьому є явища «кровної помсти» і принципу «таліону». Це передправові категорії усіх первісних суспільств.

Заподіяння шкоди розглядалось потерпілим як порушення справедливості. Результат – ворогування. Сутність такого, заснованого на звичаях, права – досягти примирення сторін за допомогою відновлення справедливості. Спершу цим методом є принцип таліону, надалі – відшкодування шкоди. З ускладненням суспільних зв'язків і здійсненням неолітичної революції, виникають економічні фактори, що приводять до виникнення обмінних відносин як інституту звичаєвого права. Ю. І. Семенов вважає поширеними такі відносини на внутрішньому рівні (рівні общини) [161, с. 8].

Ще одна сторона звичаєвого права полягає у встановленні миру між родовими групами всередині племені. З переговорів про примирення, що мали договірний характер, виникло «право примирення» [129, с. 53], що пізніше набуло кримінально-правового і, відповідно, цивільно-правового характеру.

Науковці, які займаються вивченням права додержавних суспільств, переважно підсумовують, що на основі незліченної кількості конфліктних ситуацій найрізноманітнішого характеру виникла ціла система правових норм. Тому загалом звичаєве право періоду родового ладу виходить з практики вирішення окремих конфліктних випадків. З покоління в покоління воно удосконалювалось передусім в усній формі, а потім закріплювалось у законодавчій формі. Дуже важливе підтвердження цього міститься у словах

професора С. С. Алексєєва, який зазначив: «Вирішення правових ситуацій незмінно, без будь-яких винятків «починалось» зі звичаїв, які виникали в результаті повторюваних, типових ситуацій, і тому першочергово всюди виступало в ролі звичаєвого права» [6, с. 42].

Подальший генезис звичаєвого права характеризується детальною участю людини в його утворенні. Такий історик права, як О. О. Філіппов, стверджує, що словесна передача, за своєю жвавістю і силою народної пам'яті, не завжди є достатньою гарантією недоторканності, не піддається впливу часу, а також суб'єктивізму оповідача. Отже, норми звичаєвого права почали набувати сили в коливанні [202, с. 381].

Коли старі заповіді зустрічаються з новими поглядами, коли є спірним те, які ж звичаї, старі чи нові, потрібно вважати головними, з'являється необхідність у записі народних звичаїв. Процес цей прискорило утворення держави. Крім того, саме потреба закріпити, зробити непорушними найцінніші відносини суспільства стала вже не під силу колишнім регуляторам. З появою держави, звичаєве право, так чи інакше, почало реалізовуватись у рішеннях публічної влади, що означало підтримку високої та суворої нормативності вже позитивного права.

З часом починають формуватись народні «правди», в яких фіксуються юридичні норми звичаєвого права даного племені чи народу. Наприклад, у тих народів, які створили свої письмові правові системи, існувала відчутна чіткість та гарантованість виконання правових звичаїв.

Професор права XIX ст. Ф. І. Леонтович догматично заявив, що перші закони, основою яким слугували правові звичаї, завжди мали «кодифікаційний та уособлений звичаєво-правовий» [16, с. 151] характер.

У X ст. з'являються договори, рецепції, тобто законодавча діяльність князів Київської Русі. Але самі вони фактично не творять право. Вони лише формулюють, розвивають звичаї народу, які раніше жили усно. Тому «...за змістом своїм закон і правовий звичай насамперед схожі один на одного» [202, с. 37].

Такий процес можна простежити у системах: Закони Ману (Індія), Салічна правда (Франція), «Саксонське зеркало» (Німеччина), «Руська Правда» (Київська Русь) тощо.

Ще одним джерелом закріплення юридичних звичаїв на Русі виступає судова діяльність князів. У своїй діяльності суд повинен констатувати наявність тих чи інших звичаїв, викладати їх у вироків.

У перший період нашої історії «правовий звичай продовжував залишатись незалежним і основним джерелом права» [209, с. 32]. Тут було б логічним підтримати твердження А. Б. Венгерова: «Не усі ранні державні утворення володіли письмовою кодифікацією правових норм» [209, с. 32], але відносини регулювались скоріше нормами звичаєвого права.

Ось яку поетапну генезу надав нам відомий вчений Генрі Сомнер Мен. У своїй праці Мен виокремлює шість етапів розвитку права, але більш детально ми розглянемо перші етапи, коли було створено правовий звичай.

1. У своїх примітивних проявах право має вигляд речі, яка значною мірою проявляє себе так, як проявляють себе сили природи. За словами Г. Мена, «воно знаходиться в повітрі», і «...на світанку людства не спостерігається й не існує жодного уявлення про будь-який законодавчий орган чи бодай якогось автора законів». Серед норм, за якими формується людська поведінка, виокремлюють норми моралі, права, релігії, етикету та технології. Коли суперечки розв'язувались суддею, жерцем або вождем, мало ймовірно, щоб хто-небудь з них вважав свої дії законотворчістю. Вони, мабуть, не вважались навіть застосуванням права, а скоріше простим виявленням (можливо, за натхненням, дарованим надприродними силами) «порядку речей».

2. Другим етапом він вважає звичаєве право. На другому етапі та обставина, що певний спосіб поведінки став узвичаєним, вважалася за підставу дотримуватись його. На першому ж етапі, за власними словами Мена, закон навряд чи досяг рівня звичаю – він був радше звичкою. Водночас на етапі звичаєвого права люди усвідомлювали той факт, що може існувати якась альтернатива тим способам, за якими вони діяли в минулому. У випадках, коли

у свідомості присутній певний елемент вибору, люди можуть дотримуватись звичаю завдяки потребі в загальних і схвалених правилах поведінки та уявленню про руйнівні наслідки відступу від установлених правил. Це усвідомлення можливості вибору, нехай і обмеженого, безперечно, являє собою перший зародок розуміння того, що право може створюватись свідомо.

3. Коли суспільство стає більшим, виникає необхідність у регулюванні відносин. Тому в суспільстві з'являються вожді, жерці, що виконували функцію хранителів і тлумачів звичаїв. З винаходом писемності стає можливим доводити правовий звичай до загалу людей. Відбувається кодифікація усних джерел права. Відомі такі пам'ятки, як Закони XII таблиць, «Руська Правда». З цього моменту відбувається свідоме створення звичаїв як норм права.

4. Період, коли було створено кодекси, відкрив нову еру для реформ під прикриттям фікцій. Такі «юридичні фікції» приховували те, що норма права зазнала змін юридичного характеру. Надаючи новому закону словесної форми старого, вона полегшувала його поглинання існуючим зводом правових норм.

5. Реформа «юридичної фікції» спричинила розбіжності в різних правових системах, тому суспільство намагалось віднайти загальні принципи діяльності, співіснування, створити загальну систему норм через повернення до колишніх природних ідеалів.

6. На шостому, й останньому, етапі системи майна досягаємо рівня законодавства. Люди доходять висновку, що право можна створити за допомогою відвертого проголошення намірів, втілених у слова законодавчих актів [226, с. 120–153].

Дослідивши різні правові погляди, дисертантка вважає за необхідне навести власну генезу правового звичаю, поділивши її на такі етапи:

1. Існування первісного суспільства, що у взаємовідносинах один з одним та для регулювання соціальних розбіжностей використовувало норми-зародки або прототипи майбутніх звичаїв. Норми-зародки були сукупністю релігійних норм, норм моралі, заснованих на позитивному сприйнятті навколишнього світу та соціуму загалом. Їх ще можна назвати мононормами. Мононорми

регулювали відносини племен, родів на побутовому рівні, тобто на тому рівні, на якому первісне суспільство підтримувало своє життя.

2. Подальше становлення правового звичаю пов'язане з початком матеріальної диференціації суспільства, коли індивід виділив для себе, крім духовних цінностей, ще й матеріальні. 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. Тому відбувається поділ норм на норми-моралі-релігії (суспільство їх не диференціює) і на норми-звичаї. Вожді та ради старійшин приймають рішення з одноманітних питань, у результаті чого ці рішення стають обов'язковими і входять у соціально-побутові відносини.

3. Створення саме правового звичаю відбулося з: 1) розширенням суспільства; 2) появою грошово-обмінних відносин; 3) відмежуванням норм моралі від звичаїв, які регулюють повсякденні відносини (соціальні, побутові); 4) порушення звичаїв та поява санкцій; 5) поява глобальної організації суспільства – держави; 6) поява писемності; 7) закріплення державою звичаїв у письмовому вигляді, що і створює їх юридичний, правовий характер.

Наступні етапи сприяли появі права, зокрема закону, правового прецеденту тощо.

Генезис звичаєвого права має місце і в сучасних суспільствах. Можливість фіксації звичаїв у збірниках, писемних документах недержавних організацій дає підстави стверджувати, що способи закріплення правового звичаю суспільством призводять до того, що держава повною мірою може їх санкціонувати.

Пряма вказівка щодо застосування звичаю міститься у ст. 7 Цивільного кодексу України, де сказано, що цивільні відносини можуть регулюватись звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Зазначається також: «Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується» [207]. Практиці також відомі такі акти, як торгові звичаї. Не менш важливими є посилання законодавця на правовий

звичай при проходженні загальнообов'язкової військової служби, при укладенні шлюбу тощо.

Останнім часом у правничій думці спостерігається тенденція зниження інтересу до проблематики правового звичаю, взаємодії звичаєвої та позитивної форм правової регуляції. На жаль, такий рух не можна назвати позитивним, адже проблеми цього напрямку є не досить дослідженими, незважаючи на велику практичну цінність звичаю. Необхідно усвідомити звичаєву регуляцію не тільки з загальнотеоретичних міркувань, а й для правильного розуміння глибинних процесів соціально-правового розвитку в конкретних історичних епохах.

Звичаєве право, будучи предметом вивчення етнологів, істориків, антропологів, юристів, відіграє важливу роль у житті усіх народів. З введенням поняття «моноорма» перед сучасною наукою відкрилися нові шляхи розвитку звичаю та правового звичаю. Моноорма як свідоме наслідування правил поведінки є фундаментальною для сучасного правотворення.

Моноорма, на думку дисертантки, мала місце в історичному розвитку права загалом і правового звичаю зокрема. Її виникнення й існування пояснює низку питань про моральні та матеріальні чинники, про духовні зародки, про дотримання «природних законів» та відсутність порушень у суспільстві. Моноорма є «природним розумом» архаїчного суспільства.

1.2. Поняття, сутність, юридична природа правового звичаю та видова класифікація

Перш ніж розглядати категорію «правовий звичай», потрібно розкрити зміст поняття «звичай», оскільки він є соціальною базою створення правового звичаю. Категорія «звичай» є багатозначною, і сферою її вживання є не тільки наука. У соціальному значенні звичаєм називають неухильний, стереотипний вияв традиційних, успадкованих з минулого приписів, яких дотримуються у певному суспільстві чи групі, для членів якої вони є звичними, прийнятними. Правознавці термін «звичай» тлумачать переважно як соціальну норму поведінки, яка в результаті багаторазового більш чи менш тривалого застосування увійшла у звичку людей і таким чином регулює їхню поведінку [140, с. 39].

З цих питань у сучасній юридичній літературі існує значна кількість наукових поглядів. Розглянемо їх.

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. Звичай не проголошується й не запроваджується, а поширюється чи розвивається з плином часу. 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.

«Inveterata consuetudo pro lege non immerito custodiure et hoc ius dicitur moribus constitutu» – «Встановлений звичай цілком справедливо захищається законом, і тому є правом, що встановлює узвичаєння» [41]. Це відоме висловлювання одного із видатних юристів II ст. Юліана досить добре

характеризує роль встановлених норм раннього суспільства, що надалі відіграли непересічну роль у формуванні правової системи.

Класичне римське право, становлення якого відбувалось протягом багатьох століть, досить часто керувалось звичаями додержавних станів, що частково були трансформовані у процесі законотворчості, а частково увійшли до збірників правових норм без суттєвих змін. Про це свідчать давні пам'ятки історії, зокрема Закони XII таблиць. Пізніше Інституції Гая у ряді статей вказують на звичай. Аналогічна ситуація спостерігається і в інших суспільствах. У Стародавній Греції, наприклад, Закони Драконта базувались на нормах звичаєвого права. Наступні законодавчі акти враховували звичай, про що свідчать і древні автори.

Багатогранність поняття «звичай», як слушно зауважує О. А. Титарчук, сприяла його застосуванню до широкого кола соціальних і правових явищ, що, у свою чергу, призвело до безлічі трактувань звичаєво-правової регуляції [189, с. 9–10].

Якщо говорити про звичай, то це соціальна норма, що склалась у результаті неодноразового, постійного повторення певних правил поведінки у суспільстві. Як правило, звичай – це незафіксоване правило поведінки, передається із покоління в покоління і дотримується в силу звички.

Звичай – поняття глибоко соціальне і наукове, з ним стикається суспільство на ранніх стадіях свого існування.

На думку С. А. Комарова, «звичай – це такі правила поведінки, які складаються в певному суспільному середовищі, передаються з покоління в покоління, виступають природною життєвою потребою людей і в результаті їх багаторазового повторення стають звичними для них» [71, с. 180].

У повсякденному житті термін «звичай» розуміється як:

«1) загальноприйнятий порядок, правила, які здавна існують у громадському житті і побуті народу, суспільної групи і т. д.;

2) звичка, усталений спосіб, манера дії, поведінка когось;

3) ввічливість, пристойність у поведінці, манерах, дії;

4) правила гідної поведінки, прийняті у суспільстві, етикет, традиція» [122, с. 160; 146, с. 22-26].

З наведеного випливає, що ключовими моментами при висвітленні сутності поняття «звичай» є те, що звичай – це усталені правила поведінки тієї чи іншої спільноти, природна життєва потреба людей. Звичаї є однією з форм регулювання суспільних відносин. Дотримання звичаю переважно забезпечується засобами суспільного впливу.

Існування звичаїв можна вважати як позитивним, так і негативним явищем залежно від мети суспільства, що їх зберігає. Наприклад, консерватизм, повільне сприйняття нововведень, притаманні звичаям, дають змогу спільноті запобігти радикально невиправданим змінам, накиданню чужоземних норм, допомагають зберегти традиційний лад та цінності, можуть сприяти утвердженню стабільності соціуму.

У традиційному, додержавному суспільстві звичай виступає одним із головних регуляторів поведінки людей. Він одночасно є нормою поведінки й засобом її реалізації. У сучасному суспільстві звичай-регулятор соціальної діяльності замінюють соціальні інститути. Самі нормативні приписи звичаю тут виступають як один із засобів реалізації інституційних норм та цінностей. Звичай стає складовою системи соціального контролю. Він належить до загальної системи соціальних інститутів та виступає фактором розвитку соціальних відносин. За домінуючого значення соціальних інститутів звичай не є суттєвим регулятором в умовах динамізму соціального життя, розвитку промисловості, засобів масової інформації, урбанізації [35, с. 21].

У правовій літературі існує підхід, коли звичаї розглядаються як «норми-звичаї». Останні тлумачаться як «правила зовнішньої поведінки, які розглядаються членами соціального об'єднання як обов'язкові або на підставі безпосередніх умов суспільного життя, або на підставі будь-якого суспільного авторитету; виконуються добровільно, а у випадку їх порушення, проти права порушників застосовуються заходи суспільного впливу». На думку О. Ф. Скакун, норми-звичаї мають такі ознаки:

- 1) етнічний характер;
- 2) колективістський характер;
- 3) моральну зумовленість;
- 4) зв'язок з релігійними уявленнями та ритуалами;
- 5) підкреслену публічність тощо [171, с. 42–43].

Отже, з огляду на наведене можна визначити такі основні ознаки звичаю:

- 1) соціальний характер (виникає між людьми);
- 2) нормативний характер (є правилом поведінки або взірцем поведінки);
- 3) повторюваність (неодноразове або систематичне повторення);
- 4) стереотипність (слідування у силу звички);
- 5) безособовий характер (автор його невідомий);
- б) є передумовою виникнення сучасних правових норм.

Правознавці кінця XIX – початку XX ст. замість терміна «правовий звичай» вживали термін «юридичний звичай». Під останнім розуміли таку норму права, яка утворювалась у практичній діяльності шляхом одноманітного застосування у ряді одноманітних випадків без участі державних органів і, як наслідок, стала використовуватись суспільством після визнання її корисності [172, с. 150–151]. Є. Н. Трубецькой вказував, що юридичний звичай може створюватись і за участі державної влади, але у будь-якому разі без її прямої вказівки. При цьому важливо, щоб такий юридичний звичай за змістом був нормою права, тобто надавав або обмежував суб'єктивні права («надавав відому сферу зовнішньої свободи одним особам, відповідно обмежуючи свободу інших осіб» [198, с. 101–103]). На думку науковців, правильний звичай перетворюється на юридичний тоді, коли дотримання звичаю засновується на певному суспільному авторитеті, під яким вчені розуміють організований вплив на порушника звичаю організованою групою людей. Такий вплив міг з'явитись тільки в результаті перебудови у свідомості людей, шляхом переходу звички, узвичаєння у звичай, коли суспільство усвідомлює загальну регулятивну цінність поширеної звички, тобто розуміє вигідну для своїх членів можливість використовувати таку звичку, як звичай, створивши таке правило, яке дало б

можливість індивідам зобов'язувати не лише себе особисто при прогнозуванні майбутнього (як у випадку із звичкою), а й інших індивідів. М. М. Коркунов стверджував: «...Юридичним звичай стає лише тоді, коли при дотриманні буде усвідомлено його обов'язковість» [75, с. 193].

Про розбіжності понять «звичай» та «правовий звичай» говорилося чимало як у минулому, так і тепер. Але такі їх відмінності не мали суттєвих рис, а тому не могли якісно відрізнитись одна від одної. Таким чином, досліджувана дефініція – «правовий звичай» – поряд з ознаками звичаю як соціальної норми, наділена юридичною ознакою, а саме: гарантованістю та забезпеченістю з боку держави, тобто ознакою державного санкціонування.

Адольф Меркель шукає відмінності між звичаєм і правом у самому їх змісті. Він намагається відмежувати правовий звичай і неправовий: «У перших переважає обмежувальний елемент, у них немає чіткого протиставлення прав і обов'язків, що є характерною ознакою права» [29, с. 48]. Цю відмінність він виводить із порівняння змісту правових норм зі звичаями і традиціями.

Тому про те, що поняття «звичай» і «правовий звичай» не збігаються передусім за формальною ознакою, було вперше сказано представником позитивного права Г. Ф. Шершеневичем. Він стверджував, що правові норми відрізняються від усіх інших регуляторів саме забезпеченістю їх дотримання. Право ґрунтується на примусі, а засобами впливу наділяється лише державна влада, тобто звичаї набувають характеру правових лише у результаті державного захисту [215, с. 73].

У виникненні і розвитку звичаєвого права виділяють два напрями:

– пристосування та видозміна попередніх звичаїв родового ладу, перетворення їх на обов'язкові правила поведінки шляхом трансформування у норми права за «згодою» держави;

– надання їм загальнообов'язкового характеру шляхом закріплення у нормативно-правових актах та застосування на державному рівні.

Факт державного санкціонування як юридична ознака звичаєво-правової норми відмічався та поділявся небагатьма науковцями, тому аналіз

різноманітних теоретичних позицій дає підстави говорити про те, що автори намагались відшукати відмінності між звичаєм та правовим звичаєм у особливому характері відносин, на базі яких утворюється правовий звичай, або у особливій формі його закріплення та забезпечення.

Зміст ще не є правом сам по собі, однак те, що створюється у результаті особливих соціальних зв'язків, надалі стає правом, але поки що формує свідомість і переконання у тому, що «хто і на що має право» [6, с. 13]. Водночас для надання звичаю юридичного значення цього не досить, хоча автори минулих років характеризують звичай як правову норму і виділяють його «юридичний характер» (наприклад, усвідомлення обов'язковості при його виконанні). Цю точку зору підтримував російський професор М. М. Коркунов, який говорив: «Усвідомлення обов'язковості дає підстави розраховувати на дотримання іншими встановленого порядку» [75, с. 193].

Однак зазначимо, що звичай сам по собі є обов'язковим, бо він соціальна норма. Професор В. І. Ніжечек справедливо зауважив: «...При визначенні звичаю не звертають уваги на найбільш суттєву особливість, що його характеризує – нормативність природи звичаю, що являє собою правило поведінки людини при звичних ситуаціях» [120, с. 415]. Обов'язковість дотримання правових норм повинна гарантуватися з боку держави і недотримання такої норми розцінюється як правопорушення, інакше неможливо відрізнити правовий звичай від неправового. Тобто обов'язковість не є показником юридичного статусу звичаєвої норми, але є одним із факторів, що дає змогу виділити найбільш важливі суспільні відносини для надання їм правової форми.

З розвитком ринково-правових відносин, розширенням зв'язків між різними культурами, секуляризацією суспільного життя, підвищенням ролі держави в організації й упорядкуванні життя суспільства тощо, влада звичаїв загалом виявилася підірваною. Динамізм сучасного соціального життя, розвиток промисловості, засобів масової комунікації, урбанізація підсилюють цей процес, висуваючи на перший план як регулятор суспільної діяльності інші

соціальні інститути. Звичай зберігаються в найбільш «чистому» вигляді у сфері побуту, моралі й цивільної обрядовості.

Звичаєво-правові норми, з погляду практичної раціональності, повинні сприяти досягненню особою соціально значущої мети. В умовах різких радикальних змін людина прагне до виживання, до самозбереження, і звичаєве право цьому сприяє. Повсякденна раціональність відображає усталені схеми, стереотипи життєдіяльності людини або спільноти і має непроблематичну форму, в якій не виникає сумнівів, тому що вона виражає інтереси і потреби особи або спільноти.

У сучасній українській правовій науці немає єдиного підходу щодо того, як звичай стає правовим звичаєм, формою права. Але існує певна домінуюча теза, яка в загальних рисах була сформульована ще наприкінці XIX ст. [140, с. 42–43]. Суть її полягає в тому, що звичай набуває юридичного характеру, стає правовим лише після того, як він «перетворюється на складову позитивного права». Означене перетворення вважається таким, що відбулося, тільки тоді, коли звичай «сприймається та приймається судом» та коли таке судове рішення «забезпечується примусовою силою держави». До «сприйняття» діючого звичаю судом та до «ввібрання його в юридичні санкції» звичай являє собою не що інше, як «норму позитивної моралі» або, що є тим самим – «звичаєве право, якого дотримуються в повсякденному житті громадяни та інші суб'єкти суспільних відносин» [100, с. 57].

Вітчизняні правознавці стверджують, що звичай набуває юридичного характеру лише після його схвалення державою [145, с. 104; 76, с. 36; 170, с. 270; 219, с. 568]. Тільки держава може визнавати звичаї, що склалися, та наділяти їх юридичним характером, точно вказувати умови їх застосування, головною з яких є вимога, щоб звичай не суперечив закону. Виключно держава дозволяє судді переводити певну частину загальних звичаїв до складу юридичних норм, а деякі з цих звичаїв вона сама оголошує юридичними та обов'язковими для судді. Враховуючи думку науковців, можливо подати таку схему взаємовпливу звичаю та права:

КОРИСНИЙ ЗВИЧАЙ → ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ НЕВІДПОВІДНИЙ ЗВИЧАЙ → ПРАВОПОРУШЕННЯ

Схема показує, що наявність моральних звичаїв, які поліпшать окремі питання, не врегульовані законодавством, будуть використані державою та введені до законодавства країни, а ті звичаї, які суперечать закону, кваліфікуватимуться як правопорушення. Відчуваючи на собі вплив права, звичаї, у свою чергу, справляють деякий вплив на право.

Правовий звичай і звичай Д. І. Мейєр намагається розмежувати з погляду змісту і дає такі їх визначення: взагалі звичаєм називають ряд постійних та одноманітних додержань певних правил протягом більш чи менш тривалого часу [105, с. 13].

На думку Н. М. Оніщенко, звичай загалом і правовий звичай зокрема є своєрідною формою соціальної регуляції. Звичай стає правовим, якщо він санкціонується державою, інакше кажучи, якщо держава визнає сформульовані вимоги звичаю, передбачені ним права та обов'язки об'єктом свого захисту [130, с. 74–75]. Те ж саме стосується і правового звичаю, лише додається юридичне закріплення. Звичай може перетворитись на правовий лише за наявності юридичного закріплення та моральності.

Відомий російський вчений А. Н. Філіппов у своїй праці «Конспект історії російського права» визначає правовий звичай як «сукупність юридичних норм, виражених у народних звичаях і традиціях та створених без втручання законодавчої влади» [202, с. 5]. На його думку, норми звичаєвого права існують у народі у вигляді символів та приказок.

А. М. Ладиженський, до творчого доробку якого частіше звертаються етнологи, ніж юристи, визначив правовий звичай як сукупність правил зовнішньої поведінки, які розглядаються членами соціального суспільства як обов'язкові на підставі впливу суспільного устрою або суспільного авторитету, виконуються членами даного суспільства, і за невиконання зумовлюють застосування заходів впливу репресивного характеру [87, с. 160].

Необхідно звернути увагу на те, що Георг-Фрідріх Пухта – один з небагатьох перших дослідників – намагався розрізнити правовий звичай і неправовий, звичаєве право і простий звичай, зазначаючи його юридичні ознаки як основу правосвідомості нації. Звичаєм він називав повторення положень, визнаних як право. Можливо, таке його тлумачення було б прийнятним, якби не думка про походження звичаєвого права на «народній свідомості чи переконанні, для яких звичайний звичай – тільки зовнішнє вираження» [98, с. 161].

Крім того, Г.-Ф. Пухта «заперечив, що звичаї мають правостворююче значення, вони лише зовнішнє вираження правосвідомості» [215, с. 65]. Таке положення найчастіше піддається великій критиці, але частково можна погодитися з тим, що право є одним із найважливіших регуляторів суспільних відносин, що з'являються на ранніх стадіях розвитку суспільства, і дійсно воно може утворюватись не лише із звичаїв і не завжди виражається у їх формі.

Російський вчений М. М. Коркунов вважає, що думка Г.-Ф. Пухти про самостійне значення звичаїв не передбачала можливості виникнення юридичних звичаїв просто фактичним або випадковим дотриманням того чи іншого правила поведінки у ряді однорідних випадків. Г.-Ф. Пухта шукав у самому звичаї і в умовах його утворення підстави обов'язковості. Те ж саме відмічає й Б. М. Чичерін, що, на думку Г.-Ф. Пухти, вибір тих або інших дій не випадковий, а свідомий, заснований на впевненості у їх правильності. Повторюваність засновується на згоді суспільства з цією точкою зору. Отже, звичаї не створюють звичаєвого права, а є лише вираженням створеної раніше правосвідомості. Не можна думати, що ціле право в народі виникло випадково.

Г.-Ф. Пухта робить висновок про те, що складова звичаю – юридичний чинник – не створюється дотриманням, а лише пізнається через нього; юридичний чинник звичаю є чимось готовим, пов'язаним з природою народу, як мова, і є невід'ємною частиною духу народу. Тому, він вважає, що звичаєва норма була створена ще до практичного її застосування, разом із виникненням народу. Звичай же є основою права і виник ще до нього іншим шляхом [121,

с. 143]. Свого часу науковці у галузі історії права піддавали критиці такі погляди Г.-Ф. Пухти на виникнення звичаєвого права у кожної народності. Їх основне надбання полягає у розгляді звичаєвого права як феномену і привернення уваги до його ознак як самостійної категорії.

Суспільні відносини удосконалюються у процесі цивілізації, і першим таким етапом цивілізації стало створення держави. Усі норми між собою пов'язані і для того, щоб виділити найголовніші, держава санкціонувала звичай, надала йому правової форми. «Саме потреба закріпити, зробити непорушними відносини при розвитку суспільства багато в чому передбачила формування системи стабільних владних відносин (держава) та якісно нового нормативного регулятора – позитивного права» [6, с. 16].

Тим самим, пов'язавши правові норми із забезпеченістю їх дотримання державою, право перетворюється на більш жорстку форму впливу.

Погляд на те, як врегульовані ті чи інші життєві відносини, виникає лише у тому колі осіб, які самі задіяні у цих відносинах або мають справу у силу своєї професії, сфери діяльності або національності. «Для виникнення звичаєвого права достатньо, щоб переконання в існуванні норми було саме у кола осіб, які мали справу з її дією». У колі таких осіб, на думку Ф. Регельсберга, знаходяться й ті, хто зробив своєю професією застосування та тлумачення права, тобто юристи [147, с. 102]. Відмітимо, що звичай утворюється саме таким шляхом, але це не означає, що його буде сприйнято як норму права.

Усі запропоновані ознаки правового звичаю не відповідають на запитання – у чому ж полягає обов'язкова сила правових звичаїв; що саме надає нормам даного роду такого характеру? Така ж думка яскраво виражена у С. В. Зівс, що вказує на плутанину через змішування понять – звичаю як джерела права і неправового звичаю [54, с. 152].

У XVIII ст. панувала думка, що обов'язкова сила звичаєвого права міститься у дозволі, явному або мовчазному, з боку законодавця. Коріння цього погляду було закладено ще у концепціях Т. Гоббса і Дж. Остіна, які казали, що

звичай, щоб мати будь-яке «юридичне застосування, повинен бути визнаний державою» [23, с. 19]. Подібну точку зору підтримує відомий російський вчений у галузі права, у тому числі і звичаєвого, Ф. І. Леонтович, що надає великої уваги формальності звичаєвого права з боку законодавчої влади. «Звичаї можуть бути узяті до уваги лише тоді, коли на них посиляється закон» [16, с. 20].

У науковій літературі вже неодноразово висловлювалась думка про те, що сфера дії права набагато ширша тієї, яка відводиться законом. Дійсно, автори останніх років опосередковано, а інколи й безпосередньо відкидали вплив держави на правовий характер звичаю. Досить різко з даного приводу висловився В. Богішеч: «Можливо подумати, що без того формального визнання звичаї й існувати не можуть. Відомо, що подібні погляди на всемогутність законодавця колись існували в юриспруденції, але також відомо, що вони давно зійшли нанівець» [16, с. 19].

Думка про те, що звичаєве право ширше закріплених державою звичаїв, не є новою. Багато мислителів минулого дотримувались такої позиції. Аристотель називав звичаєве право «неписаним правом», «що має значення незалежно від визнання його державою». Приблизно таке ж праворозуміння звичаєвого права зустрічається й у римських юристів [19, с. 73]. По суті, єдиною нормальною функцією законодавства К. Савінії визнавав лише допомогу, яка може бути надана законом звичаєвому праву [19, с. 73]. Першочергово німецький юрист приписував законодавцю лише допоміжну роль у розвитку права. Прагнення до кращого можуть бути лише підтримані законом, а не викликані ним, на відміну від звичаєвого права.

З усією повагою до думок згаданих вище правознавців, хотілося б відмітити, що держава в особі її владних органів надає звичаю характеру юридичного і створює звичаєве право, однак жоден законодавець не перелічив ознаки правового звичаю. Юридичні звичаї в історичній послідовності передують законодавчій діяльності і, відповідно, ознаки, «надані законодавцем

певної країни у певний час, не мали б значення для минулого і для інших країн» [215, с. 63].

Говорячи про державне санкціонування як визначну ознаку правового звичаю, необхідно мати на увазі, що способи такого санкціонування можуть бути як прямими, так і опосередкованими, при цьому державна воля може бути виражена як явно, так і мовчазно.

Правовий звичай як джерело права повинен утворитися у вигляді зв'язку правового змісту і правової форми. При цьому перший виступає як результат розвитку «правової сфери» соціальних відносин, друга – як форма їх санкціонування державою, закріплюючи їх правовий характер. Оскільки права немає, якщо немає форми його закріплення, то і звичаєво-правової норми немає, якщо немає способу її визнання і забезпечення з боку держави.

Відомий вчений Джон Остін у нарисі «Лекції з юриспруденції» зазначив, що звичай перетворюється на встановлений законом, якщо він сприймається таким судами, а виконання ухвалених на його підставі судових рішень примусово забезпечується державою. Проте до того, як він буде сприйнятий судами та забезпечений правовою санкцією, він залишається лише правилом, що його звичайно додержуються громадяни чи піддані; однак єдина сила, яку можна йому приписати, полягає в загальному засудженні тих, хто його порушує [221, с. 104–105].

Досить вдале визначення ролі звичаю у правових системах навів Г. І. Муромцев, який зазначив: «Звичай може вважатись правовим як у силу визнання його державою, так і в силу визнання його «своїм» певною спільнотою. Те, що сучасний юрист не вважає правом, часто є таким з традиційних міркувань» [116, с. 100].

Залежно від розвитку та існування правового звичаю його можна назвати певним правилом поведінки, успадкованим традиційними стереотипними приписами, сформованими спільнотою відповідно до уявлень про доцільне (інколи й справедливе) для виконання, та забезпечене підтримкою державної влади [203, с. 54–55].

Згідно з п. 1-б ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН «правовий звичай» визначається «як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою» [46, с. 536]. У цьому визначенні підкреслюється вирішальна роль при утворенні правового звичаю визнання його певною спільнотою (етнічною або іншою соціальною групою, державою, міжнародним співтовариством), тривалої і постійно існуючої, звичаєвої практики регулювання відносин цієї спільноти як звичаєво-правової норми.

З наведених визначень поняття «правовий звичай» випливає, що не кожний звичай стає правовим, а тільки той, що відповідає інтересам держави, спільноти або суспільства загалом. Визначальним у розумінні правового звичаю є визнання, санкціонування, охорона його державою, відповідність інтересам і волі владного соціального суб'єкта, несуперечність усталеній правовій практиці регулювання суспільних відносин.

Таким чином, головний акцент при такому визначенні поняття «правовий звичай» і його відмінності від категорії «звичай» зроблено на визнанні й санкціонуванні звичаю державою.

Інший погляд на проблему відмінності і співвідношення категорій, що розглядаються, висловлений австрійським професором міжнародного права А. Фердромом. У своїй теоретичній концепції звичаєвого міжнародного права він наголошує, що «лише такий звичай є основою звичаєвого права, який відповідає правовому почуттю і правосвідомості» [201, с. 362].

На сьогодні більшість теоретиків права стверджують, що правовий звичай – це санкціонований державою загальнообов'язковий звичай [7, с. 101]. Цю точку зору підтримує й більшість українських науковців. Зазначений підхід знайшов своє відображення як джерело цивільного, державного, міжнародного права та інших наук.

Необхідним стає визначення способів і суб'єктів санкціонування, тобто за допомогою чого відбувається надання звичаю правового характеру. Виділимо основні способи санкціонування:

1. Законодавче санкціонування, за яким звичай перетворюється на елемент національного права, не втрачаючи при цьому характеру звичаю. Законодавче санкціонування може бути:

1) загальним: а) коли Конституція держави містить посилання на звичай як джерело права; б) коли у звичайних законах і соціальних нормативних актах є дозвіл законодавця в певних галузях права керуватись звичаями. Наприклад, Конституція Індії передбачає, що норми звичаїв можуть доповнювати її з питань, які вона не регламентує;

2) особистим, коли дозволено застосування звичаю у випадку прямого посилання в конкретній нормі нормативного акта.

2. Правозастосовче санкціонування, яке можна поділити на:

1) судове – коли суд як державний орган у своїх рішеннях санкціонує звичай, надаючи йому правового характеру, при цьому враховуються такі моменти: закріплення звичаю законодавчим шляхом не є правотворчим процесом, суд є лише формою виявлення, визнання. Також використовуючи звичай, до якого не відсилає закон, він стає загальнообов'язковим, тобто за наявності санкції суду;

2) правозастосовче санкціонування органів виконавчої влади. Принципова можливість перетворення правозастосовчої діяльності неправових звичаїв у правові доведена сучасною юридичною практикою інших держав, як зазначає В. А. Муравський [113, с. 6–7];

3) відомче санкціонування та санкціонування іншими органами держави;

4) договірне санкціонування, коли закон передбачає, що сторони можуть визначити, яким звичаєм регулювати відносини. За Конвенцією ООН і принципами УНІДРУА, сторони зв'язані будь-яким звичаєм, щодо якого була домовленість;

5) «мовчазне» санкціонування шляхом дотримання звичаїв у діяльності державних органів (установ). В історії Франції було встановлено звичай «реєстрації парламентом нормативних актів королів» [62, с. 327]. Парламент виступав як вища судова інстанція, але за звичаєм міг відмовити у реєстрації, якщо вважав нормативні акти незаконними;

б) окремо можна виділити способи визнання державою міжнародного звичаю. Міжнародне право визначає, що держави повинні дотримуватись

певних правил поведінки, встановлених на міжнародному рівні. *Opinio juris* – елемент звичаю, пов’язаний із визнанням державами правил поведінки, що визначені практикою як звичаєво-правові норми. Українське законодавство також закріпило норми міжнародного права як частину правової системи.

Схематично перетворення звичаю на правовий звичай можна позначити так:

<i>ЗВИЧАЙ</i>	
<p>Законодавче санкціонування:</p> <p>1. Загальне. - Конституція держави містить посилання на звичай як джерело права - у звичайних законах і соціальних нормативних актах є дозвіл законодавця в певних галузях права керуватись звичаями.</p> <p>2. Особисте.</p>	<p>Правозастосовче санкціонування:</p> <p>1. Судове. 2. Правозастосовче санкціонування органів виконавчої влади. 3. Відомче санкціонування та санкціонування іншими органами держави. 4. Договірне санкціонування. 5. «Мовчазне» санкціонування шляхом дотримання звичаїв у діяльності державних органів (установ). 6. Способи визнання державою міжнародного звичаю.</p>
<i>ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ</i>	

У зв’язку з цим необхідно виділити п’ять основних суб’єктів санкціонування правових звичаїв:

1. Держава як основний суб’єкт санкціонування.
2. Органи державної влади: законодавчі, виконавчі та судові.
3. Сторони договору.
4. Недержавні організації.
5. Держави як суб’єкти міжнародного права.

Аналіз наукової думки минулого і сучасності, наукових надбань різних правових систем та народностей, практичної діяльності місцевого та державного значення закріпив основоположні ознаки правового звичаю.

У правознавстві визначено склад матеріальних ознак правового звичаю:

- 1) несуперечність розумності;
- 2) підтримання моральних якостей;
- 3) відсутність у своїй суті помилок [215, с. 69].

Такі ознаки не визнаються більшістю юристів, адже жодна з них не є визначною для розкриття звичаю як джерела права. Але вони підтримувались такими вченими, як Р. Ієринг, М. М. Коркунов та багатьма іншими. Усі запропоновані ознаки мають відношення до правового звичаю як носія соціально-нормативних ознак, але не характеризують звичай як джерело права.

У 1906 р. виходить книга А. Мартенсона-Гнідкіна «Державне викриття лжевчень про звичаєве право», в якій він підтримує думку багатьох правників про заснування правового звичаю на моральності [97].

Поглиблений аналіз ознак правового звичаю міститься і у працях Ф. Регельсберга, який не вважав вищеперелічені ознаки правового звичаю вторинними. На його думку, звичай виражає не лише право, а й мораль. Право створюється звичаєм лише тоді, коли особа усвідомлює, що вона застосовує існуюче право, а не лише вона вчиняє правильно і так діяти необхідно [147, с. 67].

Крім того, намагання поглянути на змістовий аспект правового звичаю прямо або непрямо виявляють цей аспект у певного роду суспільних відносинах.

У класичній етнології під звичаєвим правом розуміють норми поведінки докласового суспільства; під звичаєм – встановлені правила поведінки. Коло дії правового звичаю найчастіше асоціюється з родовим суспільством. Однак в останні десятиріччя у суспільстві з'явилося поняття правового звичаю як складової правового буття будь-якого історичного типу суспільства. У такому сенсі показовою є концепція Ю. І. Семенова, який розглядає звичаєве право як одну з форм суспільної волі, поряд з нормами табу, мораллю і, власне, правом [129, с. 43–45]. Свій підхід він обґрунтовує так: «Звичаєве право безпосередньо не являє собою сукупність норм, відхилення від яких вважається злочином або порушенням. Основоположним у звичаєвому праві вважається

поняття шкоди, яку члени однієї людської групи завдають членам іншої. Завдання шкоди розглядається потерпілими як порушення справедливості. Як наслідок, між задіяними сторонами виникає ворогування. Сутність звичаєвого права полягає в тому, щоб припинити ворогування, тобто досягти примирення сторін. Це можливо зробити лише шляхом відновлення справедливості. Норми звичаєвого права диктують способи припинення ворогування, тобто методи відновлення порушеної справедливості. Перший спосіб – завдати винній стороні такої ж шкоди, другий – відшкодування збитків» [162, с. 89]. Відмітимо, що такий підхід поділяють і сучасні західні юристи-антропологи, а саме Р. Вердє, Н. Рулан та інші. Більшістю етнологів позиція про звичай та звичаєве право як форму буття виключно давніх суспільств також вже не сприймається. Автори історико-етнографічних праць роблять висновки про трансформацію у класовому суспільстві багатьох звичаїв, створених ще за первіснообщинного ладу [2, с. 8].

Так, П. Л. Карасевич пропонує таке їх визначення: юридичні звичаї, через які кожен може виразити відоме юридичне положення, юридичну норму, «виникають внаслідок переконливих вимог та моральних передумов відчуття правди» [65, с. 20–21]. Це твердження ще раз доводить наявність морального чинника в суті правового звичаю.

У зв'язку з зазначеним можна навести існуючу точку зору про те, що повторюваність надає звичаєві правової форми. Відмітимо, що це єдина ознака звичаєвого права, яка підтримується усіма правниками минулих років. Дійсно, необхідно визнати, що повторюваність застосування правил поведінки становить сутність звичаєвого права [121, с. 66]. Оскільки звичай можна вважати соціальною нормою тоді, коли поведінка перетворюється на звичку, звичай через постійність дотримання набуває своєї форми здійснення. Така ознака обов'язкова для будь-якого звичаю, тому може застосовуватись і до правових звичаїв.

В. Я. Крюковський та П. Т. Виноградов також звертають увагу на те, що переконання вчиняти так, як вчиняли пращури, є загальним, а тому звичаєве

право є «продуктом творчості» народних мас і «обов'язкова сила його впливає з постійного застосування відомого правила» [80, с. 18]. Для формування звичаю як соціальної норми фактор повторюваності має певне значення, але для звичаю як для джерела права цього не завжди достатньо. По-перше, з погляду позитивного права потрібно погодитись, якщо це буде практика застосування в особі державних органів. По-друге, не будь-який звичай має правовий характер, отже, не будь-який може бути джерелом права. По-третє, нечіткість у розмежуванні звичаю як соціальної норми і як правової норми переносить усякий звичай до розряду джерела права за наявності повторюваної поведінки.

Н. М. Пархоменко вважає, що повторення конкретних дій протягом певного періоду призводить до виникнення звичаю діяти саме таким чином [134, с. 151].

П. Т. Виноградов йде далі і вважає, що до цієї ознаки необхідно додати ще дві такі, як визначеність і безперервність. «Доведеність визначеності та існування звичаю з давніх-давен надає звичаю юридичного значення» [23, с. 99].

Професор Ф. Регельсберг наприкінці XIX ст. написав роботу «Загальне вчення про право» [147, с. 68–70], у якій однозначно заявляє, що при утворенні звичаєвого права діють разом зовнішній і внутрішній чинники: переконання в юридичній природі норми та застосування цього переконання у ряді повторюваних дій. Звичаєве право виникає тоді, коли у відомих життєвих ситуаціях, протягом тривалого періоду й одноманітного застосування з'являється норма з сильним переконанням у її юридичній силі, тому таке переконання стає головним.

Значення наведеної ознаки підтвердив і Г. Дернбур, який убачав залежність обов'язкової сили звичаєвого права від факту його попереднього застосування. «Чим частіше дотримувалось і дотримується правило поведінки, тим менше сумнівів щодо наявності норми звичаєвого права» [215, с. 66].

Наведені погляди не відповідають на запитання, у чому полягає юридична природа звичаю, але підтверджують загальну характеристику

звичаю, без якого не може бути звичаєвого права. Звідси, з давнини загальноприйняті такі риси звичаю, як неодноразовість і одноманітність у застосуванні.

З огляду на наведене можна стверджувати, що для того, щоб утворився правовий звичай як джерело права, необхідно виникнення самого звичаю як соціальної норми, а отже, він повинен мати такі ознаки: повторюваність (неодноразовість, стійкість у певній сфері суспільних відносин), одноманітність застосування, дотримання суб'єктами суспільних відносин, і відповідність моральним настановам, фундаментальним для певного середовища.

Заслуга позитивної юриспруденції полягає у відшуканні саме формальної ознаки джерел права, яка дозволяє розкрити юридичний характер потенційних правових звичаїв. Інші ознаки не мають для них жодного юридичного значення.

Підсумовуючи наведене, необхідно сказати, що юридична сила звичаю залежить від зв'язку його змісту з формою, яка утворюється при виникненні першої політичної організації суспільства – держави.

Отже, керуючись поглядами наукової думки, а також порівнюючи їх з сучасністю, можна виділити основоположні ознаки правового звичаю як форми сучасного права:

1. Сукупність правил зовнішньої поведінки;
2. Соціальна норма (настанови, звички);
3. Норма позитивної моралі;
4. Спрямованість на досягнення певної соціально значущої мети;
5. Корисність (використовується лише через визнання її користі);
6. Засновується на суспільному авторитеті;
7. Є формою соціальної регуляції;
8. Несуперечність розумності, підтримання моральних настанов, відсутність похибок;
9. Одноманітність застосування (утворюється шляхом одноманітного застосування);
10. Визначеність;

11. Повторюваність або багаторазовість використання;
12. Безперервність (дії, існування);
13. Є нормою права;
14. Має юридичний чинник (правовий звичай не створюється дотриманням, пізнається через нього);
15. Створюється без втручання законодавчої (державної) влади;
16. Державне закріплення;
17. Гарантованість і забезпеченість з боку держави (санкціонування державою);
18. Обов'язковість виконання;
19. При недотриманні зумовлює юридичну відповідальність.

Актуалізація правового звичая, поширення його використання зумовлені також послабленням загальнодержавних зв'язків, формуванням форм ідентичності за територіальною, професійною, етнічною, конфесійною та іншими ознаками. Процес диференціації соціальної структури сучасного суспільства загалом і українського зокрема призводить до того, що вираження загального дедалі більше заміщується принципом обліку окремого (індивіда, спільноти), що намагається адаптуватися до нових соціальних реалій. Соціальні процеси українського суспільства моделюються як узаконеним центром, так і периферійними вогнищами (центрами) соціальної самостійності, що здебільшого спираються на звичаєво-правові норми. Останні формуються на таких підвалинах, як здоровий глузд і раціональність. Здоровий глузд базується на повсякденному досвіді людини, «узвичаєннях», переконаннях і забобонах, на визнанні внутрішньої достовірності, закладеної в людську природу. Здоровий глузд стихійно формується повсякденною свідомістю у процесі осмислення людиною свого життєвого досвіду. Відповідно до прагматизму здоровий глузд тотожний тій користі або вигоді, що людина одержує у певній ситуації. В основі здорового глузду лежить безпосередньо практичне ставлення до навколишнього світу. Зважаючи на здоровий глузд, людина не піднімається до теоретичного осмислення дійсності, загальнолюдського досвіду. У

результаті цього стихійно розвиваються й уявлення людини, що закріплюються в повсякденній практиці. Із цього виходить, що всі характеристики зовнішнього світу, пропущені крізь особистий життєвий досвід, адекватно і вичерпно відображають навколишній світ.

На думку Н. М. Оніщенко, елементи традиційності у сфері юридичного регулювання спостерігаються у стабільних умовах, що мало змінюються і продовжують зберігати одноманітність дій людини в соціальній та інших суспільних сферах [130, с. 74–78].

Правовий звичай є багатограним соціальним, моральним, правовим явищем, що потребує детальнішого дослідження сучасною юридичною наукою. Науковці наводять досить велику кількість думок щодо поняття, ознак, значення правових звичаїв і тому необхідно відшукати раціональну відповідь на сутність правового звичаю.

З огляду на викладене дисертантка пропонує своє 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 їх прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції.

Проаналізувавши ознаки правового звичаю та його юридичну природу, необхідно визначити, які ж види їх існують.

Відомий французький компаративіст Р. Давид звертав увагу на те, що ще римські юристи розрізняли кілька видів правових звичаїв. По-перше, звичаї *secundum legem* (на додаток до закону), які відіграють найважливішу роль, сприяють розумінню змісту тих термінів та висловів закону чи судового рішення, які вжито в особливому, відмінному від загальноприйнятого значенні (зловживання правом, розумна ціна та інші). По-друге, звичаї *praeter legem* (крім закону) застосовуються у випадку прогалин у праві, законодавстві, а

також, по-третє, *contra та legem adversus legem* (проти закону), наявні при колізії закону та звичаю, відіграють незначну роль у правовій системі [149, с. 250].

Залежно від країни та історичного періоду місце звичаю в системі формально-юридичних джерел права є неоднозначним: від а) повного заперечення його значення як джерела права (Литовський статут 1566 р.; радянське законодавство, яке визнавало лише поодинокі випадки його використання); через б) визнання звичаю додатковим джерелом права (Литовський статут 1529 р., 1588 р. (арт. 15 розд. 3), Звід законів західних губерній Російської імперії 1837 р. (проект); до в) визнання за звичаєм сили, рівної закону та навіть більшої за нього («Руська Правда» та паралельно діючі звичаї; «радянське революційне звичаєве право» до прийняття перших кодексів). Останній випадок притаманний для суспільств, у яких відбувається формування писаних законів уперше або нових законів. Також це типово для країн, де існує дуалізм державного та торговельного права (Франція, ФРН, Японія та інші). При виникненні спору в сфері торгових відносин звичай має тут пріоритет над цивільним законом. У деяких інших країнах (Велика Британія, США, ФРН) звичай може конкурувати із законом і в інших сферах [144, с. 179].

За прямим способом державного санкціонування виділяють такі види правових звичаїв: а) ті, на які посилаються у нормативних актах; б) ті, яких дотримуються у діяльності державних органів; в) міжнародно визнані.

За опосередкованим способом виділяють: а) договірні; б) систематизовані через діяльність неофіційних організацій, або неофіційні.

Правові звичаї розрізняють за сферою дії та регулювання певних правовідносин.

1. Місцеві звичаї – регулюють соціальні відносини, що виникають через місцеві особливості. Досить поширеним є випадок застосування місцевих звичаїв при тлумаченні договорів та різноманітних угод. Так, ст. 79 § 2 Цивільного кодексу Японії [18, с. 105] визнає одним із критеріїв тлумачення

угод, що діють у певних місцевостях, звичаї. Торговельне право Іспанії у випадку прогалін у торговому законодавстві використовує звичаї загального застосування у місцях вчинення угод.

2. Національний звичай – регулює соціальні відносини на рівні всієї країни і має більше сили порівняно з місцевим звичаєм. Національні звичаї враховують при регулюванні деяких відносин сімейного, цивільного, кримінального права в Україні, Індії, Екваторіальній Африці.

3. Спеціальні звичаї – правила поведінки, що склалися у певних специфічних відносинах: підприємницькій діяльності, банківських відносинах, торговій діяльності. Такі звичаї розраховані на регулювання чітко визначеного кола відносин і тому не можуть бути застосовані в інших правовідносинах.

4. Існує ряд партикулярних (локальних) звичаєвих норм, що регулюють специфічні відносини міждержавного характеру. Сучасна система міжнародного права характеризується не лише загальними нормами звичаєвого права. Ці норми поділяються на два типи. По-перше, до них відносять спеціальні норми, на основі яких окремі держави набувають особливі права. По-друге, це норми, які, на відміну від норм загального звичаєвого права, пов'язують лише окрему групу держав. Партикулярні норми можуть виникати серед держав, розташованих в одному географічному регіоні, в одній міжнародній організації тощо.

Правові звичаї можна класифікувати за характером дії:

1. Основні, що безпосередньо регулюють суспільні відносини. Вони наділені основною дією та самостійно регулюють відносини. У традиційних правових системах законодавець чітко визначає, які відносини регулюються тільки правовими звичаями, а які – іншими джерелами права. Тут відсутня конкуренція звичаю з іншими джерелами права.

2. Субсидіарні – розраховані на застосування у разі відсутності регулювання цих же відносин іншими джерелами права. Тобто, коли диспозитивна норма дозволяє використання правового звичаю, за згодою сторін, звичай має субсидіарний характер. Наприклад, Торговий кодекс

Португалії у ст. 269 дає посилання на застосування звичаю, якщо регулювання не встановлено договором.

Ще одним критерієм класифікації правових звичаїв є їх галузева належність. За галузями права звичаї поділяють:

1. Конституційні звичаї, тобто ті, які склалися у сфері державного (конституційного) права. До них відносять конституційні договори та звичаї, що формуються у системі державних органів. Вони характеризуються як особливий вид і використовуються в англосаксонській правовій сім'ї та державах з монархічною формою правління. Санкціонування за допомогою правового звичаю відбувається у разі відсутності відповідної норми права. Професор В. С. Чиркін [177, с. 155] визначає його як звичай, створений на основі конституційної угоди у процесі практичної дії його механізму. Конституційні угоди діють у ряді монархій Перської затоки, що не мають писаної конституції. Звичаї також регулюють порядок престолонаслідування та ряд прерогатив монарха.

Поняття та дія конституційних звичаїв запозичені з англійської правової системи, де вони є одним з найголовніших джерел державного права. На думку Р. Давида, «англійське конституційне право було б нісенітницею без конституційного звичаю, який теоретично не має юридичної сили, але який панує в англійському політичному житті» [155, с. 263].

2. Цивільно-правовий звичай – найбільш поширений вид звичаїв у всіх правових системах, тому його характеризують у романо-германській, англосаксонській та традиційній правових системах світу. Тут можна назвати звичаї ділового обороту, торгові звичаї, ділові узвичаєння тощо. Так, професор В. В. Ровний зазначає, що місце торговельного звичаю у механізмі приватноправового регулювання залежить від двох моделей приватного права: дуалістичної у Німеччині, Іспанії, Франції, Японії та моністичної – у Росії [152, с. 54].

3. Міжнародно-правові звичаї.

Будучи різновидом правових звичаїв, ці норми мають ряд особливостей.

Перша і основна полягає в тому, що сфера дії цих звичаїв не обмежується територією окремо взятої держави.

Друга особливість визначається суб'єктним складом міжнародних відносин.

Третя – пов'язана з ознаками, наявність або відсутність яких є визначальним фактором для міжнародно-правового звичаю як джерела міжнародного права.

Стаття 38 Статуту Міжнародного суду ООН містить перелік джерел міжнародного права, керуючись якими суд повинен вирішувати судові спори. Серед них – міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної правової норми. Як згадувалося, згідно з п. 1-б ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН, «правовий звичай» визначається «як доказ загальної практики, визнаної правовою нормою» [46, с. 159-160].

Загальне визначення міжнародного звичаю за більшістю підручників таке: міжнародним звичаєм може бути правило поведінки суб'єктів міжнародного права, яке утворилося внаслідок багаторазового його повторення та визнання як правової норми.

Ознаки, що регулюють звичаєву норму міжнародного права, досить довго дискутувались. Наприкінці ХХ ст. було встановлено єдиний підхід, за яким норма міжнародного права різниться від норми національного права процесом її формування.

По-перше, елемент повторюваності не має місця у певних випадках, і правило поведінки виникає лише внаслідок прецеденту. Такі випадки, однак, є винятком із правил.

Водночас можливе виникнення звичаю внаслідок короткострокового його застосування. Прикладом є миттєве визнання державами свободи використання космічного простору, що пізніше отримало й договірне закріплення.

Крім того, у рішенні Міжнародного суду у справі про континентальний шельф Північного моря визначено: «Короткий період часу не є обов'язковою перепорою для утворення нових норм міжнародного звичаєвого права...».

Фінський професор Алан Розас навіть запропонував ввести термін «швидке звичаєве право» [199, с. 157].

По-друге, деякі автори висловлюють думку з приводу безперервності міжнародної практики, яка може призвести до створення звичаєвої міжнародної норми. «Таке твердження не відповідає дійсності. Правильніше сказати, що жодна звичаєва норма міжнародного права не з'явилась у результаті безперервної міжнародної практики» [104, с. 86].

Історія виникнення одного з основних принципів міжнародного права – принципу невторчання засновується саме на цьому принципі. З'явившись у XVII ст., його неодноразово було порушено (інтервенції наполеонівських агресивних війн, політика Священної ради тощо).

По-третє, звичаєва норма міжнародного права може виникати як через позитивну дію, так і через бездіяльність.

Практична діяльність держави полягає в утриманні від певних дій або навпаки. Як правило, певна позитивна дія має більше шансів встановити існування звичаю міжнародного права. Але не виключена можливість його створення за повної бездіяльності у ряді випадків.

Думка про те, що міжнародно-правовий звичай, визнаний більшістю країн, є обов'язковим для усіх інших країн, знаходить підтримку у міжнародно-правовій літературі.

Незважаючи на інтенсивну кодифікацію міжнародного права, значення правового звичаю у міжнародному житті зберігається. Одні й ті ж міжнародні відносини можуть регулюватися для одних держав договірними нормами, а для інших – звичаєвими.

Питання про міжнародно-правові звичаї було предметом уваги спеціалістів протягом століть у зв'язку з визнанням їх основним джерелом міжнародного права. Але й у теперішній час правовий звичай відіграє значну роль у регулюванні міжнародних відносин, чого не можна сказати про звичай як джерело національного права.

За галузевою належністю можна визначити й інші види звичаєво-правових норм, але у системах права інших країн вони можуть не збігатися.

У сучасних правових системах світу використовуються не завжди однакові види звичаїв, оскільки державне санкціонування тих або інших звичаїв пов'язане з особливостями формування внутрішньої системи права.

Залежно від країни, місце звичаю в системі формально-юридичних джерел права є неоднозначним. Так, в Україні звичай посідає додаткове місце поряд із головним джерелом права – законом. Звичаю відведена невелика роль через впровадження в правову систему держави новітніх європейських норм і приписів, також через історико-культурні чинники, які справляють свій вплив через територіальну пригнобленість та намагання знищити український народ як націю протягом тривалого періоду.

Світове надбання людини у питаннях правового звичаю величезне. Юридична наука спирається на інші науки, щоб точніше визначити види правових звичаїв, розкрити глибинні ознаки та особливості звичаєвого права. Ширше розкриття питань, що висвітлені у параграфі, дає змогу скласти у єдину мозаїку аспекти теоретичної сутності правового звичаю та практичного висвітлення його на юридичному рівні.

Правовий звичай посідає значне місце серед розмаїття форм права. Видова класифікація правових звичаїв дає можливість визначити їх прояв на різних континентах, у різні часи, у різних правових системах. У дисертації було удосконалено та розширено класифікацію правових звичаїв за різними критеріями. Глибокий аналіз та їх систематизація розкривають шлях правового звичаю від давнини до сьогодення.

1.3. Теоретичні аспекти розмежування понять правовий звичай як джерело права і як форма права

Розгляд у попередніх підрозділах особливостей правового звичаю та мононорматики з логічною послідовністю виводить нас на проблеми розуміння форми (джерел) права та їх співвідношення. В юридичній науці існує значна кількість думок з приводу розуміння правового звичаю як форми права або як джерела права. Такі розбіжності викликають дискусії серед сучасних правознавців, хоча вважається, що проблема начебто розв'язана.

Вирішення питань, що стосуються поняття форми права та його співвідношення з джерелами права, є наслідком проблем праворозуміння та визначення самого поняття права [228, с. 4–11].

Тому розглянемо форми і джерела права з позитивістської та природної точок зору, що найбільш визнані у світовій науці.

У процесі глибокого та різнобічного пізнання правової матерії не можна обійтись без розгляду питань, пов'язаних з визначенням формулювання загального поняття форми і загального поняття джерела права [213, с. 67; 54, с. 97–105; 154, с. 60]. Вивчення форм права, на думку Д. А. Керімова, має надзвичайно важливе теоретичне і практичне значення не лише тому, що організовує і виражає зовні суть і зміст права, а й тому, що від їх особливостей залежить багато факторів правового життя: загальнообов'язковість, нормативність, ступінь юридичної сили правових актів, методи й способи правового регулювання суспільного життя тощо. Багатоманітність форм права передбачає визначення їх загального поняття, на основі якого буде можливим визначити особливості і значення кожного з них [67, с. 113].

Визначаючи сутність форми права, необхідно пам'ятати про те, що це багатогранна, багат шарова та значна категорія, що постійно розвивається. Вона не існує відокремлено від своєї соціально-класової сутності та змісту. Закон, правовий звичай лише тоді стають соціально значущими, коли

відображають і формально-юридично організують конкретну соціально-класову реальність.

Правознавці висловлювали думки про те, що формою вираження права виступає юридична норма. При цьому юридична норма є внутрішньою формою права, а зовнішніми формами виступають нормативно-правові акти. Така форма визначає місце юридичної норми у системі права та її ієрархічне становище [61, с. 134]. Ця точка зору піддавалась критиці. Ще задовго до її появи була виражена думка, яку багато науковців поділяють і дотепер: «Правова норма – не форма права, а саме право» [5, с. 48].

Форма права – це спосіб (прийом, засіб) внутрішньої організації і зовнішнього виразу права, а точніше – виразу правил поведінки, що містяться у нормі права.

На думку Н. М. Пархоменко, розкрити форму права означає виявити структуру системи джерел права, визначити їх співвідношення та взаємозв'язок. Розкриття форми права дає, відповідно, можливість виявити місце та роль окремих способів встановлення або санкціонування державою загальнообов'язкових приписів, визначити роль та потенційні можливості кожного з джерел права у механізмі правового регулювання [134, с. 15].

У деяких виданнях поняття «джерела права» і «форми права» не ототожнюються. Вони, за твердженням авторів, тісно взаємопов'язані, але не збігаються. Якщо форми права показують, як зміст права організовано і виражено зовні, то джерела права – це витoki формування права, система факторів, що визначають його зміст і форми вираження.

Ще на початку ХХ ст. І. В. Михайловський писав, що термін «джерела права» на той час не мав визначеного поняття.

Так, В. М. Шаповал зазначає, що формами існування будь-якої галузі національного права є нормативно-правові акти, що належать до формальних джерел права [211, с. 5]. Ту саму ідею висувають і автори підручників з теорії держави і права, які визнають юридичні джерела (форми) або соціально-значущі джерела офіційно-документальними формами вираження і закріплення

норм права, що виходять від держави і надають їм юридичного, загальнообов'язкового значення.

На початку 40-х років ХХ ст. під джерелом права розуміли спосіб, за допомогою якого правила поведінки надається державою загальнообов'язковості [30, с. 173] або ж форми законодавчої норми [68, с. 3]. Дотепер у юридичній науці констатують факт відсутності єдиного поняття джерела права. На думку Жана-Луї Бержеля, така відсутність зумовлена тим, що цим терміном позначають змістові і формальні джерела права [14, с. 97].

Так, В. М. Сирих зазначає, що під джерелами права розуміють способи вираження та доведення рішень правотворчих органів про прийняття відповідних норм права до зацікавлених осіб [177, с. 107–108].

Н. Л. Грант вважає, що про джерела права говорять як про фактори, що спричиняють появу права. Такими є правотворча діяльність держави, воля панівного класу (усього народу) і матеріальні умови життя суспільства. Але є більш вузьке розуміння джерел права, що вказує на його значення при вирішенні судових справ. У континентальних державах – це, по суті, нормативно-правові акти. Договір як джерело права має відносно невелике поширення, звичай взагалі не має місця, а прецедент континентальної правової системи відкидається. По суті, йдеться про зовнішню форму права, що означає вираження державної волі зовні [127, с. 115].

М. М. Марченко розглядає джерело права одночасно з різних сторін та аспектів [99, с. 45–100]:

1. З етимологічного боку – з точки зору відмінних поглядів про джерело:
 - те, з чого береться що-небудь;
 - те, що наділяє життя, слугує основою для чогось;
 - письмова пам'ятка, документ, на яких ґрунтується наукове дослідження;
 - вихідні місце та позиція, які слугують для розвитку.
2. З природної точки зору – географічної, кліматичної, біологічної: впливає безпосередньо на процес правотворчості, і, відповідно, на саме право.

Це свого роду природне джерело права. У науковій літературі неодноразово акцентувалась увага на тому, що «природні фактори відіграють роль сили, яка впливає на правове регулювання і це є більш ніж очевидно» [118, с. 39].

Ще у XVIII ст. Шарль Луї де Монтеск'є, вивчаючи вплив кліматичних умов на право, зазначав у своїй праці «Дух закону»: «Якщо є справедливим, що характер розуму і потяг серця надзвичайно відрізняються у різних кліматичних умовах, то закони повинні відповідати і відмінності цих потягів, і відмінності цих характерів» [110, с. 272].

3. З соціальної, політичної, ідеологічної, культурологічної та інших подібних точок зору, що прямо впливають на правотворчість. Таке джерело права можливо назвати соціальним джерелом. Існування його настільки ж природне, наскільки закономірне виникнення самого соціально зумовленого права на всіх національно-правових рівнях і розрізах, починаючи з макрорівня – правової системи і правової сім'ї і закінчуючи середнім рівнем (окремі галузі та інститути) і мікрорівнем – численні норми права.

Виходячи з зумовленості права соціальним, культурним та іншим середовищем, деякі автори визначають джерела права саме через такі фактори. А саме – як процес селективної еволюції культури, що акумулює у своїх нормах поведінки соціальний досвід людства [173, с. 138].

4. З матеріальної точки зору, або з точки зору сприйняття економічних факторів як джерела права, то вони впливають на процес правоутворення разом з іншими факторами. Виходячи з природи і характеру такого джерела, його зазвичай називають матеріальним джерелом права.

До загальносоціальних джерел відносять економічні, соціальні, політичні, морально-культурні та інші фактори, що породжують або об'єктивно зумовлюють виникнення правових норм. У російській літературі зустрічається ще більша градація. Тут виділяють матеріальні, ідеальні та юридичні джерела права.

Матеріальні – ґрунтуються на системі об'єктивних потреб суспільного розвитку, своєрідності даного способу виробництва, базових відносинах. Але

суспільні потреби мають бути осмислені та скориговані законодавцем відповідно до рівня його правосвідомості та політичної орієнтації. На його позицію можуть впливати особливості міжнародної та внутрішньополітичної обстановки, деякі інші фактори. Всі ці обставини у сукупності і становлять ідеальне джерело права.

5. З філософської точки зору при розгляді такого підходу передусім розглядають, яка позиція (ліберальна, консервативна тощо) була основою тієї чи іншої правової системи, того чи іншого джерела права, на базі яких філософських конструкцій створюється та чи інша правова система, відповідно, і система права.

6. З формально-юридичної точки зору основну увагу звертають на засоби внутрішньої організації правової матерії, а також її зовнішнього вираження. В таких випадках джерело права називають «джерелом у спеціально-юридичному значенні». При цьому під джерелом права розуміють «спосіб вираження і закріплення норми права як ідеї про необхідне або допустиме в об'єктивній дійсності», або як «те, у чому міститься норма права, те, звідки юристи-практики черпають знання про норми позитивного права» [43, с. 52].

Термін «джерело права» має глибоке коріння, тому і має багато значень:

- фактори, що зумовлюють виникнення, розвиток, зміст права: система соціально-економічних відносин (матеріальне розуміння);
- сукупність юридичних ідей, поглядів, теорій, під впливом яких утворюється і функціонує право (ідеалістичне розуміння);
- історичні пам'ятки, що колись мали значення діючого права («Руська Правда» в Київській Русі, Закони Хаммурапі у Вавилоні);
- способи зовнішнього вираження і закріплення правових норм (спеціально-юридичне розуміння) (це є власне форма права).

Вибір терміна «джерела права» приписують Тіту Лівію, який у своїй «Історії» називає Закон XII таблиць джерелом права. Історики держави і права ще досі називають історичні пам'ятки джерелами права. Але, на думку вчених,

таке його визначення є невдалим. Г. Ф. Шершеневич зазначав, що під таким ім'ям джерела права розуміють також:

1) сили, що творять право (джерелом слід вважати волю Бога); матеріали, покладені в основу законодавства (наприклад, коли говорять, що римське право є джерелом для німецького цивільного кодексу, праці вченого Пот'є для кодексу Наполеона);

2) історичні пам'ятки, які колись мали значення діючого права («Руська Правда»);

3) засоби пізнання чинного права (наприклад, вираз: «право можна пізнати із закону») [216, с. 52].

Незалежно від критеріїв класифікації джерел права, їх видів, понять та змісту усі вони виступають у рамках правової системи як єдине ціле, те, що формує існуючу правову систему і наповнює конкретним нормативним змістом.

Кожній національній правовій системі, умовно, притаманна своя система джерел права. Умовність викликана тим, що у ряді випадків одні й ті самі джерела права виходять за рамки окремих національних правових систем і «обслуговують» цілі спільноти – різноманітні правові сім'ї. Це стосується передусім формально-юридичних джерел права, що виступають у вигляді закону, декрету та інших нормативно-правових актів.

Н. М. Оніщенко у праці «Становлення та розвиток джерел радянського права в Україні» зазначає, що поняття «джерело права» є невіддільним від поняття «юридична норма». Якщо йдеться про джерела права, мається на увазі передусім той або інший спосіб існування норм права. Джерела права історично різноманітні, але в усіх випадках вони є носіями правових норм. Тому з погляду етимології при визначенні джерела права було б точніше вживати поняття «джерело правової норми». Також джерело права є зовнішньою формою вираження правової норми, яка дає уявлення про сучасні державно-обов'язкові правила, зокрема звичаєві [130, с. 17].

Відмічаючи системний, упорядкований характер джерел права в межах окремих правових систем та сімей, необхідно мати на увазі їх субординаційний та ієрархічний характер. Ієрархічний характер проявляється не лише у фактичному поділі джерел права на первинні (соціальні, матеріальні та інші) і вторинні (формально-юридичні) джерела, де перші зумовлюють саме існування і зміст других, але виступають й у інших проявах. Зокрема в ієрархічному, субординаційному характері відносин між окремо взятими матеріальними, соціальними та іншими первинними джерелами права, з одного боку, і формально-юридичними, вторинними джерелами права – з другого.

Загальновизнаним є той факт, що вторинні джерела – формально-юридичні джерела у вигляді законів, постанов уряду, наказів міністрів та інших нормативно-правових актів – ніколи не знаходились і не можуть знаходитись на одному формально-юридичному та фактичному рівні. Залежно від властивої кожному юридичної сили, усі формально-юридичні джерела наділені одне щодо одного ієрархічним, субординаційним характером, підкорені одне одному, доповнюють та деталізують одне одного.

Певний взаємозв'язок та взаємозумовленість, що асоціюються із субординацією та ієрархічністю, існує не лише у системі вторинних джерел права, а й первинних. Один з проявів субординаційного характеру проявляється в тому, що, будучи матеріальним, соціальним змістом конкретних формально-юридичних джерел права, первинні джерела разом із ними вибудовуються у той самий субординаційний ряд і наділені тією ж ієрархічністю, що й формально-юридичні джерела.

Іншим проявом субординаційних відносин первинних джерел права може слугувати, з одного боку, взаємозв'язок матеріальних та соціальних факторів, що виступають як первісні джерела права, а з другого – історична зумовленість матеріальних, соціальних та інших факторів географічними, кліматичними та іншими природними факторами.

Субординаційний характер відносин між первинними джерелами права має прихований характер.

Аналогічною є ситуація, коли йдеться не лише про первинні та вторинні джерела, безпосередньо пов'язані з процесом правоутворення, а й з процесом правотворчості та законотворчості.

Процес правотворчості, що є, по суті, складовою правоутворення, охоплює меншу сферу життя суспільства й економіки, ніж процес правоутворення, обмежується лише процесом розробки та прийняття нормативно-правових актів. У свою чергу процес законотворчості, що виступає одночасно як важлива складова, продовження процесу правоутворення та процесу правотворчості, охоплює ще меншу, порівняно з ними, сферу життєдіяльності суспільства та економіки, обмежується лише сферою розробки та прийняття законів.

Розглядаючи питання про поняття, зміст та систему джерел права, не можна оминати проблему співвідношення понять «джерело права» та «форма права». У сучасній науковій літературі наголошується, що терміни «форма права» та «джерело права» вважаються «традиційно стійкими, а протиріччя ліквідовані», однак «проблема форм та джерел права продовжує залишатись актуальною, оскільки вона має не лише термінологічну, семантичну складову, а й змістову» [154, с. 60].

Питання про співвідношення форми та джерела права вітчизняними та закордонними авторами завжди вирішувалось і досі вирішується неодноманітно [223, с. 4–11]. Традиційно існує дві, незалежні одна від одної і несумісні одна з одною, точки зору.

Сутність першої полягає у повному ототожненні джерела права із формою права, зведенні джерела права з формою права і навпаки. Щоб уникнути непорозумінь у подібних ситуаціях при розгляді форми права, після написання цього терміна «форма права», як правило, у дужках, як констатація тотожності та рівнозначності термінів пишуть «джерело права».

Як приклад можна навести роботу М. І. Байтіна «Сутність права (сучасне нормативне розуміння на межі двох століть)», де поняття «форма права повністю ототожнюється з поняттям «джерело права», і такі терміни

вважаються рівнозначними. «Під формою (джерелом) права, – зазначає автор, – слід розуміти певні способи (прийоми, засоби) вираження державної волі суспільства». До історичних «форм виразу права (джерел права у юридичному сенсі) належать правовий звичай, судовий прецедент, договір з нормативним змістом, нормативний акт» [13, с. 67].

У монографічній праці Н. М. Пархоменко наводиться думка про те, що звичай водночас є і джерелом, і формою права [134, с. 50–51].

Сутність другого підходу до розв'язання проблем співвідношення джерел права полягає у тому, що їх поняття розглядаються як повністю несумісні один з одним, а терміни, що їх відображають, – як далеко нерівнозначні один одному. У науковій літературі у зв'язку з цим відмічається, що, попри те, що поняття «форма права» і «джерело права» тісно взаємопов'язані, вони не збігаються, адже якщо форма права вказує на організованість і вираженість змісту права, то поняття «джерело права» охоплює «витоки формування права, систему факторів, що визначають його зміст і форми виразу» [95, с. 11].

На захист другого підходу наводиться така точка зору: ототожнення понять «джерело права» і «форма права» є хибними. У науці не має бути тотожних термінів, що визначають одне й те саме поняття. Це свідчить про те, що в науці існує прогалина, яку треба усунути [135, с. 54].

Аналізуючи такі підходи до вирішення питання про співвідношення форм права та джерел права і співвідносячи їх з реальністю, не важко помітити, що вони мають недоліки: однобічність в оцінці та прямолінійність при розгляді явищ. Форму «або – або», що зводиться лише до одного висновку щодо форми або джерела права, а саме – або до того, що вони збігаються, тотожні один одному, або навпаки, вони не тотожні один одному і не збігаються один з одним та з реальним станом речей.

Різнобічне вивчення поняття та змісту форми і джерел права, а також аналіз характеру їх взаємовідносин недвозначно вказує на те, що в одних відносинах форма і джерело права можуть збігатися, тоді як у інших відносинах

вони можуть значно різнитися один від одного і не можуть вважатися тотожними.

Збігання форми та джерела права має місце тоді, коли йдеться про вторинні, формально-юридичні джерела права. Останні нерідко називають просто формальними джерелами права [40, с. 23; 134, с. 62]. Тим самим підкреслюється, між іншим, ідентичність форми та джерела права, де форма вказує на те, яким чином організований та виражений зовні юридичний (нормативний) зміст, а джерело – на те, які юридичні та інші витoki, фактори, передбачають форму права та її зміст [127, с. 349–350].

Щодо первинних джерел права, що розглядаються як матеріальні, соціальні та інші фактори впливу і передбачення процесу правоутворення, правотворчості та законотворчості, то збігання джерел права з формами права немає і не може бути. Однією з причин є те, що такі феномени знаходяться на різних рівнях і обслуговують різні сфери. Матеріальні, соціальні та інші джерела – фактори впливу на процес правоутворення, правотворчості та законотворчості належать до відповідних – матеріальних та інших реальних сфер життя.

Форма права, як і саме право в цілому, асоціюється з формальними (формально-юридичними) сферами життя суспільства, а точніше, з формально-юридичними аспектами матеріальної, соціальної та інших реальних сфер життєдіяльності.

Виходячи з наведеного, вбачається, що за збігання понять форми та джерела права, ці терміни можна розглядати як взаємозамінні, ідентичні за змістом та значенням. У всіх інших випадках подібна взаємозамінність таких термінів, в силу неадекватності розглядуваних явищ і понять, що відображають їх, вилучається.

Однак у навчальній літературі, і нерідко у науковій юридичній літературі, різним змістовим відтінкам термінів та понять «джерело права» та «форма права» не надається особливої уваги, і вони майже у всіх випадках розглядаються як ідентичні [185, с. 186–188]. Однією з причин цього є те, що за

такого підходу віддається належне існуючій у сфері пізнання форм та джерел права своєрідній традиції.

1.4. Роль і місце правового звичаю у системі форм сучасного права (загальна характеристика)

Форми права та їх співвідношення є важливим елементом правопорядку. Як зазначив А. І. Рябко, «світові та національні правові системи, різняться не лише багатоманітністю зовнішніх форм права, а й їх співвідношенням, ієрархією, збалансованістю» [154, с. 108–109]. Тобто, форми права є важливим елементом сучасних правових систем.

У такому співвідношенні характерним є співіснування та взаємовплив романо-германської правової сім'ї та системи загального права. Як відомо, для континентальної системи характерною є керівна роль законодавства, для англосаксонської – судовий прецедент. Але у процесі еволюції та взаємного впливу систем континентальне право зазнає впливу тенденції до посилення нормативного значення судової практики. Так, в адміністративному праві Франції судова практика адміністративної юстиції на чолі з Державною радою «сформувала основоположні норми адміністративного права без посилання на писані нормативні акти» [20, с. 57–61]. Меншою мірою судова практика впливає на формування цивільного права: постійно оновлюваний Цивільний кодекс має безперечний пріоритет. Водночас у цивільному обороті велике значення має торговельний звичай. Значну роль також відіграє здійснення правосуддя: тлумачення законів є обов'язковим елементом цивільного права Франції [111, с. 41–42]. 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 [79, с. 166]. Водночас суд не може формально відмінити 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, але 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». При цьому в межах звичайних правил інтерпретації статутів «англійські судді найчастіше надають перевагу намірам законодавця перед буквальною інтерпретацією...», коли важко встановити намір і судді отримують надзвичайно широку свободу тлумачення норми закону [150, с. 13].

У країнах із загальним правом матеріальне та процесуальне право розроблялось суддями. Так, закони про відправлення правосуддя в Англії розроблені спеціальними комітетами суддів, затверджуються лорд-канцлером і набирають чинності за відсутності заперечень парламенту. Верховний суд США встановлює правила судочинства, які набирають чинності за відсутності заперечень з боку Конгресу [151, с. 19]. Незважаючи на це, роль закону в системі загального права поширюється.

У свою чергу в романо-германській правовій системі велике значення має нормотворча складова правосуддя. Це спричинило висновки про конвергентність правових систем. Для цього є ідеологічні та історичні підстави – ідеї лібералізму, індивідуалізму, суб'єктивні права. Великий вплив на зближення має європейська інтеграція, прецеденти та судова практика, особливо Суду Європейського співтовариства та Європейського суду з прав людини. Р. Давид відмітив: «Прагнення говорити про єдину сім'ю західного права настільки велике, що у деяких країнах існують такі правові системи, які важко віднести до тієї чи іншої правової сім'ї, оскільки вони багато чого запозичили» [149, с. 215]. До змішаних правових систем можна віднести право Ізраїлю, ПАР, Філіппін, шотландське, право канадської провінції Квебек під впливом англійської та французької традицій.

Досить цікавою та незвичною у сучасній Європі є невелика держава, що отримала суверенітет 1929 р. Це Ватикан – релігійний центр католицизму. Розташований він на території Італії і є резиденцією Папи Римського. Населяє Ватикан близько тисячі осіб, більшість з яких є службовцями ватиканських установ. У Ватикані діють курси канонічного права, на основі яких навчаються студенти з багатьох країн. Ватикан – це невеличкий «острівець», який сповідує давні релігійні звичаї, моральність, дає настанови заєвропеїзованому населенню.

Тут за відсутності власної конституції діють конституційні акти. Основними джерелами права є закон та канонічне право – сукупність канонів релігійно-правових приписів, що регулюють відносини всередині церкви та шлюбно-сімейні відносини. Використання канонічного права – звичай віруючих католиків [24, с. 137–138].

Підґрунтям правосвідомості більшості осіб є духовні принципи. Відповідно, причина нехтування, зневаги та порушення встановленого права полягає у неадаптованості церковних положень, що тримаються у свідомості законослухняних громадян. Сьогодні чітко помітна відмінність між принципами так званого громадянського суспільства та закладеними у законодавстві канонами церкви.

Канонічне право має досить глибоке коріння. Воно виникло як право християнської церкви загалом. Пізніше відбувся розпад церкви на дві гілки: Римську католицьку церкву та Грецьку православну церкву. Набираючи обертів, церква виділила свої положення, канони в окрему науку. В школах почали викладати канонічне право у всіх напрямках знань (починаючи від технічних та закінчуючи гуманітарними), були створені духовні семінарії, школи [44, с. 57].

Місце канонів у світських державах незначне. Політика влади спрямована на задоволення різноманітних важливих інтересів, але зовсім не на зміцнення правової культури суспільства. Йдеться про відверте нехтування основними

принципами моралі, про відсутність певного апарату відновлення загальнолюдських, духовних цінностей суспільства.

Вважаємо, було б корисно ввести в законодавство положення з канонічного права. Адже звернення до церковного права актуалізує дослідження глибин Священної книги як джерела нормативних моделей, що вплинули на процес формування сучасної правової культури.

За сучасним законодавством не в усіх країнах світу присутня практика призначення на посаду особи, що не була засуджена за злочин. Церква ж у даному питанні безкомпромісна. Тяжкі гріхи: вбивство, навіть ненавмисне, крадіжка, блуд та подружня зрада – перепони на шляху до зайняття священного місця, незалежно від перебігу строку з дня вчинення. Не можуть бути рекомендовані для посвяти в сан особи, що були покарані до позбавлення волі. Звичайно, до них не відносять осіб, які страждали за віру.

Позитив канонічного фундаменту полягає не в дискримінації громадян за їх расовими, національними та іншими ознаками. Головне – відданість та впевненість у своїй вірі.

У Ватикані дотримуються правила: не може бути призначено в священний сан особу, яка має негативну репутацію, навіть необґрунтовану. Клірики (кандидати на вступ у клір) повинні мати добру репутацію, причому не лише серед християн. За словами апостола Павла, «належить йому також мати добре свідчення мирян, щоб не ввійти в нарікання...» (1 Тим. 3:7). Тому кандидатами не можуть бути особи, професії яких недостатньо поважають у суспільстві. Наприклад, у давнину до списку недоброчесних занять заносилось утримання гральних домів. Вважаю, з наведеним не можна не погодитись. Хоча з погляду права – «не доведено, не злочин» [44, с. 67].

Не потрібно пригнічувати й так пригнічені корені церкви в правосвідомості громадян. Їх необхідно повертати і вносити в широкі кола суспільства. Але передусім потрібно надати можливість вивчати Боже слово у всіх навчальних закладах, а не лише тих, що спеціалізуються на підготовці священнослужителів. А вже потім поєднувати законодавство й християнські

канони. Церковне право Ватикану існує у романо-германській правовій системі та справляє позитивний вплив на сучасні правові системи, поширюючи духовні настанови у європейському суспільстві.

Підлягають врахуванню процеси взаємного впливу й еволюції національних та світових систем права з міжнародним публічним та приватним правом.

Міжнародне право об'єктивно виступає як соціально-необхідний інструмент регулювання міжнародних відносин, що впливає на національний правопорядок. Загальновизнані принципи та норми міжнародного права в теперішній час є визнаними більшістю країн системою правил, що дає можливість у процесі взаємодії розв'язувати найважливіші проблеми міжнародних відносин.

У загальній теорії права, у міжнародному праві традиційно використовують етимологічне значення слова принцип (*principium*) – починання, основа, керівна ідея, вихідне положення (вчення про організацію діяльності тощо). З погляду впливу на генезу національного права багато принципів відіграють ідеологічну, орієнтуючу роль. Принципи права як вихідні нормативно керуючі основи (імперативні вимоги) визначають загальну спрямованість правового регулювання суспільних відносин. Тому принцип – це передусім ідея, що має правовий характер, у відповідності з якою будується уся система відносин, а також ряд підсистем, що дає змогу виділити принципи економічної, правової та інших систем. У свою чергу серед принципів правових систем, залежно від об'єктивності форми, виділяють принципи-ідеї (існують у формі правосвідомості) і норми-принципи, тобто ті принципи-ідеї, які закріплені у джерелах права. Останній різновид принципів правової системи можна називати принципами права [183, с. 222]. Залежно від структурних елементів тих чи інших систем права (як внутрішньодержавна, так і міжнародна), їх поділяють на принципи окремих інститутів та галузей права, міжгалузеві та загальні принципи права. При цьому необхідно вважати, що загальні принципи вживаються не лише як визнані усіма або багатьма

суб'єктами права, а винятково як ідеї, як основи усього права, а не лише окремої його частини. У такому контексті важливо враховувати, що нормами права стають тільки ті ідеї, які закріплені у його джерелах. Навряд чи буде справедливим протилежний висновок з останнього твердження. Неможливо погодитись з висновком І. І. Лукашука про те, що основні ідеї «системи міжнародного права знаходять свій вираз у нормах міжнародного права» [91, с. 9]. Безумовно, певна частина ідей міжнародного права не знайшла віддзеркалення у правових нормах і продовжує існувати в ідеальній формі. При цьому ці два різновиди принципів займають різні місця у механізмі правового регулювання (впливу), адже їх юридичне значення різне. Але така обставина не означає, що принципам-ідеям необхідно приділяти менше уваги.

В. М. Карташов вважає, що принципи відрізняються від норм права тим, що не містять санкції, а не рідко й інших структурних елементів норми (гіпотезу або диспозицію). «Вони мають досить високий рівень узагальнення та абстракції нормативних приписів і, як правило, вимагають конкретизації і деталізації у процесі впливу на поведінку людей» [183, с. 223]. Звичайно, важко не погодитись з таким твердженням, але навряд чи реальне використання у Конституції України загальновизнаних принципів зумовлене саме цим. У «Курсі міжнародного права» принципи міжнародного права характеризуються як «норми, що мають загальний характер», тобто «загальні юридичні правила». Основні принципи у такому контексті визначаються як «історично зумовлені, основоположні, загальноприйняті норми, що виражають головний зміст міжнародного права, його характерні особливості та мають вищу юридичну силу» [132, с. 53; 82, с. 5]. Характерним у загальнотеоретичній літературі став поділ норм права на відправні (первинні) та норми-правила поведінки. До перших відносять норми-начала, норми-принципи, норми-дефініції та інші [124, с. 123]. Тому у такому випадку можливо говорити, що норма-принцип – це один з різновидів норм права. У науковому обороті при характеристиці національного права різних держав використовується категорія «загальні принципи права». Поняття «загальновизнані принципи та норми» має

виключно міжнародно-правову природу, адже лише у цій системі може йтися про визнання чи невизнання тих або інших ідей і нормативів різними державами. Але специфіка міжнародного права полягає у тому, що загальноновизнаними норми або принципи можуть стати лише після їх визнання усіма без винятку державами. Таку позицію поділяє А. М. Талалаєв, вважаючи, що загальноновизнані норми – це такі норми, які офіційно визнані усіма або майже усіма державами, незалежно від їх соціального устрою, як загальнообов'язкові [181, с. 5]. І. І. Лукашук вважає, що, оскільки договорів за участю усіх або майже усіх держав немає, загальноновизнані принципи та норми існують у формі звичаю. При цьому звичайна норма може стати нормою загального міжнародного права в результаті визнання її не усіма, а достатньою більшістю держав [93, с. 9].

Вираз «загальноновизнані принципи та норми міжнародного права» не є випадковим або довільним словосполученням. Це стійкий міжнародно-правовий термін, що набув достатнього поширення як у міжнародних, так і у внутрішньодержавних актах. Як зазначає А. М. Талалаєв, «конституції різних країн, міжнародні договори та інші міжнародні акти використовують таку формулу, яка для свого ефективного застосування потребує розкриття її нормативно-правового змісту» [181, с. 7].

Основними формами виразу цих принципів і норм є дві: договірна та 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 можна погодитись з І. І. Лукашуком, що у разі колізії з законом загальноновизнані принципи і норми міжнародного права наділені тією ж силою, що й міжнародні договори.

При співвідношенні загальноновизнаних принципів та міжнародних договорів у юридичній літературі і практиці державного та міжнародно-правового регулювання загальні принципи права можуть вживатись у двох значеннях: як форма і як зміст.

Перша точка зору, відповідно до якої загальні принципи розглядають як форму міжнародного права, достатньо добре виражена у ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН: «Суд, який зобов'язаний вирішувати передані йому спори, керуючись міжнародним правом, застосовує:

а) міжнародні конвенції, як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, що визнані державами-сторонами спору;

б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної як правова норма;

с) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями;

д) із застереженням, вказаним у ст. 59, судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих спеціалістів з публічного права різноманітних націй як допоміжні засоби для визначення правових норм» [46, с. 159-160].

Б. Жак'є вважає, що, включивши до форм міжнародного права загальні принципи, «упорядники Статуту виразили тим самим своє прагнення максимально розширити юридичну базу Міжнародного суду, допускаючи можливість використання їх як принципів публічного міжнародного права, так і загальних принципів національних правових систем» [51, с. 32]. Таким чином, підкреслюється, що загальні принципи подібно до правового звичаю одночасно можуть виступати як носії правової інформації, і як сама інформація. Вони також можуть бути використані суб'єктами правозастосування як форми права для винесення правозастосовчого рішення за прогалин у праві. А. В. Мелешников вважає, що «загальновизнані принципи і норми міжнародного права можуть безпосередньо застосовуватись у внутрішньодержавній сфері, викорінюючи прогалини у законодавстві, але не можуть бути застосовані замість норм національного права, які їм суперечать» [106, с. 437]. Необхідно також відмітити, що значна частина загальновизнаних принципів і норм міститься саме у договірній формі.

Друга точка зору, як зазначає В. А. Толстик, є домінуючою у доктрині [194, с. 74].

На думку І. І. Лукашука, загальні принципи права не є якоюсь формою міжнародного права. Вони включаються у міжнародне право і наділяються статусом звичаєвих норм у результаті їхнього визнання [90, с. 9]. Дж. Гінзбург прямо зазначає: «Загальновизнані, тобто звичаєві норми міжнародного права» [28, с. 111]. А. М. Талалаєв вважає, що вони однаковою мірою мають своїм джерелом договори та звичаї [178, с. 7]. Прибічником такої позиції є член Конституційного суду РФ О. І. Тіунов [190, с. 24].

Розвиток взаємодії і зближення правових систем приводить до уніфікації права, а забезпечення уніфікації – переважно завдання міжнародного права. Питома вага та сфера «уніфікованих норм» міжнародного права, більше того, цілих актів та міжнародних договорів зростає. Нині вони охоплюють не лише приватноправові, а й публічні відносини. Реальних обрисів набуває єдиний правовий простір у межах регіональних структур, найбільш яскравим прикладом якого є Європейський Союз. Певні тенденції в уніфікації права спостерігаються у рамках Співдружності Незалежних Держав.

Так, у перший рік після утворення СНД прийнято два акти, спрямовані на уніфікацію права. Так, Основні напрями зближення національних законодавств держав–учасниць Співтовариства окреслюють пріоритетні сфери зусиль у даному напрямі. Одним з методів щодо цього називають розробку модельних (рекомендаційних) проектів законодавчих актів. В Угоді про принципи зближення господарського законодавства держав–учасниць Співтовариства зазначаються напрями уніфікації в конкретній сфері. Сторони закріпили, що при проведенні роботи вони керуються загальноприйнятими нормами міжнародного права (ст. 6), зближення законодавств здійснюється з урахуванням укладених угод та міжнародних договорів (ст. 5). Хотілося б зауважити, що на договірному рівні узгоджено принцип взаємовідношення міжнародного права та національного права держав Співтовариства: угоди в межах СНД і міжнародні договори «мають пріоритет щодо національного законодавства Сторін» (ст. 5).

Водночас відмічається, що Угода фактично не виконується. Крім того, існує організаційно-правовий механізм вирішення економічних спорів, який не сприяє посиленню інтеграційних процесів у СНД.

«Уніфіковані норми» міжнародних договорів – особливі норми міжнародного права. Вони призначені «для національно-правового регулювання відносин суб'єктів внутрішнього права» [96, с. 15]. Водночас як частина уніфікованого міжнародного договору, вони регулюють відносини між її учасниками – взаємний обов'язок забезпечити або створити правовий режим для дії договірних норм у національній правовій системі. Такі норми не «вилучаються» з договорів, не переходять до ряду внутрішнього права. Підкреслимо ще раз: юридичне значення має форма їх існування – міжнародний договір. У процесі дії і застосування цих норм важливу роль відіграють й інші допоміжні норми договорів – про мету, принципи, терміни, компетенцію органів, часові, просторові та суб'єктивні межі, процедурно-процесуальні моменти.

Як наслідок, такі норми займають автономне місце у правовій системі країни з погляду їх походження, способу утворення, форми, відношення до національного права.

Відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН звичай визначається як «доказ загальної практики, визнаної як правова норма» [46, с. 159].

Таким чином, нульовою точкою звичаю є практика. Правовий звичай – це продукт практики. На думку більшості юристів, практика – це фактичні дії держави, що стосуються міжнародних відносин. Так, практичні кроки Радянського Союзу після проголошення ним у 1957 р. затоки Петра Великого своїми історичними водами можуть розглядатись як звичаєво-правова практика. Тобто йдеться про те, що фактично роблять держави у відносинах одна з одною.

Важливо відмітити, що практикою необхідно визнавати як окремі дії держав, так і відмову від таких дій. Останні можна розглядати як своєрідну

«пасивну» практику. Мовчазна згода міжнародного товариства, що є реакцією на дії держави або групи держав на міжнародному або регіональному рівнях, значною мірою сприяє застосуванню звичаєвих норм міжнародного права. Це положення знаходить своє підтвердження у рішеннях Міжнародного суду ООН.

Другий необхідний елемент звичаю – яскраво виражене визнання державою тих чи інших правил поведінки як звичаєво-правових норм, відомі у праві під назвою «*opinio necessitatis*» – «усвідомлення обов'язковості».

Таким чином, наявність двох елементів – практики та «*opinio necessitatis*» є необхідними умовами створення міжнародно-правової норми у вигляді звичаю.

Досить часто термін «звичай» використовується у широкому сенсі, коли під ним розуміють не правову норму, а юридично необов'язкове правило поведінки, що склалося у результаті одноманітної практики. В останньому випадку йдеться про узвичаєння. Узвичаєння – це також правило поведінки, якого можуть дотримуватись на практиці держави, але без визнання його обов'язковості. Більшість авторів розмежовують поняття «звичай» та «узвичаєння», відповідно як джерело і не джерело права [58, с. 17]: «Узвичаєння різняться від юридичного звичаю тим, що не містять у собі *opinio necessitatis*, і, будучи простим дотриманням того чи іншого правила поведінки, повинні бути віднесені до фактичних питань, а не правових».

Однак існують й інші точки зору. Наприклад, В. В. Лазарев і С. В. Липень вживають термін «узвичаєння» і словосполучення «ділове узвичаєння», протиставляючи його правовому звичаю за тією ознакою, що узвичаєння закріплюють певний порядок ведення справ, і недотримання свідчить не про певні традиції і національні особливості, а про господарську та адміністративну доцільність [88, с. 188; 89, с. 165]. Тобто термін «узвичаєння» вживається ними для позначення поняття «звичаї ділового обороту». Єдине, з чим тут можна погодитись: узвичаєння може закріплювати певний порядок ведення справ. Але він може бути закріплений і звичаєм.

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 (навіть якщо ця обов'язковість не є юридичною). Узвичаєння взагалі не є обов'язковими, вони дотримуються у силу звички або інших факторів, не пов'язаних з визнанням його обов'язковості.

У внутрішньодержавній сфері узвичаєння можуть регулювати відносини у виробничій сфері, торгівлі, діловодстві. Щодо таких узвичаєнь не можна погодитись з Р.-М. З. Зумблідже в тому, що відмінність між правовим звичаєм та узвичаєнням полягає у тому, що перший є правилом поведінки як норма права, який існує незалежно від волі суб'єктів цивільно-правових відносин, а друге не набуває статусу обов'язкової правової норми і може застосовуватись лише за прямою згодою сторін» [56, с. 176].

Правовий звичай необхідно відрізнити від «узвичаєння» та «правила міжнародної ввічливості», що є «неюридично обов'язковим правилом поведінки, встановленим як результат одноманітної практики» [91, с. 58–59].

Особливість звичаю полягає у тому, що на відміну від договірних норм, які існують у письмовому вигляді у тексті договору, звичай не має належним чином закріпленої письмової форми. Але це не означає, що звичаєві норми не можуть мати письмового формулювання. Прикладом тут можуть слугувати Йорк-Антверпенські Правила, що регулюють питання загальної аварії. На відміну від договору, який передбачає взаємні обов'язки держав-учасниць, Йорк-Антверпенські Правила, по суті, є «письмовим» зводом міжнародно-правових звичаїв.

Перевага звичаю полягає у тому, що він веде до створення норм міжнародного права, які мають універсальний характер.

Інша позитивна властивість звичаю – здатність регулювати відносини між державами, що у силу певних обставин не уклали між собою угоди. Таке положення знайшло своє закріплення у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., якою встановлено: питання, що не

регулюються Конвенцією, продовжують регулюватись нормами та принципами загального міжнародного права. Наприклад, ст. 10 Конвенції 1982 р. передбачено, що її положення не поширюються на так звані історичні затоки. Оскільки у самій Конвенції відсутні положення, що визначають статус «історичних заток», то, очевидно, що це питання регулюється звичаєм.

Основним недоліком звичаю порівняно з правовою нормою є нечіткість нормативного змісту першого, зумовлена значно меншим ступенем узгодженості позицій держав. Крім того, наявна і проблема у застосуванні звичаю в судовій практиці. Адже, крім самого факту порушення правової норми, необхідно доводити і її існування у такому випадку у вигляді звичаю. Спори про наявність або відсутність звичаєвої норми – одна з головних (якщо не основних) проблем правозастосовчої практики звичаю.

Однією з найважливіших тенденцій у процесі розвитку міжнародно-правових звичаїв є їх переростання у договірні норми. З такого погляду укладання Женевської конвенції 1958 р. було значною подією у міжнародному морському праві, яка завершила становлення міжнародного морського права як галузі міжнародного права. По суті, Конвенція 1958 р. була кодифікована переважно звичаєвими нормами міжнародного права.

Це, однак, не означає, що у процесі такої кодифікації сам міжнародно-правовий звичай зникає. Він зберігає свою регулюючу функцію у відносинах між державами.

Прикладом може слугувати договірна норма, що встановлює допустиму ширину територіального моря у 12 морських миль (Конвенція ООН з морського права 1982 р.). Ні I, ні II Конференції з морського права це питання не змогли вирішити. Межі територіального моря до введення в дію Конвенції 1982 р. вирішувались звичаєм. І лише на III Конференції ООН з морського права звичаєва норма про 12-мильну межу територіального моря знайшла своє договірне відображення. Тим часом держави, що не є учасницями Конвенції 1982 р., у відносинах з іншими державами керуються цією нормою як міжнародно-правовим звичаєм.

Становлення та еволюція національних, міжнародних та світових правових систем пов'язана з певним співвідношенням, ієрархією, балансом правових форм. Окремі правові інститути, що у своїй основі належать певній оригінальній правовій системі, можуть сприйматись в інших переважно через розвиток торговельних, міжнародних, гуманітарних, інтеграційних зв'язків. Важливо, щоб при цьому в конкретній національній правовій системі, що відчуває проникнення нових форм та інститутів (у такій ситуації знаходиться сучасна Україна), досягалась розумна комбінація форм права, утворюючи, на думку Георга Еллінека, «інституційну рівновагу» [55, с. 9–10], оптимальне поєднання елементів правової форми.

Процеси конвергенції західного права, вестернізація правової системи Японії та інших країн західної традиції, а також післярадянської України, формування змішаних національних правових систем свідчать про відносну самостійність форми права, його соціально-політичний нейтралітет, спадковість (континуїтет), здатність мігрувати у світовому правовому просторі.

Здатність різних форм права до адаптації переважно визначається судовою практикою, тим, наскільки вона сприймає ті чи інші інновації у праві, наскільки останні необхідні суспільству та співвідносні зі стійкими формами. Інакше кажучи, правосуддя здійснює щодо права еволюційну функцію. Наскільки вона реалізується, залежить від якісного стану судової системи, ступеня незалежності суду, місця правосуддя у системі організації державної влади, а також від правових можливостей і форм судової правотворчості, які повинні бути усвідомлені, оцінені й оптимально легітимовані.

Міжнародними нормами правовий звичай включено до форм права. Однією з його переваг є те, що він веде до створення нових норм міжнародного права, які в умовах інтеграції та зближення народів мають універсальний характер. Ступінь життєдайності закону значною мірою залежить від того, як він враховує звичаї суспільства. Але водночас звичай приживається, коли він не суперечить прецедентам і законам.

Висновки до розділу 1

Ще у давнину у суспільстві виникла необхідність у чіткому врегулюванні відносин один з одним. Моральною основою буття людини було підкорення божественним силам, силам природи, які карали та заохочували. Таке вірування зумовило створення системи підпорядкування главі роду, сім'ї, вождю тощо. Розвиваючись, суспільні відносини набували нових рис та особливостей. Дисертанткою розглянуто етапи виникнення правового звичаю шляхом переходу від підкорення вождю до підкорення державі. Суспільство крокувало від спільної сумісної власності для усіх до виділення приватної власності. Узагальнено матеріали щодо такої категорії як мононорма та визначено її як поняття, що охоплює норми моралі, норми релігії, норми-звичаї та не розмежовує їх. Важливим є з'ясування моменту виникнення правового звичаю. Тому встановлено, що підставами для цього були поява грошово-обмінних відносин, порушення усталених звичаїв, розвиток писемності, створення держави і закріплення звичаїв на державному рівні.

У дисертаційному дослідженні велику увагу було приділено поняттям «звичай», «правовий звичай», набуття звичаями правової форми. Аналіз правового звичаю різних країн світу надав можливість виділити такі шляхи узаконення звичаю: санкціонування суду, мовчазна згода, державне та законодавче закріплення. Висловлена думка про те, що юридичний характер набувається звичаєм лише після закріплення його соціального значення у суспільстві. Шляхом аналізу правових звичаїв виокремлені суб'єкти їх створення правового звичаю. Наприкінці наведено власну тезу про поняття правового звичаю як соціальної норми, що 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 їх прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції.

Не лише у правових системах минулого, а й у правових системах сучасності правовий звичай займає особливе місце як форма права. Саме багатоманітність правових звичаїв дає змогу виявити їх прояв на всіх континентах, в різні часи та у неоднакових правових системах. Такий глибокий аналіз знайшов своє відображення у класифікації правового звичаю.

Спірним на сьогодні залишається питання визначення правового звичаю як форми права або як джерела права. Дисертантом це питання вирішується шляхом визначення чи є правовий звичай первинним або вторинним джерелом права. Правовий звичай є нормою права, тому є вторинним джерелом права або формально-юридичним джерелом. Тобто прояв звичаю як форми (джерела) права виявляється при дослідженні його витоків (юридичних та інших) та вивченні змісту правового звичаю.

Систематизація знань про правовий звичай не можлива без розкриття його значення та місця серед сучасних форм права. Досліджено взаємозв'язок правового звичаю з судовим прецедентом, договором, міжнародними нормами та доведено, що судовий прецедент розпочав своє існування. З урахуванням звичаїв давнього суспільства, а договори та міжнародні норми часто керуються правовими звичаями. Тому правовий звичай, незважаючи на давнину існування, може бути названим сучасною формою права завдяки пристосуванню до сучасних відносин і активній ролі у їх правовому регулюванні.

Р О З Д І Л 2

ПРОЯВ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ СУЧАСНОСТІ

2.1. Вплив правового звичаю на мусульманське (ісламське) право

Країни, які належать до мусульманського типу суспільства, переважно розташовані на Близькому та Середньому Сході, у Північній Африці, а також Південній Азії (Пакистан). Спільним для цих країн є те, що вони виникли на культурно-релігійній спадщині ісламу, зберігають на сучасному етапі основні атрибути мусульманської культури, зокрема домінування релігійних інститутів у політичній та духовній сферах.

Держава мусульманського суспільства виникла теократичним шляхом, халіфат з перших днів свого існування засновувався на принципі єдності духовної та світської влади в одній особі – халіфа. Нормативні приписи Корану і Сунни не дають точних вказівок щодо форм державного устрою та механізмів регуляції діяльності ісламської держави. Однак коментарі Корану досить вміло розтлумачили тексти священної книги. За основу вони взяли ідею: Аллах – єдине джерело влади. При визнанні верховного суверенітету прерогативою Аллаха за його посланником – пророком Мухамедом зберігалась функція контролю за точним виконанням на землі його волі.

Серед науковців особливе місце в ісламсько-правовій доктрині займають погляди видатного мислителя Абд ар-Рахмана Ібн Халдуна (1332–1406 рр.). Він відійшов від європейської концепції ототожнення суспільства і держави. На його думку, держава і влада – форми суспільного буття, а піддані – матерія. Влада, за Ібн Халдуном, є організуючою основою, що регулює протилежності окремих осіб [204, с. 576].

Новим етапом розвитку ісламської концепції держави вважається середина XIX ст., у результаті якого на початку XX ст. у більшості ісламських держав почала панувати світська модель державності. Однак у другій половині XX ст. намітилась тенденція посилення ролі ісламу на державній устрій цих країн. Це відчутно помітно у Пакистані, Ірані, Судані тощо.

У рамках ісламської концепції держави також існують два різних напрями ісламського праворозуміння – сунітське та шіїтське. Сунітська

концепція держави пов'язана з халіфатом, де глава держави (халіф) наділений головними духовними повноваженнями. Водночас халіф при вирішенні різноманітних державних питань повинен радитись з релігійною елітою ісламського суспільства. Шіїтська концепція пов'язана з формуванням ісламської держави-імамата, де в руках глави держави (імама) зосереджується вся повнота релігійної та світської влади. Якщо халіфат як форму державної влади було скасовано у 1924 р., то сунітська концепція еволюціонувала на користь нових самостійних держав з різними формами правління та державного устрою. Щодо шіїтської концепції, то вона отримала своє втілення в сучасному ладі Ірану, де в руках духовного лідера зосереджена вся влада і він вправі скасувати навіть рішення всенародно обраного президента.

Релігія досить часто стає об'єктом уваги юридичної науки. На думку С. В. Місевича, релігія та право – дві нормативні системи зі спорідненими характеристиками, які з різних сторін урегульовують життя суспільства і протягом тисячоліть взаємодіють у найрізноманітніших формах [109, с. 233–234; 173, с. 215].

Іслам виходить з того, що існуюче право прийшло від Аллаха, який у певний момент історії відкрив його людині через свого пророка Мухамеда. У свою чергу відомий ісламський правознавець Субхі Махмасані відмітив, що ісламське право – це божественне право за своїми джерелами і нормами. Воно черпає свою силу не в державній владі, а у волі Аллаха [170, с. 218]. Право Аллаха не підлягає виправленню, незважаючи на мінливість соціальних умов життя. Водночас теорія мусульманського права визнає, що божественне одкровення потребує тлумачення, чим і займаються вже досить довго юристи країн ісламу. Однак їх діяльність спрямована не на створення нового права, а на пристосування існуючого до сучасних умов світу. Дійсно, дуже важко врегулювати правову базу ісламу, бо, як зазначають юристи, праву, яке відкрилося людям, не було відразу надано ясної й чіткої для розуміння форми. У зв'язку з цим вимальовуються такі риси ісламу, як архаїчність (невідповідність сучасному суспільному розвитку) та казуальність

(розрахованість на регулювання окремих випадків, які не охоплюють своєю дією групи однорідних суспільних відносин).

Основа ісламу складає шаріат і як наслідок – фікх. Без розгляду змісту поняття «шаріат» неможливо пізнати поняття «фікх». Шаріат – сукупність приписів Корану і Суні, взятих у їх буквальному сенсі і в точній їх відповідності правовому характеру (передусім у питаннях шлюбно-сімейного характеру та спадкування). Поза цим розумінням шаріат містить у собі лиш потенційну можливість бути джерелом права (за правового тлумачення). А роль такого інтерпретатора, за Л. Р. Сюкіяйненом, відіграє мусульмансько-правова доктрина, під якою розуміють фікх. Тобто фікх – це не просто доповнення до мусульманської догматики, а й своєрідний стрижень, найважливіша його частина [178, с. 6].

Потрібно погодитись з думкою Абдулахі Ахмед Ан-Наїма про те, що шаріатські принципи сформульовані скоріш як моральні зобов'язання, виконання або невиконання яких зумовлює релігійні санкції, а не як юридичні права і обов'язки, врегульовані специфічними земними засобами [1, с. 39]. Всі сфери людської діяльності були при цьому розподілені на категорії халал або мубах (допустиме або дозволене) і харам (недопустиме або заборонене); крім того, існували проміжні категорії мандуб (рекомендоване) і макрух (недозволене).

Головною особливістю концепції ісламської держави є підкорення всієї її діяльності основним принципам ісламського права. Однак відомий дослідник ісламського права Мухамад Асад, характеризуючи природу ісламської держави у своїй роботі «Принципи ісламської держави і влади», стверджував, що ні Коран, ні Сунна не визначають ісламської моделі держави і що ісламсько-правова доктрина теж не розробила власної теорії. Але він усе одно справедливо підкреслює, що будь-яка форма держави повинна повністю відповідати основним принципам ісламського права. Розвиваючи власну думку, він вважає, що главою ісламської країни може бути лише мусульманин, оскільки лише людина, яка вірить у божественне виникнення права, може

сприяти виконанню головної мети ісламської держави – регулювати всю сферу життєдіяльності людини на практиці [220, с. 111].

Зважаючи на глибоке коріння релігійних постулатів у суспільному розвитку, науковці мусульманських країн все ж таки роблять спроби сформуванню державний лад на принципах сучасного права. У зв'язку з цим й існують різноманітні концепції від суто релігійного спрямування до концепцій з ознаками світського права (європейська концепція ототожнення суспільства і держави за Ібн Халдуном).

За концепцією держави, до форм передачі влади можна віднести:

- захоплення влади;
- призначення спадкоємця;
- вибори халіфа шурою;
- вибори халіфа всією общиною;
- призначення імама Аллахом [4, с. 465].

За ст. 5 «Основного нізаму про владу в Королівстві Саудівська Аравія», король обирає принца-спадкоємця шляхом видання указу. Спадкоємець повністю присвячує себе діяльності як спадкоємець престолу і виконує обов'язки, які доручає йому король. У разі смерті короля принц бере на себе обов'язки короля і виконує їх до складання присяги.

Важливою особливістю ісламської держави є існування інституту шури, який втілюється через формування такого органу, як консультативна рада.

Консультативна рада, що діє у Саудівській Аравії, Катарі, Омані, є скоріш дорадчим органом, ніж органом, що дає змогу суспільству брати участь у вирішенні питань національного розвитку. Адже склад його повністю або частково формується монархом. Створення консультативних рад в арабських державах було зумовлено загостренням соціальних процесів – поява приватних підприємців, іноземних робітників і т. ін. Відповідно до гл. 1 частини 7 Конституції Арабської Республіки Єгипет консультативна рада складається зі 132 членів, 2/3 яких обирається прямими виборами, а 1/3 призначається президентом. Строк повноважень – 6 років [73, с. 194].

Питання, за якими необхідна консультація Ради шури (консультативної ради), за Конституцією Арабської Республіки Єгипет дещо ширші, ніж в інших мусульманських республіках.

На фоні сучасних концепцій ісламської держави виділяється своєю оригінальністю теорія формування державної влади, запропонована Муамаром Каддафі. Впровадження цієї теорії під назвою «третя світова теорія» в лівійську практику призвело до того, що замість Конституції основним законом визнано Коран. Каддафі в основу своїх поглядів поклав невіддану форму демократії, що дає змогу йому десятиріччями знаходитись при владі без ротації та спадкоємництва [8, с. 31, 35]. Ця теорія не має аналогів у світі.

При розгляді ісламської концепції держави неможливо обійти увагою правовий статус громадян в ісламській державі. Статус повноправних громадян мають піддані держави, які є мусульманами. Тільки мусульмани-громадяни наділені у повному обсязі усіма громадянськими і політичними правами. Тобто релігійна належність є визначальним фактором наділення громадян ісламської держави правосуб'єктністю у повному обсязі. Тому однією з найважливіших проблем для ісламу є визначення статусу немусульманської частини населення, яка проживає на території ісламської держави, зазначає Бехруз [205, с. 154–155].

За ісламсько-правовою доктриною громадяни ісламської держави, що не сповідують іслам, навіть якщо вони народилися і проживають там, обмежені в політичних і громадянських правах. Винятком є статус зімма, що надається підданам, які є людьми Писання. Сутність статусу зімма полягає в гарантуванні безпеки життя і недоторканності власності, у праві приватним способом сповідувати свою релігію і через сплату джиз'ї (поосібного податку). Поступово статус зімма почав поширюватись і на тих невірних, яким дозволено залишатись на території ісламської держави понад один рік.

Мусульманське право є свідченням симбіозу звичаєвого та релігійного права. Суна – «це збірник адатів, тобто традицій, що стосуються дій та виразів Магомета, відтворених цілим рядом посередників» [178, с. 17]. Першочергово і

іджма розглядалась як спільна згода мусульманської общини. Звідси, звичай, який отримав одноголосну думку знавця ісламу, ставав нормою права – іджмою. Люди, що живуть у межах такої системи, фактично не розмежують їх. Водночас в окремих державах системи звичаєвого та релігійного права зазнали глибокої трансформації під впливом колоніальних законів, а пізніше – і законів національних держав.

Так, місцеві варіанти мусульманського права у різних частинах Індонезії значно відрізняються від класичного мусульманського права. Відомий дослідник у сфері права, заснованого на шаріаті, Л. Р. Сюккіяйнен відмітив такий процес у Ємені, «де мусульманське право традиційно застосовувалось лише у містах, а на територіях, зайнятих племенами, панували старі доісламські звичаї» [178, с. 43]. Спроби у 20-х роках ХХ ст. зобов'язати племена керуватись мусульманським правом ні до чого не привели. Тому держава була вимушена змиритись з автономністю племен у питаннях права.

Необхідно зазначити, що чисто ісламських держав фактично не так уже й багато (Саудівська Аравія, Афганістан, Пакистан, Кувейт, Бахрейн, Іран, ОАЕ), а переважно зустрічаються змішані правові системи, такі як: Судан, Туреччина, Нігерія, Малайзія, Індонезія та інші. Через неузгодженість звичаї, що застосовуються у цих державах як норми права, можуть бути двох типів:

- 1) ті, які є частиною мусульманського права;
- 2) ті, що існують поруч з мусульманським правом у змішаних правових системах.

Серед регуляторів, що забезпечують ісламський життєвий шлях, важливе місце посідають освячені ісламом, вкорінені звичаї та традиції. Такі звичаї компільовані у своєрідних збірниках настанов для мусульман на всі випадки життя.

Таким чином, 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 [178, с. 127]. Тому система мусульманського права

включає норми звичаїв, які відповідають їй, доповнюють її, принаймні не суперечать і в силу цього визнаються освяченими ісламом.

Такий стан звичаїв, які доповнюють мусульманське право у тих питаннях, які воно не регулює. Рене Давид, як приклад, згадує звичай, що стосується сум і способів виплати посагу, звичаїв, що регулюють використання джерел, які протікають між двома земельними володіннями тощо [149, с. 258].

Загалом шаріат демонструє повагу до звичаїв та традицій мусульман, які повинні враховуватись при вирішенні конкретних питань. Але водночас один з правових принципів говорить, що не забороняється зміна норм зі зміною часу, а отже, за думкою більшості у мусульманській юриспруденції, будь-яка норма повинна уступити місце іншій, «якщо зникла підстава, яка викликала її свого часу до життя» [37, с. 29].

Серед правових принципів шаріату виділяють такі, на основі яких дається санкція на визнання звичаїв як норм права. Мусульманські правознавці відносять до них такі: «Звичай має значення норми», «Те, що застосовують люди, є критерієм, якому належить слідувати», «Встановлене звичаєм, рівнозначне передбаченій нормі права». Звичай – це адат, який поділяють на автентичний, стійкий та слабкий. І лише автентичний звичай може бути нормою права.

Водночас різноманітні твердження шаріату допускають неоднозначність у застосуванні типів мусульманського правового регулювання. Окремі школи не визнають диспозитивних правил, а деякі, навпаки, допускають прямо не заборонене мусульманським правом. Так, стосовно цивільного права можна констатувати, що хінітська і шаріатська школи визнавали дійсними лише встановлені шаріатом види угод, але одночасно допускали включення до їх складу як умов положень, що відображають звичаї або умови, що відповідають інтересам сторін.

Можна констатувати, що в державах, де мусульманське право продовжує застосовуватись максимально широко (Саудівська Аравія, Іран) і де його дія залишається досить суттєвою (Лівія, Пакистан, Судан, Ємен), правовий звичай

є частиною мусульманського права і санкціонований релігійно-правовими і релігійно-державними інститутами таких країн. З приводу відповідності законів ісламським нормам робляться висновки ісламськими правниками Ради по охороні Конституції та ісламських норм. Тому співвідношення між законом та звичаєвим правом встановлюється з позиції пріоритету мусульманського права. За ст. 9 Цивільного процесуального кодексу Ірану [37, с. 42–43], суддя зобов'язаний застосовувати норму закону, навіть якщо вона, на його думку, суперечить звичаю. Стаття 3 цього ж закону дозволяє застосовувати звичаєво-правові норми у випадку неточностей, протиріч або відсутності правової норми. Щодо Судану, то за Конституцією 1985 р. [142, с. 203] мусульманське право і звичай виступають основними джерелами законодавства.

Іншу, більш чисельну групу формують держави, в яких основним джерелом права є і законодавство, і мусульманське право. Їх конституційне законодавство, як правило, закріплює особливе положення ісламу та мусульманського права (Єгипет, Сирія, Ірак, Йорданія, Афганістан тощо). Такі держави або закріплюють норми мусульманського права у законах, або ж допускають його субсидіарне застосування у випадках, не урегульованих законом. Так, перші статті цивільних кодексів Єгипту, Сирії, Афганістану визначають, що у разі «мовчання» закону суддя застосовує принципи мусульманського права. Саме в таких правових системах звичай може існувати найчастіше поряд з мусульманським правом. Зокрема, Вищий адміністративний суд Єгипту неодноразово визнавав, що адміністрація університетів у своїх рішеннях повинна дотримуватись встановлених академічних звичаїв, якщо вони не суперечать нормі законодавства [60, с. 37, 55–56]. Державна влада Сирії дозволяє застосування звичаєвого права у кочівників (бедуїнів) і немусульманських релігійних общинах.

Тривалий час у ряді мусульманських країн зберігались суди звичаєвого права: в Іраку та Ємені до 70-х років ХХ ст., а у Йорданії дотепер діє навіть законодавство, що визнає племенні звичаї джерелом права. Подібна ситуація склалась в Індонезії і у ряді інших країн Південно-Східної Азії, де місцеві

звичаї витісняють дію багатьох норм мусульманського права і навіть впливають на ритуально-догматичну сторону ісламу – «адатний іслам» [3, с. 120].

Особливо можна виділити індонезійську правову систему, що допускає дуалізм звичаєвого права, з одного боку, дозволяючи регулювати шлюбно-сімейні відносини і питання особистого статусу у більшій частині населення ісламізованого звичаєвим правом, з другого – в окремих народів країни деяких регіонів поширена своя система звичаєвого права.

Серед мусульманських держав зацікавленість викликає система Афганістану, адже одним з головних джерел права є і в теперішній час правовий звичай. Норми звичаєвого права діють у всіх сферах суспільного життя. Їх роль у сучасній правовій системі Афганістану можна кваліфікувати у містах як доповнюючі та допоміжні, а у сільській місцевості – як основні норми [3, с. 120].

Як доповнюючі, норми звичаєвого права застосовуються за прогалин у законодавстві і при посиланні на норми звичаїв. Так, ст. 112 Конституції Афганістану 1987 р. визначає, що судова колегія при вивченні обставин справи керується положеннями Конституції і нормами Республіки [3, с. 120]. У цій же статті зафіксована можливість застосування звичаєвого права, якщо з певного питання у законі відсутнє чітке тлумачення.

Звичаєве афганське право є джерелом і цивільного права. До 1976 р. не було єдиного нормативного цивільно-правового акта, і норми правових звичаїв діяли у таких сферах, як торгівля, оренда землі, розподіл води при поливанні і таке інше [114, с. 98]. Прийнятий наприкінці 70-х років ХХ ст. Цивільний кодекс запозичив більшу частину звичаєвих норм, змінивши їх традиційну форму, частина ж була санкціонована. Згідно зі ст. 2 ЦК Республіки Афганістан [3, с. 120] суддям передбачено опиратись на традиції та звичаї, що не суперечать закону за відсутності норм шаріату. Стаття 239 ЦК визначає, що при тлумаченні договору необхідно виходити зі спільних намірів сторін, керуючись нормами звичаєвого права та доброю волею, не обмежуючись

буквальним сенсом договору. Широке застосування місцевих звичаїв допускає Торговельний кодекс Афганістану 1955 р.

Особливості розвитку державності цієї республіки відображаються і на становленні її правової системи. Так, у 2000 р. тривала війна, і єдиної ієрархії джерел права на всій території не існує. У зв'язку з цим звичаєве право на локальному рівні має зовсім інше значення. Держава підтримує такий партикуляризм правової системи загалом з політичних та соціальних міркувань. Після перемоги 1978 р. НДП Афганістану влада проводила ряд радикальних аграрних реформ і пішла на компроміс з селянами. Так, ст. 2 Основних принципів ДРА оголосила принципом державної політики охорону національних звичаїв і традицій. Наприклад, дотепер у племені пуштунів досить добре збереглися інститути племенних зборів і суд звичаєвого права (марака). Племенні жителі Афганістану ще користуються нормами звичаєвого права. У системі звичаєвого права посаду судді займає людина, що вирізняється гідним способом життя протягом багатьох років і користується загальною повагою [12, с. 302]. Він може бути довіреною особою двох або навіть декількох племен.

Дія державного законодавства поширюється на деякі сторони життя населення і не на всю територію країни. Чим далі від міських центрів у гори і пустелі, тим більшою мірою регуляторами суспільних відносин виступають не державно-правові норми, а традиційне звичаєве право [3, с. 124]. Найяскравішою звичаєво-правовою пам'яткою дотепер є кодекс «Пуштунвалі» – неписаний кодекс честі і гідності афганців, що передається з покоління у покоління. Він регулює майже усі питання життєдіяльності племен і поділяється на три основні частини, пов'язані з вчинками проти особи, проти майна і становища жінки [17, с. 35]. Поруч зі звичаєвим правом пуштунських племен дослідники відмічають існування звичаїв вазирів, у яких теж є неписаний збірник звичаєвого права «Де-вазіро-нарк».

На основі емпіричного вивчення літератури і законодавства можна стверджувати, що звичаєве право займає своє певне місце і є джерелом права

поруч з релігійною доктриною та законодавством. В основному, звичайно, його місце третє в ієрархії джерел права, але є держави, що відводять йому більше уваги.

Хотілося б зазначити, що у країнах мусульманського світу використовуються різні види правових звичаїв у різних галузях права. Сімейне право Сирії відсилає до звичаїв при укладенні шлюбного договору (ст. 28, 29 Закону про особистий статус 1953 р.). Сімейний кодекс 1974 р. Ємену зобов'язує чоловіка забезпечувати дружину житлом, але з урахуванням звичаїв місцевості, де розташоване житло. Закон про особистий статус Йорданії 1976 р. (ст. 39) передбачає, що чоловік повинен добре ставитись до дружини і відноситись до неї так, як того вимагає звичай. У багатьох державах сімейне законодавство, засноване на шаріаті, забороняє дружині виходити без дозволу чоловіка з дому або працювати поза домом. Однак Закон Йорданської Республіки і ст. 1 Закону № 25 від 1920 р. Єгипту забороняють чинити їй опір, якщо її перебування поза домом відповідає звичаям або нормам мусульманського права.

Без сумніву, суттєву роль відіграють правові звичаї й у цивільному праві. Можна відмітити, що правова система Єгипту наділяє звичаєве право другою за значущістю юридичною силою. Стаття 1 Цивільного кодексу 1949 р. [37, с. 27] закріплює положення, за яким звичаєве право є джерелом єгипетського права, однак застосовується лише у тому випадку, якщо відповідні відносини не врегульовані законом. «За відсутності норми права суддя приймає рішення на основі звичаю, а за відсутності звичаю – на основі принципів мусульманського права» [141, с. 204]. Торговельний кодекс Індонезії 1948 р. застосовується переважно до європейців і вихідців з азійських країн, тоді як корінна більшість індонезійців продовжує керуватись своїм звичаєвим правом. За аграрним законом 1960 р. звичаєве право проголошене основою аграрного законодавства Індонезійської держави. Наприкінці 90-х років ХХ ст. з'являється дедалі більша кількість нормативно-правових актів, які відповідають сучасним міжнародним стандартам і звичаєве право не пристосоване, особливо до

зовнішньоекономічних відносин, уступає своє місце, адже не завжди може конкурувати.

Законодавча влада у мусульманських країнах належить не главі держави, а авторитетним представникам могутніх правових традицій, оскільки більшість норм мусульманського права створено і створюється ними і є результатом їх доктринальної розробки. У результаті сьогодні мусульманське право перетворилось на збірник величезної кількості різноманітних норм, які виникли за різних ситуацій. Завдяки широкому простору для його тлумачення авторитетними правниками і свободі суддівської волі при виборі норм мусульманське право й сьогодні надзвичайно гнучке, добре пристосовується до мінливих умов сучасного життя, зберігаючи при цьому тісний зв'язок з історичними традиціями і одночасно підтримуючи свій високий сакральний авторитет.

При розкритті ролі правового звичаю у формуванні правової системи сучасних мусульманських країн, яскравим прикладом слугує інститут дієздатності. В ісламському праві виділяють недієздатних осіб повністю і частково недієздатних (психічно хворі) та дієздатних осіб.

У Суні виділено три категорії недієздатних, дії яких не підлягають покаранню: особа, що спить, доки вона не прокинеться; психічно хвора людина, доки вона не повернеться до нормального стану; дитина, яка не досягла зрілості.

За правом мусульман, дитина від народження до 7 років вважається повністю недієздатною. На цьому етапі вона звільняється від кримінальної відповідальності, але несе цивільну відповідальність, яка не залежить від розумового розвитку.

З 7 до 15 років неповнолітня особа наділена обмеженою недієздатністю. На думку більшості ісламських правників, повноліття настає у 15 років. За поглядами ханіфітської правової школи, повноліття настає у 18 років.

Ісламська доктрина права виділяє й інші категорії недієздатних осіб:

– банкроти;

– хворі люди, які внаслідок важкої хвороби були визнані частково дієздатними і можуть розпоряджатись лише частиною свого майна.

Крім того, що зазначені категорії людей не несуть ніякої відповідальності, вони не мають права укласти угоди (договори). У випадку укладання договору з недієздатною особою він вважається недійсним.

З розвитком суспільства право мусульманських країн піддається дедалі більшим змінам. Це пояснюється багатьма причинами: ускладненням соціально-економічних, політичних та інших відносин усередині самого суспільства, що на певному етапі вже не можуть регулюватися тільки за допомогою релігійних норм і догм. Це зумовлено також розширенням і поглибленням зв'язків між різними країнами, у тому числі ісламськими й неісламськими, що об'єктивно вимагають не так релігійної, як світської нормотворчості. Нарешті, аж ніяк не другорядними причинами посилення правового дуалізму в мусульманських країнах є факти об'єктивного «вростання» мусульманського права в правові сім'ї та системи інших країн, фактори вестернізації, вплив західного права на правові системи мусульманських країн, вважає М. М. Марченко [101, с. 218].

Не менш важливе значення в сучасному праві, заснованому на принципах справедливості, рівноправності відіграє право людини і громадянина-мусульманина на політичне волевиявлення, а саме: право на об'єднання в політичні партії (блоки, організації та інше).

Партійні системи мусульманських країн є слаборозвинутими і значно відстають у своєму розвитку не тільки від країн Заходу, Південно-Східної Азії, а й Латинської Америки [179, с. 42]. Ця обставина зумовлена домінуванням у мусульманському світі тоталітарних, авторитарних, авторитарно-демократичних, олігархо-кланових режимів, де сильні владні позиції або глави держави, або колективних революційно-народних органів. У абсолютних монархіях і соціалістичних країнах функціонування партій заборонено законом або допускається монопольне панування однієї партії. Однопартійна система існує в Сирії. Конституція Сирії 1973 р. проголошує Партію арабського

соціалістичного відродження (БААС) керівною силою суспільства і держави. БААС виступає за об'єднання арабів в єдину державу, в якій буде побудовано соціалізм. Партія організаційно побудована на принципах демократичного централізму і територіально-виробничому.

У деяких мусульманських країнах багатопартійність регулюється законом. Ця група країн зазнала великого впливу Європи, тому що до початку ХХ ст. була французькою колонією. Адже вони належать до держав, в яких мусульманське право регулює лише окремі аспекти громадського життя, котрі стосуються особистого статусу й релігійних установ, іноді земельного режиму, тоді як світське право регулює всі інші сфери суспільних відносин на принципах, які не відповідають положенням шаріату. Пріоритет у законодавчому закріпленні багатопартійності належить Марокко, де ще перша Конституція 1966 р. проголосила принцип політичного плюралізму. Закони про політичні партії, прийняті в 1988 р. (Туніс) і 1992 р. (Йорданія), а також конституція Алжиру 1996 р. визнають за партіями право участі у політичному житті, формулюють вимоги до ідеологічної орієнтації, політичної поведінки під час виборчої кампанії та визначають рамки їх опозиційної діяльності.

На думку С. Д. Гелей і С. М. Рутар, права людей на вступ у політичні партії мусульманських країн проявляються не стільки через ідеологічні ознаки, скільки за етнічними, родоплеменними, релігійними напрямками [26, с. 346]. За ідеологічними орієнтаціями в мусульманському суспільстві переважають партії лівої та правої мусульманської орієнтації (ортодоксальної і поміркованої). Серед лівих партій найвідомішими є:

- Фронт національного визволення (Алжир);
- Єменська соціалістична партія, Партія арабського соціалістичного відродження (Ємен, Сирія);
- Соціалістична дустуровська партія;
- Пакистанська народна партія.

До партій, які стоять на поміркованих ісламських позиціях, можна віднести Пакистанську мусульманську лігу, Рух суспільства за мир (Алжир).

Тобто права громадян на вступ до політичних партій є мізерними через:

– форму політичного режиму, що не є демократичним і тому не передбачає право вільно формувати і вступати до партій;

– через релігійну спрямованість, що не дозволяє вступ до партії особам немусульман та приймати рішення, які обмежують роль історичних джерел ісламу;

– через централізацію влади в одних руках і створення налагодженої системи правління однієї сім'ї (династії) або чітко сформованим кланом, що діє за незмінною схемою десятиріччями.

Незважаючи на низьку увагу до прав людини в політичній діяльності, мусульманські країни роблять перші кроки на шляху до цивілізованого правового суспільства шляхом введення норм світського права, демократизації влади, забезпечення основних прав і свобод людини та запозичення системи стримань і противаг у країнах Європи. Хоча звичаєві норми, що укорінилися у свідомості пересічних мусульман, нелегко піддаються змінам і формують сучасність на ознаках минулого.

Найяскравішим прикладом впливу звичаю на правову дійсність країн з релігією іслам є шлюбно-сімейні відносини.

За класичним ісламським правом поняття «нікх» (шлюб) є договором між чоловіком і жінкою для створення сім'ї та формування здорового союзу і отримання задоволення один від одного. Граничного шлюбного віку не існує. Особи, які досягли повноліття, можуть за власним бажанням укласти шлюб, без втручання опікунів, а також вимагати розірвання шлюбу без їх згоди. Повноліття за шаріатом у хлопчиків настає з 12 до 15 років, а у дівчат – з 9 до 15 років. Не існує процесуального і релігійного порядку укладення шлюбу, але «формула» згоди повинна бути сказаною. Тобто в усній формі повинна бути проголошена заява і зроблена відповідь у вигляді згоди в минулому часі. Наречені повинні читати арабською мовою шлюбну обітницю, а у випадку незнання арабської – їх довірені особи. Під час шлюбної церемонії обов'язково

проголошуються імена наречених. Не може бути укладено шлюб зі стороною, яка не сповідує іслам.

Норми інституту полігамії у таких країнах, як Саудівська Аравія та Афганістан – настанови Корану діють як основне джерело права, спираючись на тлумачення мусульмансько-правових шкіл, а в Ірані та Лівії вони відображаються у нормативно-правових актах без будь-яких інтерпретацій та обмежень. Проте такі країни, як Алжир, Сирія та Єгипет санкціонують настанови Корану в законодавстві щодо полігамії, але встановлюють певні умови та обмеження щодо укладення таких шлюбів. Марокко та Туніс – єдині серед мусульманських країн, де інститут полігамії заборонений державою на основі «тавіль» («аль-батин») сури 33, аята 50.

В ісламі дозволяється розлучення, хоча Аллах не заохочує його.

Розрізняють три види розлучень:

- ахсаян (дуже похвальний);
- хасян (похвальний);
- бід дат (не схвальний).

Наприклад, встановлюються такі правила розірвання шлюбу: розлучення – два рішення: «після нього або утримати, за звичаєм або відпустити з благами. І не дозволено вам брати з того, що ви їм дарували, нічого. Лише тільки вони обидва бояться не виконати обмежень Аллаха. А якщо ви боїтесь, що вони не виконають обмежень Аллаха, то не буде гріха над ними, в тому, що вона сама себе викупить» (Сура 2 «Аль-Бакра» («Корова»), аят 229) [74, с. 342].

Норми інституту розлучення у Саудівській Аравії, Афганістані діють як настанови Корану у чистому вигляді, без роз'яснень та доповнень. Проте у Лівії, Ірані, Єгипті, Сирії, Марокко, Тунісі, Алжирі ці норми втілюються в нормативно-правових актах на основі тіфсірів та тавілів мусульмансько-правових шкіл.

У випадку вчинення подружньої зради мусульманин притягується до найсуворішої відповідальності – смертної кари, але лише при засвідченні чотирьох свідків.

Норми щодо перелюбу лише у Афганістані застосовуються як приписи Корану безпосередньо, не використовуючи нормативно-правових актів, а у Саудівській Аравії та Ірані ці настанови містяться у законодавстві, в основу якого лягли роз'яснення мусульмансько-правових шкіл. У Лівії, Ірані та Єгипті ці норми функціонують у законодавстві країн на основі інтерпретації та розширення їх змісту. У Сирії, Алжирі, Марокко, Тунісі ці норми зазнають впливу континентального права та передбачають, усупереч Корану, м'якші санкції.

В ісламі також передбачається створення спеціальних судів, що займаються шлюбно-сімейними справами.

Норми інституту виплати махру (весільний подарунок нареченій) у Саудівській Аравії, Ірані, Афганістані, Єгипті діють як настанови Корану в чистому вигляді, без розширення їх змісту та безпосередньо забезпечуються державами. В Сирії, Марокко, Лівії, Алжирі, Тунісі релігійні норми Корану щодо виплати махру санкціонуються у законодавстві на основі інтерпретацій їх змісту мусульманськими школами.

У Саудівській Аравії та Афганістані в межах інституту спадкування норми Корану діють безпосередньо та забезпечуються державою, а у Лівії, Ірані, Єгипті, Сирії, Марокко, Тунісі, Алжирі ці норми втілені у законодавстві країн на основі роз'яснень та розширення їх змісту мусульмансько-правовими школами права.

Дотепер умови надання позики і заборона нарахування відсотків на позику передбачаються Кораном – Аллах дозволяє торгівлю і забороняє лихварство.

Незважаючи на святість і недоторканність права власності, вважається, що мусульмани розпоряджаються ним не стільки з метою задоволення особистих інтересів, скільки заради благополуччя усього суспільства. Тому існують обмеження у способах отримання права власності шляхом лихварства – риби, що посягає на свободу людини і дозволяє безоплатно заволодіти її майном. Унаслідок здійснення риби особа перетворюється на раба. В ієрархії

ісламських гріхів риба посідає третє місце після невір'я в Аллаха та дружби з ворогами ісламу.

Договір, укладений з людьми, які поклоняються кільком богам, може бути дійсний лише у випадку, якщо ці люди його ніяким чином не порушили і нікому не допомогли проти особи (мусульманина), з якою укладено договір.

Правочини в ісламському праві не повинні укладатись щодо деяких об'єктів. До найбільш екзотичних для нашого часу об'єктів відносять гадюк, книги невірних поетів, астрономів і філософів, зображення богів, музичні інструменти, накладне волосся, картини тощо. Все інше могло виступати предметом договору.

Норми, що передбачають відповідальність за розбій, у Афганістані діють як настанови Корану безпосередньо, у Саудівській Аравії, Лівії та Ірані вони базуються на вченні релігійно-правових шкіл ісламу та санкціонуються державою у вигляді нормативно-правових актів (без зміни їх змісту), а в Сирії, Єгипті, Марокко, Алжирі, Тунісі вони зазнають впливу континентального права, проте не втрачають свого первинного змісту. Водночас у Саудівській Аравії, Ірані, Єгипті, Алжирі та Марокко застосовується смертна кара, що є більш тяжким покаранням, аніж встановлене Кораном, проте у Тунісі за розбій передбачено тюремне ув'язнення, а не відтинання ноги та руки згідно з настановами Корану.

В Саудівській Аравії, Ірані, Лівії норми, що передбачають відповідальність за вживання алкоголю, наркотиків та азартні ігри, діють як настанови Корану, які були роз'яснені шляхом розширення їх змісту мусульмансько-правовими школами. В Афганістані настанови Корану щодо вживання алкоголю, наркотиків та азартних ігор діють безпосередньо, без законодавчого закріплення. У Сирії, Єгипті, Марокко, Алжирі, Тунісі ці норми діють як рецепійовані із романо-германського права та передбачають (всупереч Корану) м'якше покарання.

Наприклад, існують норми, що встановлюють міру покарання за вбивство, за ступінь допустимої помсти, за відмову від помсти та прощення

злочину: «Приписано вам відшкодування за вбитих: вільний за вільного, раб – за раба, жінка – за жінку. А кому буде прощено його братом, то – слідувати звичаям і відшкодувати йому у благо» (Сура 2 «Аль-Бакра» («Корова»), аят 173) [74, с. 350].

Норми, що передбачають відповідальність за умисне вбивство, в Саудівській Аравії, Ірані, Лівії, Афганістані діють як настанови Корану, що санкціонуються державою на основі релігійно-правових вчень ісламських шкіл, а в Єгипті, Сирії, Марокко, Тунісі, Алжирі зміст цих норм розкривається в законодавстві під значним впливом континентального права, проте у випадках, передбачених Кораном, санкції за умисне вбивство є незмінними.

За різними оцінками, з 6219 аятів Корану лише від 200 до 500 містять правила поведінки нормативно-правового характеру. Основна ж частина аятів встановлює порядок відправлення релігійних обов'язків – здійснення паломництва, молитви тощо.

Ісламське або мусульманське право, закріпивши основні релігійні положення Корану, Суни, шаріату та сповідуючи їх принципи, до цього часу наслідуює створені у VII ст. звичаєві правила буття правовірного народу. Юридична база мусульманських правовиків, незважаючи на вплив сучасного європейського права і впровадження його тими ж юристами, вперто продовжує поділ усього живого на вірних та невірних і тим самим дає змогу підтримувати давню культуру предків. Звичаї мусульман широко підтримуються на державному рівні, формуючи особливу модель правової системи – правової системи мусульманського права.

2.2. Особливості застосування звичаю у країнах з індуським та іудейським правом

Індуське право і право Індії (індійське право) – дві різні правові системи. Якщо індуське право – це право громади, яка сповідує індуїзм, то право Індії – це національна правова система, дія якої поширюється на територію всієї держави, на всіх громадян, незалежно від їх національності й належності до певної релігійної громади. Так, на теперішній час в Індії одночасно діє кілька правових систем – індуське право, мусульманське право і національна правова система Індії [192, с. 206]. Правова система Індії дуже полісистемна і «життєдайність звичаєво-правових норм визначається також їх глибинними зв'язками з релігійною свідомістю мас, стійкими соціально-психологічними настановами, моральними критеріями, з традиційно-релігійною системою соціальних цінностей» [78, с. 33].

Індійське право охоплює всі закони Республіки Індія, які мають загальне застосування, навіть якщо окремі положення цих законів не поширюються на окремі категорії громадян. Головна тенденція сучасного індійського права – заміна традиційних релігійних систем індуського, мусульманського, канонічного права на сучасну правову систему, норми якої знаходяться у відповідності з потребами розвитку суспільства [187, с. 597].

Індійське право як право територіальне почало розвиватись у період англійського колоніального панування. На той час у країні найпоширенішими і найвпливовішими були індуське право та мусульманське право. Ці дві релігійні системи не охоплювали тоді велику частину населення Індії: християн, євреїв, персів тощо. Окрім того, традиційні релігійні правові системи взагалі не мали багатьох норм для регулювання цілої низки нових суспільних відносин, які виникли у суспільстві. Ці умови передували виникненню загальної потреби у швидкому розвитку індійського права.

Індуське право пройшло великий історичний шлях і зазнало впливу з боку мусульманського та англійського права. Найдавніші джерела індуського

права – Веди були створені ще в другому тисячолітті до н.е. Протягом значного історичного періоду воно розвивалося самостійно. У XVI ст. в Індії встановилося мусульманське панування, що відчутно загальмувало розвиток індуського права (суди зобов'язані були застосовувати лише мусульманське право, індуське ж могли застосовувати тільки збори каст для розв'язання проблем у середині общини). У XVII–XVIII ст. мусульманське панування змінилося англійським. Англійці не заперечували проти застосування щодо населення більш знайомих йому правових норм, особливо у приватному праві. Хоча було і позитивне у дії англійського права (збереження індуського права), та все ж англійське панування досить глибоко трансформувало традиційне право індусів, залишивши недоторканим мізерне коло відносин [63, с. 17].

Індуїзму властивий ряд особливостей. Ця релігія не має організованої церкви, її релігійні догмати та норми не уніфіковані, що приводить 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, як пише відомий індійський вчений Х. Кабір, «продукт пізнання людиною на різних рівнях її розвитку однієї і тієї ж істини, що стосується однієї і тієї ж реальності» [63, с. 17].

Тісний зв'язок індуського права з релігією знайшов своє вираження не лише у релігійно-філософських концепціях, а й у теорії джерел права. Традиційно оцінюючи джерела права, один з найбільших авторитетів у правовій сфері С. Десаї дає таке визначення індуського права: «Там, де воно не модифіковано чи не скасовано законодавством, індуське право може бути визначене як прадавнє право індусів, засноване на Ведах, проголошене в смритах, роз'яснене і розтлумачене у визнаних коментарях, дегестах, доповнене схваленим звичаєм» [230, с. 2].

У стародавній час та у період Середньовіччя індуське право у своєму розвитку пройшло три головних стадії:

1. «Велична епоха» – період, який передував появі перших релігійно-правових компіляцій.

2. Період сутр та дхармашастр.

3. Період коментарів до дхармашастр [83, с. 43].

Другий період (період дхармашастр) вважають «золотою епохою» індуського права.

Головними принципами індуїзму – релігії, філософії та права – були ідеї дхарми. Дхарма – це релігійно-моральний обов'язок, виконання якого веде до прикінцевої, головної мети життя кожної людини, так званої мокші (тобто повного звільнення). Кожна стадія життя людини та кожна каста (які належать до однієї з чотирьох варн: брахманів, кшатріїв, вайшиїв та шудр) мають свою дхарму. Водночас дхарма – це зібрання правил, обов'язкових для кожного індуса, що регламентують його віру, поведінку та відрізняють від людей, які сповідують будь-яку іншу релігію. Право органічно охоплюється цим зібранням правил.

Сфера дії індуського права визначається особливостями індуїзму як релігії. Тобто, з одного боку, право поширюється насамперед на індусів. Але невизначеність самого поняття «індус» призвело до великої кількості досить суперечливих коментарів, судових рішень тощо. Аналіз різних джерел права свідчить, що індуське право поширюється не лише на індусів з народження, а й на індусів за релігією.

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. Так, тривалий час більшість філософських та правових питань розглядалася на вищій раді махараджі – парішаді. Другим важливим джерелом індуського права були коментарі до дхармашастр, які набули особливого значення у період Середньовіччя. Особливістю джерел індуського права є те, що коментарі

фактично з самого початку їх виникнення були санкціоновані державою. Багато з них були написані за дорученням вищих посадових осіб.

До джерел індуського права також слід віднести артхашастри – твори про філософські, соціально-політичні та економічні проблеми державної діяльності. Найбільш відома артхашастра – артхашастра Каутіл'ї – радника царя Чандрагупти (IV–III ст. до Р. Х.).

Важливу роль у становленні індійського права відіграв звичай (соціальна норма, що виникла в результаті багаторазового використання людиною, передається від покоління до покоління і є історичною передумовою закону). На думку Д. В. Лук'янова, нині його роль незначна – він поставлений у підлегле становище щодо писаного права [224, с. 32]. Тому норми звичаїв застосовуються судами в разі прямої вказівки на них закону або відсутності законодавчих положень з конкретного питання.

За твердженнями дослідників системи індуського права, роль звичаю як джерела права була і є досить значною на усіх етапах історичного розвитку Індії. Починаючи з древнього періоду, звичай передував появі перших правових документів брахманської компіляції. У середньовічний період дхармашастри визнавали звичай джерелом індуського права. У цьому релігійно-правовому джерелі містяться посилання на звичаї у загальній, декларативній формі і по конкретних нормах права.

У сучасному традиційному індуському праві, норми якого мають персоніфікований характер, як пише один з найвідоміших ідеологів Д. Деррет, живе «дух» древніх джерел права, існує «ряд фіктивних підходів, необхідних для того, щоб безперешкодно досягати поставленої мети» [103, с. 377].

Основним джерелом індуського права доколоніального періоду були праці правовиків, а саме «сморити», коментарі до них та юридичні збірники. За змістом це було всеохоплююче і систематизоване звичаєве право. Як джерела визнавались також старовинні місцеві звичаї, яких дотримувались з давнини певні касти, роди, сім'ї. Ці звичаї не лише враховувались суддями при тлумаченні норм «сморити», але й мали пріоритет. У визначенні звичаїв, що

заслугоували на правове визнання, основну роль відігравали жерці-юристи [142, с. 219–233].

Колоніальний період, безумовно, вплинув на розвиток права Індії, у тому числі звичаєвого, але англійські колоніальні суди не могли здійснювати свою діяльність без урахування місцевих звичаїв. Велика кількість правових звичаїв збиралась у особливі сільські книги, що широко застосовувались судами. Колоніальний період відзначився тим, що в Індії поступово були встановлені критерії для визнання звичаю. Усі ці критерії до теперішнього часу діють у цій республіці.

Після досягнення незалежності система індуського права зазнала значних змін, головним інструментом яких став закон. Прагнення до незалежності поставило на порядок денний план кодифікації індуського права. Десятиріччями уряд Індії намагався кодифікувати усталені в суспільстві звичаї і в 1955 р. ухвалено Закон про шлюб індусів, а в 1956 р. набрали чинності три нових закони – Акт про неповнолітніх дітей та опіку, про спадкові права та Закон про усиновлення й утримання. Але їх окремо не можна вважати кодексами, скоріш, це законопроекти, що у своїй сукупності склали те, що називають «Індуським кодексом» [142, с. 219–233].

Стаття 3 (а) Закону про шлюб індусів 1955 р. зазначає, що «звичай повинен застосовуватись одноманітно протягом тривалого періоду, отримати визнання правової норми серед індусів певної території, соціальної групи, бути визначеним та розумним і не суперечити суспільній політиці» [77, с. 33].

Протягом другої половини ХХ ст. правова система Індії розвивалась, спираючись одночасно на цінності традиційного індуського і адаптованого загального права, а також широко використовуючи позитивний досвід інших правових систем, зазначає Н. А. Крашеніннікова [77, с. 33].

У сучасній індійській державі використовуються різноманітні види правових звичаїв. Найпоширенішим є посилання на них у нормах закону. Так, Закон про спадкові права індусів 1956 р. передбачає включення до складу об'єднаної сім'ї заміжніх дочок чоловіків, що приходять до них жити, бо звичаї

їх каст не дозволяють приводити своїх дружин у будинок батьків. Закон про шариат 1937 р., а також кодекс індуського права 1955–1956 рр. закріпив «підкорене» становище звичаю щодо писаного права.

У сучасному вигляді індуське право регулює шлюбно-сімейні і спадкові відносини, питання опіки, усиновлення, аліменти, пожертви на благодійні та релігійні цілі, а також окремі види договорів (договір дарування, позики).

Зміст права індусів протягом ХХ ст. зазнав докорінних змін, спрямованих на скасування кастової і статевої нерівності, відміни найбільш архаїчних ознак шлюбно-сімейних відносин.

Конституцією 1950 р. було скасовано систему каст. У її ст. 15 заборонена дискримінація за кастовою належністю. Питання шлюбу були зібрані у згаданий Закон про шлюб.

У концепції індуїзму шлюб – це таїнство, священний союз; він розглядався традиційним індуським правом як дарунок, що здійснюється родичами дружини родичам чоловіка. Від дружини як об'єкта дарування згоди не вимагалось; розлучення не передбачалось, а полігамія дозволялась (чоловік міг взяти другу дружину, якщо, наприклад, перша не виконувала шлюбних обов'язків). Існували перешкоди при укладенні шлюбу: не дозволялось укладати шлюб між представниками різних каст. Нове шлюбне законодавство передбачає шлюби між кастами, встановлює шлюбний вік (18 років – для чоловіків і 15 років – для жінок), розлучення і режим виплати аліментів, дозволяє роздільне проживання чоловіка і дружини, але дружина втрачала надане їй право у випадку, «якщо вона поводиться непристойно або ж перейшла в іншу віру» [231]. Вона втрачала права при переході в іншу віру навіть у тому випадку, якщо чоловік жорстоко з нею поведився, утримував у домі іншу жінку.

Невирішеним залишається питання, чи може жінка, яка покаялась у своїй порочній поведінці і повернулась до нормального життя, вимагати від чоловіка матеріальної допомоги. У цю правову прогалину втручається звичай, який передбачає право дружини прохати утримання в розмірі «голодної пайки».

Кожне шлюбно-сімейне питання, трансформоване з прийняттям законодавства про шлюб, часто не знаходить свого відображення у повсякденному житті населення. Незважаючи на кримінальну відповідальність, передбачену в ряді випадків, зокрема, у випадку вступу неповнолітніх у шлюб, індуї продовжують дотримуватись прийнятих звичаїв. В основі цього соціального зла закладені суто економічні причини, не викорінені до цього часу інститут приданого («дауері») як головна умова укладення шлюбів. Хоча ст. 8 Закону про шлюб передбачає реєстрацію шлюбів, але на практиці відбувається лише релігійна церемонія, що і породжує порушення закону.

Важливою заборонаю вступу в шлюб є певний ступінь спорідненості. За законом, не дозволяється вступати у шлюб, якщо одна з сторін є пращуром або нащадком по прямій лінії іншої сторони; якщо жінка була жінкою брата або дружиною брата, батька, матері, діда, баби і якщо особи є братом та сестрою, тіткою та небожем, дядею та небогою або дітьми брата або сестри, двох сестер або двох братів, також «сапіндас» (спорідненість до третього ступеня по материнській лінії та до п'ятого по батьківській). Але для свояків і бокових родичів можуть бути зроблені винятки на користь звичаю. Так, у Південній Індії доволі поширені шлюби двоюрідних братів і сестер. У тамільських брахманів дозволяються шлюби жінок з молодшими братами матерів або шлюби чоловіків з двоюрідними сестрами. Більше того, в деяких кастах Індії видання заміж дівчини належить до обов'язків брата її матері або сестри її батька, які повинні одружити небогу, «якщо вона не гарна», зі своїм сином. Якщо дію звичаю, який відхиляється від закону, не доведено, то шлюб визнається недійсним.

Також вводиться державна реєстрація обрядових індуських шлюбів. Крім того, закон вимагає, щоб кожен з подружжя виразив особисту згоду на шлюб, що віднині розглядається як договір з передбаченим законодавством шлюбним віком. Незважаючи на такі глобальні зміни, закон про шлюб зберіг ряд традиційних норм сімейного індуського права: розлучення дозволялось лише за

вичерпним переліком без взаємної згоди. Однією з дев'яти умов для розлучення є перехід одного з подружжя в іншу віру.

Пізніше відбулися зміни щодо становища дітей-сиріт. Було дозволено усиновлення сиріт. З 1956 р. бездітні сім'ї можуть брати на виховання дитину, на яку покладається обов'язок по продовженню роду, по підтриманню матеріального та духовного статку родини. Усиновлена дитина повністю урівнюється у спадкових правах з законнонародженими дітьми усиновлювачів. Як і шлюб, усиновлення потребує особливої релігійної церемонії. Жінка-індуска, жінка-вдова може вільно усиновити дитину без згоди на те чоловіка (заборону знято з 1956 р.).

У питаннях особистого статусу спадкування, регулювання здійснюється нормами індуського права, що діють у межах відповідних общин. Традиційний виняток принципу *lex loci* в питаннях застосування приватного права поширюється й на звичаєве право. Передбачається, що індус при переїзді везе з собою своє персональне право, з усіма його особливостями та винятками. Навіть з приводу спадкування, діє не право спадкодавця, а право спадкоємця. Ця презумпція може бути оскаржена шляхом доказування, що індус, який переселився, прийняв ту школу індуського права і ті звичаї, які поширені в місцях його нового поселення. Те, що діє звичай, а не загальноприйнята норма індуського права, повинен довести той, хто посилається на цей звичай. Свідченням малої ймовірності довести наведене положення є численні судові рішення, що стосуються представників різних течій індуїзму [77, с. 19].

Спадкування жінок в індуському праві регламентувалось дуже складною системою норм. В одних кастах жінок відсторонювали від спадкування по чоловічій лінії, в інших – по жіночій. У цілому право власності жінок обмежувалось майном, подарованим батьками чи братами («стрідхана»). Однак правовий режим «стрідхани» не мав чіткого положення серед представників різних течій та основних шкіл індуського права. З 1928 р. почалась модифікація цього питання. Було реформовано спадкове право на користь розширення прав жінок. До законів внесено суттєві зміни: вдови могли спадкувати не тільки

окрему частину власності своїх чоловіків, що не залишили заповіт, а й частину нерозподіленої сімейної власності.

Як зазначалось, норми англійського права не повністю витіснили звичаї індуського народу. Одним з таких винятків став традиційний інститут «дамдупата», або «дамдупата». Він знайшов своє відображення в Законах Ману, інших дхармашастрах і передбачав обмеження суми відсотків за договором позики розмірами суми боргу. «Процент за грошовою позикою (і боргом), внесені разом, не (можуть) перевищувати подвійної (суми боргу)», – записано в Законах Ману (VIII, 151). Введення правила дамдупата викликане такими особливостями: по-перше, індуське договірне право не мало обмеження строків відшкодування боргових зобов'язань, а по-друге, релігія передбачала виплату боргів своїх батьків по чоловічій лінії, що могло призвести до неймовірно великої суми боргу. Правило дамдупата, яке Д. Деррет відносить до справедливої та доброї волі, насправді, не є засобом захисту прав боржника, у зв'язку з тим, що його можна легко обійти новою угодою сторін, на базі якої ця нова сума розглядається як початкова. По-друге, це правило діє лише в окремих штатах Індії, наприклад у Гуджараті, Махараштрі, і не діє у Раджастхані, Мадрасі тощо. Крім того, між Вищими судами Індії не існує єдиного тлумачення умов, за якими відповідач може посилатись на правило дамдапута. Якщо керуватись першоджерелами цього інституту, то воно, як правило, застосовується незалежно від релігійної належності. Високий суд Калькутти виніс рішення, що правило дамдапута застосовується до договорів, якщо сторони на всіх його стадіях були індусами (таке ж рішення прийняте і в Беррарі). У Мамбуї (Бомбеї) ж вважають, що цей інститут застосовується незалежно від релігійної належності кредитора і припиняє свою дію, якщо боржник по спадковій лінії інаковірець [77, с. 91–93].

Щодо права довірчої власності, то прийняття ряду законів не привело до повної ліквідації традиційних відносин власності. До таких інститутів належить, наприклад, власність «бінамі» (термін перського походження, що в перекладі означає власність «без імені»), яка має багато спільних рис довірчої

власності, але не повторює цього особливого інституту англійського права. В судах не завжди враховувалась відмінність між ними, що призвело до викривлення самого поняття власності бінами. Д. Мулла визначає бінами так: «Коли людина придбає за свої гроші власність, але від імені іншої особи, або придбає власність від власного імені, але потім передає її іншій особі без мети отримання вигоди, така передача називається бінами, а особа, якій передана власність, називається бінамідаром» [230, с. 634]. Д. Деррет порівнює власність бінами з договором зберігання [224, с. 25]. Власність бінами також, як і дамдапута, передається по родинній лінії. Але вона ще з часів Стародавньої Індії була «ширмою», що прикриває дійсний статок власника. Вона використовувалась проти претензійних родичів та скупих правителів. Цей інститут використовується й дотепер, коли представники великого капіталу приховують свої доходи від оподаткування. У власності бінами бінамідар повинен представляти власника бінами у всіх справах, пов'язаних з цією власністю. Рішення суду по власності бінами однаковою мірою стосується як власника, так і бінамідара. Власник же не може бути застрахований від недобросовісного бінамідара. Бінамідар може продати її на власний розсуд, без згоди власника. Повернути таку власність можна лише у випадку, якщо покупець знав про те, що продавець – бінамідар [77, с. 93–95]. Тому рішеннями судів було вироблено ряд обмежень у власності бінами для ліквідації негативних наслідків.

Не менш цікавим інститутом, пов'язаним з сімейними відносинами, можна вважати інститут неподільної сімейної власності – «радж'я». Д. Мулла визначає її як: «Власність – хоча подільна по суті, але за звичаєм, за спеціальним розпорядженням правління, є неподільною в тому розумінні, що вона передається одному члену родини і виключає інших» [77, с. 97]. Радж'я успадковується за принципом майорату, тобто старшим рідним сином померлого. Однак інші члени родини можуть вимагати утримання за рахунок такої власності. Як правило, неподільною власністю вважали нерухомість.

Специфічним інститутом індуського права є власність ідолів (богів) релігійних та благодійних закладів, заснована на пожертвах. В індуському праві немає розмежувань між жертвами в релігійних чи благодійних цілях. У традиційному розумінні вони ідентичні й пов'язані з релігією. У зв'язку з тим, що в індусів не існує ієрархічної, уніфікованої церкви, жертвування необхідні для зміцнення численних індуських приватних та публічних храмів, релігійних шкіл. Такий інститут має практичне значення для нащадків та інших родичів з метою забезпечення їх у майбутньому, наперекір загальному порядку спадкування. У побуті індусів найбільшу шану складають людям, які займають високе становище у релігійно-культурній сфері. Сучасний індус, будучи при повному розумі, може передати у спадок свою власність храмам.

Головною особливістю власності богів є її вічний, постійний характер. Ніхто не може змінити її призначення. Дарована власність називається божеством. За твердженням Н. А. Крашеніннікової, в Індії релігійний культ має найвище значення і є продовженням традицій предків [77, с. 96–100].

Цікаві факти були відмічені професором Н. А. Крашенінніковою на основі етнографічного дослідження індійських селищ.

По-перше, в індійських селищах діють неофіційні суди панчаята та черіпанчаята. Ці суди орієнтовані на традиційні ідеали справедливості і дхарми. Їх рішення забезпечуються не примусовою силою держави, а силою суспільної думки і кастового конформізму. Їх діяльність лише опосередковано визнана державою. У рішеннях Верховного суду Індії 1973 р. зазначено: «Навіть звичай найменшої общини, спори якої не доходять до суду, не можуть ігноруватись у судах». Широкі кола населення індійського села у теперішній час визнають лише суд звичаєвого права.

По-друге, в Індії умовно-правові норми поділяють на «право юристів» і «місцеве звичаєве право». До права юристів відносять: статuti, прецеденти, норми звичаєвого права, санкціоновані державою, визнані органами державної влади та їх персоналом. До другої групи зараховують норми місцевих звичаїв,

які не отримали прямого офіційного санкціонування ні у законах, ні у діяльності того чи іншого державного правозастосовчого органу.

По-третє, звичай в Індії відіграє не лише субсидіарну роль, а й має можливість замінювати ті чи інші положення закону. Так, місцеве звичаєве право, що застосовується лише панчаятними, кастовими та общинними судами, може суперечити праву юристів. «Верховний Суд Індії неодноразово підкреслював права сторін посилаючись на звичай, навіть, як було спеціально підкреслено, у відхиленнях від суспільних норм персонального індуського права» [78, с. 34]. Факт конкуренції між законодавчими та традиційними нормами відмічає і такий вчений, як А. А. Куценко. В Індії у питаннях власності «норми закону та звичаю можуть дуже відрізнятися» [85, с. 151–152; 148, с. 333]. За аграрними законами деяких штатів, селяни наділяються правом викупу землі, незалежно від їх кастової належності. Однак згідно зі звичаєвим правом землею можуть володіти лише «двічі народжені» касты. Безумовно, це знову ж таки виправдано з боку релігії, таким чином, що утримання від дотримання правил поведінки, встановлених текстами, можливе, якщо суспільство не сприймає цього правила.

Норми звичаєвого права, не будучи визнаними законом, продовжують регулювати відносини між людьми. Тому поруч з широким застосуванням санкціонованого державою звичаю «застосовуються у сільських звичаєвих судах несанкціоновані звичаї, що часто суперечать нормам закону» [114, с. 147; 186, с. 171].

Індійські правники вважають доволі суперечливим факт визнання за звичаями, які використовуються у судах, звичаєвого права правового характеру, адже це фактично недержавний орган. Але відмітимо, що держава фактично змирилась з їх існуванням, тому що в Індії існує великий загальний персоналний підсистем права: індусів, мусульман, парсів, а надалі пішла на офіційне їх визнання. При цьому, незважаючи на розвиток державної правотворчості, зберігається досить велика сфера, у якій суспільні відносини досі регулюються традиціями.

Полісистемність релігійних правових сімей призводить до того, що ні у мусульманської, ні у індуської правових систем немає понять, адекватних сучасному поняттю права, а основні правові категорії відрізняються багатозначністю.

Наприклад, в Індії принцип справедливості і доброї совісті застосовується при вирішенні конфлікту між різноманітними нормами звичаєвого права, «при усуненні неясностей у їх змісті, при необхідності вибору між нормою індуського і мусульманського права у справах, де перше з них є персональним правом сторін чи однієї з них, а друге – звичаєм, переважаючим у даній місцевості або сім'ї» [115, с. 147; 149, с. 333].

Нині ж національна політика Індії підтримується державою офіційно і спрямована на підтримання малих народностей та племен. При цьому держава прямо передбачає створення у національних областях ради, що завідують місцевими звичаями. Вони можуть «створювати спеціальні суди по розгляду спорів, сторонами яких є представники зареєстрованих племен» [53, с. 29–30]. Таким чином, держава санкціонує створення державних органів, що санкціонують звичаєве право. Прикладом може слугувати сімейний звичай, який широко застосовується сільськими судами і передбачає поділ рухомого майна [77, с. 93–95], хоча, як правило, неподільною власністю в Індії виступає лише нерухоме майно.

Відмітимо, що все ж таки намагання витіснити традиційне право шляхом його заборони або інтеграції успіху не має й сьогодні. Тут варто погодитись з Г. І. Муромцевим, що справедливо вказує: «Традиційне право злилося з формою суспільної свідомості, і у відомому сенсі недосяжне для європейського впливу» [115, с. 98].

Отже, у теперішній час стан права незалежної, світської Індії зазнає прямого впливу релігійних постулатів, незважаючи на глибокі перетворення в ньому англійцями та сучасному правовому розумінню у світі. Хоча більшість норм індусів було скасовано, вони продовжують діяти як звичаї. Яскравим прикладом може слугувати рідкість вступу в шлюб представників з різних каст

та вирішення питання про вступ у шлюб не нареченими, а їх представниками. Юридично ж звичай є доповнюючим джерелом права в законодавстві, який застосовується для ліквідації прогалин у «англізованому» праві, а також як повага до культури і релігії корінного населення, різноманітних релігійних шкіл, напрямів, каст.

Роль і значення індуїзму як світової філософії відчувається у сучасній юридичній думці. Але не менш знаковою є релігія – іудаїзм, що своїм корінням сягає далеких пращурів, впливаючи на сучасну правову систему країни Ізраїль.

Єврейське право є однією з найстаріших правових систем світу: його історія налічує понад три тисячоліття. Іудейському праву притаманний цілий ряд неповторних рис, які визначають його самобутність і вирізняють його серед інших релігійних систем. Хоча іудейське право поширене у світі значно менше, ніж мусульманське або індуське, однак навряд чи варто недооцінювати надзвичайну тривалість його існування і глибину його впливу протягом цього часу на правові системи різних країн і народів. Природу його пояснюють по-різному: по-перше, його характеризують як сукупність сформованих древніх звичаїв релігійних іудеїв, «правом їх землі», яке є скоріш щось фактичне, ніж юридичне (Б. Лівшиць); по-друге, як сукупність «юридичних норм, що регулюють різні сторони повсякденного життя євреїв та їх вірувань», які є нормами звичаєвого права і дотримуються понад три тисячоліття (З. Фалк); по-третє, як система звичаєвих норм і відповідних етичних принципів, які склалися протягом багатовікової практики тлумачення Талмуду та інших священних книг, а також рішень релігійних (рабинських) судів (І. Інгланд) [139, с. 210-212]. Кожне з цих тлумачень суті іудейського права тісно переплітається одне з одним, і тому важко виділити одне з них.

Існують різні погляди щодо того, чим є іудейське право.

Деякі дослідники розглядають його як право, сформоване давніми звичаями релігійних іудеїв, вважаючи, що це право їхньої землі і що це право (у сучасному його звучанні) є скоріш фактичним, побутовим правилом, ніж юридичною нормою. Для інших дослідників іудейське право є системою

звичаєвих норм, яким понад дві тисячі років, що регулюють різні сторони побуту іудеїв, стосуються їхньої віри. Для третіх – іудейське право є системою як звичаєвих релігійних норм, так і відповідних релігійно-етичних принципів, традицій, тлумачень Талмуду, а також інших, визнаних священними, книг і писань, та рішень релігійних судів (суду рабина). Таким чином, на думку останніх, уживаються і взаємодіють:

- 1) норми щодо процедур відправлення релігійного культу та ритуалів;
- 2) релігійні норми, що встановлюють поведінку іудеїв у приватному і громадському житті;
- 3) норми, які створюються у наш час, передусім завдяки діяльності судів.

Слід зазначити, що, попри тисячолітні контакти з іншими правовими системами, іудейське право залишається глибоко специфічним і зберігає низку унікальних рис та інститутів.

До таких рис належать, зокрема:

1) розвиток іудейського права тісно пов'язаний з тисячолітньою історією єврейського народу, з урахуванням змін і доповнень, практики застосування і тлумачення норм іудейського права і є одним з найтриваліших безперервних процесів такого роду, хоча й не позбавлений як внутрішніх, так і зовнішніх суперечностей;

2) в іудейському праві норми є переважно імперативними і, як правило, являють собою сувору заборону, зобов'язання або обмеження, накладають на особу значний обсяг обов'язків, а дотримання чи недотримання їх пов'язане із заохоченням або санкціями релігійного характеру [139, с. 74].

Як зазначалося, іудейському праву притаманний ряд особливих рис, серед них:

а) досить тривалий і суперечливий у порівнянні з іншими релігійними правовими системами період становлення і розвитку;

б) надзвичайно суперечливий характер процесу становлення і розвитку іудейського права, який залишив досить помітний відбиток як на його зовнішній стороні, так і на його сутності та змісті;

в) імперативний характер іудейського права, перевага у його системі прямих заборон, вимог, різного роду обмежень та обов'язків над правами і свободами суб'єктів права;

г) 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);

д) 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).

У системі права Ізраїлю надзвичайно важливу роль відіграють принципи права (органічне поєднання релігійного та національного начала, дотримання звичаїв тощо). Іудеї навіть вивчають окрему дисципліну, яка стосується принципів іудейського права. Відповідно до цього іудеї покликані підтримувати вірність своєму Богові, «істинній вірі» та своєму народові.

Основою виникнення та існування права Ізраїлю можна назвати Старий Заповіт (частина Біблії, яка складається з кількох книг до пришествя Христа), Тору (П'ятикнижжя Мойсеєве, що розглядається як конституція єврейського народу), Талмуд (друга книга за святістю після Біблії), Мидраш (тлумачення Тори) та інші джерела права. На сучасному ж етапі існування Ізраїлю його джерелами є:

- закони, підзаконні правові акти;
- судові прецеденти;
- правові звичаї [192, с. 220].

Під впливом різноманітних правових систем ізраїльське право поєднує в собі риси романо-германської, англосаксонської правових систем, іудейського, мусульманського і канонічного права.

З 1948 р. в Ізраїлі з'являються перші закони, які й дотепер замінюють конституцію (тобто конституція відсутня) [142, гл. 56]. Це десять Основних законів, що регулюють діяльність Президента, Кнесету, Уряду та державного контролера, судочинство, службу в армії тощо. Дієвість їх підтверджена Верховним судом Ізраїлю. Відсутність конституції можна пояснити тим, що перше місце у житті народу займає Священне Писання, звичаї, які закладені у свідомості віруючого іудея і передаються від покоління до покоління.

Вплив англійського права знайшов відображення у визнанні судового прецеденту повноправним джерелом права. Відповідно до Закону від 1957 р. кожен суд зобов'язаний керуватися судовим прецедентом, встановленим вищим судом. Якщо ж відсутня норма для врегулювання невіршеного питання, суд може використовувати звичаї народу, після чого вони перетворюються на судові прецеденти. У сучасному Ізраїлі скасовано дію англійського судового прецеденту. Суди частіше посилаються на американську судову практику.

Звичаї визнаються джерелом ізраїльського права у разі прямої вказівки закону або виходячи з багаторічної практики його застосування. Низка звичаїв набула значного поширення в Ізраїлі. Наприклад, обов'язок роботодавця попереджати працівника про звільнення за два тижні. Це положення захищається судовою системою. Сучасний інститут власності пронизаний рядом положень, які імплементували релігійні звичаї не завдавати шкоди і не допускати руйнування майна, «принципи доброзичливості», специфічний режим купівлі-продажу земельних ділянок, у якому перевага надається представникам іудейської релігійної громади тощо. «Іудейська правова спадщина» як субсидіарне джерело права відіграла помітну роль у втіленні ідеї «природного права» іудеїв щодо повернення на історичну батьківщину і лягла в основу ідеології сіоністів. Зокрема, «спадщина» розглядається як джерело права

у ст. 1 Закону Foundation of Law, яка закріплює те, що якщо суд у ході розгляду справи не може знайти відповіді на питання, яке виникло «у статутному або судовому праві, або не може вирішити його шляхом застосування аналогії, то він повинен розглянути його і прийняти рішення, виходячи із принципів свободи, справедливості, неупередженості та мирної ізраїльської спадщини» [156, с. 224].

Ще одним підтвердженням важливої ролі правового звичаю є те, що сімейні відносини дотепер регулюються релігійними нормами, тобто народ дотримується звичаю вирішення сімейних спорів шляхом створення рабинських судів. Вступ до шлюбу, народження дітей, розлучення – всі ці питання регулюються общиною. Водночас, крім іудейської общини, існує християнська, мусульманська тощо [142, с. 261].

Сьогодні іудейське право є підсистемою системи загального права Держави Ізраїль, відповідно до чого воно поступово витісняється світським правом. Хоча питання про світський чи релігійний характер правової системи Ізраїлю не вирішене остаточно, слід схилитися до того, що право Ізраїлю набуває дедалі більше світського характеру. Витіснення іудейського права у суспільному житті було започатковане статутним правом Османської імперії, окремі елементи зберігають силу ще й сьогодні. Оскільки Палестина була підмандатною територією Великої Британії (1917–1947 рр.), право Ізраїлю склалося як система загального права з деякими елементами (субсидіарними, додатковими) іудейського права. Той факт, що право Держави Ізраїль з 1948 р. набуло переважно світського характеру, є особливістю еволюції ізраїльської державності.

Проблему співвідношення єврейського права з іноземним правом слід розглядати у двох аспектах. Перший – якою мірою можна говорити про взаємний вплив, якою мірою одна правова система позичає і адсорбує елементи іншої правової системи, і в результаті цього вони стають її органічною частиною. Другий аспект – якою мірою визнається сила і законність іншого,

інородного права, без того, щоб позичати і адсорбувати його елементи [107, с. 70].

«Ізраїльське право є одночасно і древнім, і молодим, що зросло на власному ґрунті та іммігрантському, і суто родовим та універсальним. Воно одночасно належить і до загального, і до цивільного (континентального) права, але в той же час воно не є ні тим, ні іншим» (Е. Шахар) [156, с. 8]. За своєю природою правова система Ізраїлю є змішаною, в якій відсутня кодифікована конституція: «Відсутність формальної конституції в Ізраїлі є своєрідною рисою його правової системи. У силу цього на відміну від більшості інших країн, за прикметним винятком Великої Британії, проблеми права і релігії в Ізраїлі не формуються у конституційному порядку, не вирішуються» (І. Інгланд) [156, с. 8].

Взаємодія світського та релігійного права в Ізраїлі також визначається у співвідношенні світської та релігійної юрисдикції. Згідно з актом Rabbinical Court Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law від 1953 р. до виключного відання рабинатських судів віднесені справи щодо шлюбів та розлучень євреїв. Таким чином, Рабинат країни, а також рабинатські суди «підпадають під юрисдикцію Високого суду справедливості», Рабинат «залишається суб'єктом юрисдикції» останнього. Світські суди, застосовуючи релігійне право, коригують його відповідно до вимог світського права. Нарешті, релігійні суди зобов'язані «дотримуватися основних законодавчих актів і поточного законодавства», «діяти в межах конституційного права і з дотриманням принципів фундаментальних людських прав».

Також у правовій практиці застосовуються такі джерела, як доктрина права, міжнародно-правові угоди.

Незважаючи на великий вплив правових систем світу, право Ізраїлю виокремлюється своєю самобутністю, повагою до звичаїв, традицій предків, вшануванням основних принципів іудеїв, згуртованістю нації, навіть за межами Ізраїлю, дотриманням релігійних законів Тори, Біблії, Талмуду.

2.3. Відображення засад звичаю у країнах традиційної правової системи (далекосхідна правова сім'я, а також країни Африки та Мадагаскару)

Традиційна правова сім'я включає так звану звичаєво-правову систему. Переважно вона поширюється на країни, що розвиваються, – Екваторіальну Африку та Мадагаскар. Ці правові системи досі не вільні від впливу надприродних сил, заснованих на страхові перед древніми звичаями пращурів. Держави, що тепер утворюють традиційну систему звичаєвого права, найменш розвинені, а крім того, лише у ХХ ст. звільнилися від колоніальної залежності. Язичницький стиль релігійності таких країн став передумовою виникнення місцевого (локального) звичаєвого права у кожному племені, общині, хоча надалі такі світові релігії, як мусульманство, індуїзм, християнство залишили свій відбиток на розвитку їх державності та права.

У результаті особливого історичного розвитку нове право країн, що отримали незалежність внаслідок розпаду колоніальної системи, все ще зберігає елементи старого права – звичаєвого [175, с. 8]. Тому досить актуальними є питання віднесення того чи іншого звичаю до сучасної правотворчої діяльності зазначених країн, визначення їх місця.

Дотепер норми звичаю використовуються населенням Африки для врегулювання суспільних відносин. І саме із звичаєм як регулятором соціальних відносин ототожнюють країни Африки.

Дослідники-африканісти відмічають, що африканський звичай засновано на ідеях, які різняться від керівних ідей західної думки. Вважається, що вивчення права Африки не відповідає стереотипному, і звичаєве право розглядається як «об'єкт вивчення не юриста, а антрополога» [149, с. 379].

Безпосередньо це пов'язують з відсутністю писемних пам'яток туземного походження. Звичай в Африці залишився усним. Лише у період колоніальної залежності зусиллями англійців та французів були підготовлені збірники звичаєвого права, які лише частково отримали офіційно-юридичне значення. До

50–60-х років минулого століття в англійських колоніях не було писемних джерел звичаєвого права, за винятком Лесото і Натала, які сьогодні перебувають під юрисдикцією ПАР. У наш час судами використовується видання 1959 р. [188, с. 3].

Для правового звичаю Африки характерна наявність спільних юридичних принципів, процедур, інститутів та техніки [139, с. 80]. 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 чю користь винесене рішення, з високою ймовірністю може відмовитись від його виконання. Як зазначає А. Х. Саїдов, «у традиційному праві правові та моральні норми нерозривно пов'язані, тому при вирішенні конфліктів населення керується принципами примирення» [138, с. 301-302].

Звичаї визначають обов'язки людини, а їхнє дотримання є добровільним, тоді як поняття суб'єктивного права не досить зрозуміле африканському звичаєвому праву. 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. Кодекс звичаєвого права народності Балі прийнято в 1969 р. у Камеруні, кодекс звичаєвого права спадкування та розпорядження господарством у Свазіленді 1965 р., ще раніше в 1963 р. – у Таньган'їці (Танзанії). З 1968 по 1969 рр. було опубліковане двотомне видання – збірник норм звичаєвого права про шлюб, розлучення та спадкування різних народів, які населяють країну. Водночас збірник норм звичаєвого права не має сили

закону. Він слугує «квазіофіційним посібником для судів, юрисконсультів, адвокатів, не завжди знайомих з тими чи іншими системами неписаного звичаєвого права» [167, с. 174].

На Африканському континенті сьогодні налічується близько сорока незалежних держав [139, с. 252]. 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 (наприклад, Кенія населена нілотами, нілохамітами, хамітами і банту).

У зв'язку з цим постає питання, чи є єдиним африканське звичаєве право. Існують найрізноманітніші погляди, але найбільш правильним є те, що африканське звичаєве право все-таки є єдиною субстанцією. Під нею розуміють сукупність загальних принципів, процедур, детально розроблених планів, характерних для більшої частини правових звичаїв Африки [175, с. 11–19].

Відмінною особливістю звичаєво-правових систем є багатовічні общинні традиції колективізму, взаємодопомога та спільна праця, що значною мірою передбачили характер законодавства. Деякі зі звичаєво-правових норм і принципів поділу общинних земель на землі колективного та індивідуального призначення закріплені законодавством. Наприклад, нормативно-правовий акт Танзанії про статус кооперативних селищ 1975 р. передбачає виробничу діяльність цих кооперативів на общинному підґрунті. У законі про місцеві органи влади 1982 р. підкреслюється, що «на сільські ради покладено обов'язок сприяти посиленню «духу уджамаа» у господарських та суспільних справах» [176, с. 59]. Звичаєве право сучасної Африки – зовсім не інститут пережитків, «реставрація традиційних норм як невід'ємної частини національної культури – одна з основних доктрин і політики уряду президентів Сенегалу, Гани, Ботсвани та інших республік» [167, с. 46].

Для країн, що розвиваються, характерним є використання різноманітних джерел права, пріоритет між якими встановлено залежно від виду держави з

колоніальним керівництвом. Як приклад, наведемо правову систему Гани, Замбії, Нігерії, Танзанії, Судану, котрі базуються як на системі звичаєвого права, так і на системі загального права. Республіка Сенегал, Малі, Камерун, Конго, Мадагаскар, Джибуті, навпаки, використовують у себе систему звичаєвого та романо-германського права. На королівство Лесото і Свaziленд прямо вплинуло право Голландії.

Народні традиції, у тому числі і правові, мають коріння у далекому минулому і є частиною національної культури. Держави повинні рахуватись з цим фактом. Так, професор мічиганського університету В. Харвей, говорячи про звичаєве право Африки, відмічає, що у цілому і воно вважається обов'язковим, оскільки виражає консенсус суспільства як відображену у дійсності звичку [42, с. 62].

Важлива роль звичаєвого права отримала своє відображення у законодавстві ряду країн Африки. В окремих країнах загальна система джерел права закріплена у конституційних актах: Конституції Гани 1960, 1969 рр., Конституції Екваторіальної Гвінеї 1982 р. Так, ст. 139 Конституції Екваторіальної Гвінеї [37, с. 32] встановила таку ієрархію джерел права:

1. Писане право: основний закон, міжнародні договори, закони і декрети, регламентарні акти.

2. Неписане право: звичаї або традиційна практика, загальні принципи права та юриспруденція.

У тексті Конституції Гани не лише визнається місце звичаю серед джерел права, а включається дефініція: «Звичаєве право означає норму права, яка за звичаєм застосовується в окремих общинах Гани» [165, с. 46]. Збереження традиційних інститутів передбачає і Конституція Замбії. Сомалійська Демократична Республіка встановлює у Конституції пріоритет звичаєвого права при розгляді цивільних справ, справ про шлюб та опіку над дітьми, в яких сторони сомалійці, оскільки його застосування не є несумісним з писаним правом.

В африканських державах, де відсутні конституції або немає загальних положень про джерела права, існує або спеціальне законодавство, або галузеві нормативні акти, які передбачають дію правових звичаїв у просторі та за колом осіб.

До таких нормативно-правових актів можна віднести ордонанс Республіки Сенегал від 3 вересня 1960 р. № 60-56, що урівноважив за юридичною силою та цінністю норму звичаєвого права з нормою закону. Закон встановлює певні межі сфери дії звичаєвого права, «а саме перераховуючи відносини, до яких воно може бути застосоване» [141, с. 569]. Так, можна відмітити і у Декреті про суди 1966 р. Гани, що визначив принципи застосування звичаєвого права. Один з перших законодавчих актів Танзанії – ордонанс про судоустрій та застосування права – закріпив принципове визнання державою звичаєвого права, яке суди повинні застосовувати відповідно до нього по справах цивільного характеру. У 1963 р. закон про магістерські суди «закріпив детальну регламентацію застосування звичаєвого права на усіх рівнях єдиної судової системи Танзанії» [166, с. 47]. Застосування звичаєвого права отримало відображення у різних законах про судоустрій Замбії, Кенії та Нігерії. Ці закони санкціонують застосування судами правових звичаїв, якщо вони не суперечать законодавству, основним політичним принципам та особистій свободі громадян. Відмітимо, що певними категоріями справ у Сенегалі та Нігерії до суб'єктів права застосовується писане законодавство:

- 1) за відсутності норм звичаю по справах, які підлягають розгляду в суді;
- 2) за бажанням сторін;
- 3) коли застосування звичаєвого права не створює переваг для жодної із сторін.

Хотілося б зазначити, що політика країн, які розвиваються, та їх законодавство, яке часто називають нерозвиненим, невіддиференційованим, засвідчує, навпаки, обережність законодавця та врахування нормотворчого плюралізму. Такі відомі російські вчені, як І. Є. Сініцина, Г. І. Муромцев та

М. А. Супатаєв відмічають, що вивчення правових систем Африки та Азії свідчить про розумну, хоча і своєрідну, політику цих країн, за якої «нове пробиває собі шлях, не пориваючи з традицією» [166, с. 51; 176, с. 56; 11, с. 100; 115, с. 138; 149, с. 24, 148; 166, с. 28].

Ліберальна політика традиційних держав Африки та Мадагаскару будується в основному на принципах усунення колізій між законодавством та різними системами звичаєвого права:

1. Законодавство деяких країн (Танзанії, Кенії та Уганди) передбачає положення, які регулюють вихід осіб зі сфери дії правового звичаю, характер посилок на зміну способу життя, зміни місця проживання та втрату членства в общині. Сутність процедури «асиміляції» полягає у тому, що «до окремих туземців, які довели «достатні зміни» в їх життєдіяльності та культурі, могли застосовуватись не традиційні правила, а норми цивільного права» [176, с. 52].

2. У Сенегалі та Нігерії були розмежовані сфери їх дії. Для запобігання колізіям правових систем до ореолу звичаєвого права віднесли: справи про правоздатність, про статус осіб, про малу сім'ю, про шлюб, розлучення, спадкування, дарування та заповіт тощо. Як зафіксувала І. Є. Сініцина, у Камеруні, Нігерії, Танзанії, Замбії, Конго, Нігерії, Кенії та інших країнах у деяких випадках звичаєве право було визнане джерелом права для вирішення земельних питань. Коло суспільних відносин, які регламентуються законодавством, переважно зводиться до конституційного права та кримінального законодавства, але й ці галузі не вільні від дії правових звичаїв, оскільки в Лесото, Свaziленді та Ліберії, де збережено інститут монархій, діють конституційні угоди. У таких державах, як Конго та Камерун (частково і Танзанія), суди вирішують – застосовувати закон або правовий звичай. У Нігерії, Чаді, Сенегалі до 1972 р. колізійне законодавство передбачало зрівняння норми закону та звичаю і розглядалось як конфлікт між нормами різноманітних систем звичаєвого права. На сьогодні Конституція Чаду спеціально не вказує на звичай як на джерело права у цілому, допускаючи його застосування у випадку прямого посилення закону, а цивільне законодавство

Сенегалу заборонило застосування звичаєвого права. Оскільки у багатьох африканських державах діє і система загального права, то, щоб запобігти зіткненню, передбачено спеціальні положення (Закон про звичаєве право 1969 р. у Ботсвані).

3. На рівні законодавства розв'язується і проблема застосування правового звичаю у випадку розмежування звичаєвого права різних етнічних груп. Одні й ті ж спори по звичаєвому праву можуть вирішуватись різними шляхами. Знову ж таки у Нігерії та Сенегалі колізійні норми проголошують:

– у питаннях сімейного права застосовується звичаєве право етнічної групи дружини (ордонанс № 60-56 від 3 вересня 1960 р., Сенегал) або якщо вона іноземка, діє звичаєве право етнічної групи чоловіка (ст. 52 закону № 62-11 від 1962 р., Нігерія);

– питання, що стосуються заповіту та спадкування, повинні вирішуватись за звичаєм етнічної групи покійного чоловіка;

– у справах дарування діє звичай дарувальника;

– у решті інших питань застосовується звичай відповідача.

4. Деякі держави йдуть на компроміс з традиційними інститутами влади. Прихований, латентний характер дотримання правових звичаїв унаслідок стереотипів, що склались у суспільстві, підштовхнув країни, що розвиваються, врівноважити сучасне законодавство з традиційним правом. Конституція Ботсвани (ст. 89) встановила: «Національне зібрання не може приступити до розгляду будь-якого законопроекту, ...який... у випадку його прийняття може... зачіпати африканське звичаєве право, ...якщо законопроект не розглянуто Палатою вождів після внесення його до Національного зібрання» [167, с. 51]. За твердженнями професора І. Є. Сініціної, закон про заповіт та спадкування Малаві розроблявся з урахуванням консультацій з традиційними вождями та суддями різних районів. Інститут традиційних вождів «збережено у ряді англомовних країн Тропічної Африки (Нігерія, Замбія та Ботсвана)» [115, с. 34]. В Ефіопії функціонує інститут шенго – збори села.

5. Для африканських держав характерним є те, що в колоніальний період «утворився феномен «живого», «недержавного», «неофіційного» права, що діє за межами офіційного правопорядку» [195, с. 23]. Компромісна політика деяких держав змушена допустити дію традиційних судів. У Нігерії зберігаються суди звичаєвого права, і при розгляді касацій вищими судами враховується «думка радників, які належать до тієї ж звичаєво-правової системи, що й сторони» [167, с. 51].

Дослідники констатують, що у Верхній Вольті існує 70 судів звичаєвого права, а у Нігерії до судової системи штатів включають Апеляційний суд звичаєвого права. Неофіційні кланові суди «народів меру та чага у Танзанії вирішують спори, що стосуються майнових та пов'язаних з ними немайнових інтересів сторін» [212, с. 79–80].

З давніх-давен традиційне право Африки зазнавало впливу різноманітних течій. Так, у VII ст. північна та західна частина підпадають під вплив мусульманського права, норми якого збігаються з нормами місцевого населення (тому, що малакитська школа спирається на доісламський пласт правової культури Аравії [208, с. 184]). Звичайно, ісламізація не має тотального характеру, вона відома в таких країнах, як Марокко, Туніс, але стикається зі світською традицією в Алжирі і нормами звичаєвого права в Малі, Нігері та інших країнах регіону. Відродження ісламу в останні десятиріччя, безумовно, відобразилось на його ролі як джерела права у зазначених країнах.

Інша ж картина постає перед нами, коли необхідно з'ясувати напрями впливу на правові звичаї Африки з боку європейських правових систем. Правова акультурація може проявлятися у таких варіантах [208, с. 184–186]:

1. Повний розрив – контакти можливі лише за колізії норм.
2. Співробітництво – застосування норм колоніального права поширюється на місцеве населення та колоністів рівною мірою, а правові звичаї діють лише тоді, коли на даній території знаходиться лише корінне населення.
3. Відмежування – правовий звичай не має соціальної цінності і замінюється нормами країни-метрополії.

4. Інтеграція – звичаєве та колоніальне право поєднуються в єдину систему, що враховує реальний рівень правового розвитку регіону.

Як відомо, майже вся Африка була колонізована європейцями. У ХІХ ст. колоніальна влада – англійська, французька, португальська, бельгійська – намагалась запровадити в африканських країнах право, яке діяло у метрополії. О. Е. Черноков зазначає, що основна маса колоніального права припала на сферу управління та судочинство. Кожна колоніальна держава нав'язувала своїм територіям власну правову модель: французьке право було введено у Французькій Африці та на Мадагаскарі, бельгійське право – в Конго, португальське – в Анголі та Мозамбіку, Ліберія запозичила загальне право та деякі судові звичаї Англії і США та інше.

Зазначимо, що поряд з впровадженням власних правових інститутів колонізатори проводили політику збереження тієї частини звичаєвого права і судочинства, яка, на їх думку, не суперечила їхнім інтересам. У результаті цього виникла дуалістична система права. Вона включала право, запроваджене метрополіями, та звичаєве право. Перше охоплювало адміністративне, торговельне, кримінальне право. Правові звичаї – землевласництво, сімейне та спадкове право – залишили в сфері дії звичаїв.

Слід не оминати й судову систему, яка внаслідок дії такої політики відчула на собі дуалізм права. З одного боку, діяли колоніальні суди з європейськими суддями (право метрополій), з другого – були організовані місцеві суди. Британська колоніальна адміністрація намагалась зберегти ці суди. Вирішенням справ у них займалися місцеві старійшини; юрисдикція цих судів поширювалась на африканців. Рішення приймалися на основі правового звичаю території дії. Контроль за діяльністю місцевих судів здійснювали адміністративні чиновники, вони ж призначали та звільняли членів суду. В реальному житті, якщо традиційні суди застосовували лише правовий звичай, то державні суди користувались як правовим звичаєм, так і сучасним правом [123, с. 197–198].

Крім того, активно застосовувались інші методи:

1. Нова інтерпретація звичаїв. Вона здійснювалась з метою гуманізації правових звичаїв (скасування кровної помсти та людських жертвоприношень).

2. Запис звичаїв. Колоніальна адміністрація вже на початку ХХ ст. почала здійснювати збір та уніфікацію звичаєвого права, що привело до видання збірників правових звичаїв.

А. Х. Саїдов відмічає такі зміни, що відбулися в період колонізації:

– суттєві зміни, пов'язані з відходом від традиційних способів врегулювання конфліктів, які проходили поступово (запровадження судової системи з елементами традиційності, а вже потім повне її викорінювання);

– сприйняття європейських норм суддями, які вели справи у місцевих судах;

– введення законів, які, можливо, й не відміняють правового звичаю, але все ж надають можливість регулювати свої правові відносини на основі буржуазного права;

– пряма заборона деяких звичаїв (про що вже зазначалося О. Е. Черноковим).

Танзанія пішла ще далі і вже майже завершила процес уніфікації звичаїв усіх танган'їльських племен [168, с. 44–89].

Як зазначає Н. М. Оніщенко, стан сучасного права країн Африки визначається специфікою розвитку цього регіону, і тому серед ознак даної правової сім'ї виділяє певні особливості [187, с. 606; 143, с. 107]:

1. Домінуюче місце у системі джерел права звичаїв і традицій, що мають, як правило, неписаний характер.

2. Звичаї і традиції являють собою синтез норм, міфів, моральних вимог, що склалися природним шляхом і визнані державою.

3. Звичаї і традиції регулюють передусім відносини груп чи спільнот, а не окремих індивідів.

4. Нормативні акти (писані закони) мають вторинне значення, хоча у наш час їх питома вага беззаперечно зростає і зростає.

5. Правовий прецедент не набуває певного значення як джерело права.

б. Юридична доктрина не відіграє суттєвої ролі в юридичному житті даних суспільств.

Тобто право Африки зазнає інтенсивних, суттєвих змін, які спрямовані на запровадження нового права і водночас збереження старих звичаїв, традицій, про що також зазначає відомий науковець А. Х. Саїдов (відхід від традиційних методів урегулювання конфліктів, запровадження європейських норм у судоустрої, введення в дію законів, що не відмінюють африканського права, але й надають можливість врегульовувати питання сучасними методами тощо) [157, с. 309].

Після отримання незалежності, як зазначає О. Е. Черноков, право більшості африканських держав можна поділити на кілька типів:

1. Традиційне право, що застосовувалось місцевим населенням у доколоніальний період, включаючи мусульманське право. У теперішній час сфера дії його звужується під впливом інших правових систем.

2. Звичаєве право, що виникло в колоніальний період у результаті «редагування» звичаїв і, як наслідок, викривлення традиційного права.

3. Місцеве право, що являє собою різновид перевтілення традиційного права під впливом нормотворчої діяльності держави та її окремих органів.

4. Народне право, що сформувалось поза межами державних органів у містах та селах і увібрало в себе ознаки різноманітних правових систем [208, с. 130].

Як зазначалось, звичай є основним джерелом права у народів Африки. Правовий же звичай, який існує в Африці, не завжди повинен бути затверджений державою. Адже суспільство тут звикло до такої форми, як плем'я, рід. Крім того, право у народів Африки досить широко тлумачиться. Наприклад, Г. В. Мальцев наводить такі його значення:

– звичай, традиційне звернення, звичка, внутрішнє переконання або технічна форма ремесла;

– спеціально встановлені правила племенних та родових зборів;

– рішення племенних та родових зборів, які діють на правах судів;

- накази осіб, що мають певний авторитет та знаходяться при владі;
- традиційні норми та інститути, так звані закони племен;
- загальні уявлення про справедливість, правду, рівність, істину, які повинні бути відомі вождям та суддям і які називають «законами людства і бога»;
- визначені моральні посилення стосовно прийнятих відносин між людьми;
- закони людської природи, що мають вищу моральну дію і тому вважаються порушеними не лише при діянні, а й при одній хибній думці [123, с. 59–60].

Виходячи з перелічених елементів традиційного праворозуміння, стає зрозумілим, що застосування романо-германських або інших понять до африканського права абсолютно недоречне. Адже найрозвиненіші правові системи відштовхуються від величезної кількості письмових документів, а народи Африки або не мають своєї писемності (в цей час офіційними є мови метрополій), або ж недостатньо розвиненими, щоб дозволити собі створити систему нормативних актів, тим паче звід законів. Саме в Африці правовий звичай наділено такими ознаками, за якими він застосовується в межах певної общини і має значення лише для окремого роду.

Враховуючи те, що традиційне право Африки є неписаним, воно засноване на передачі знань від покоління до покоління і цей процес є постійним. Особливістю тлумачення правових звичаїв є те, що в ідеалі людина не є єдиним створінням, здатним тлумачити право шляхом будь-якої санкції: допомога духів додається до людської дії. Духи предків є оберегами міфів та звичаїв і здатні безпосередньо втручатися у справи шляхом наведення хвороби або інших бід. Людина може попросити у них про це [37, с. 41].

Застосування правових звичаїв залежить від становища індивіда в системі роду. Африканські общини класифікуються так:

- велика сім'я з родинними зв'язками від одного пращура, який ще живий;

– рід, що об'єднує спадкоємців покійного пращура;

– клан, що об'єднує нащадків одного пращура (живого чи мертвого) з міфічним пращуром, який часто є твариною або ж рослиною.

Тобто така класифікація ще раз підтверджує відсутність суб'єктивного, особистого права. Те ж саме відбувається з режимом спадкування, який націлений на спадкування усього роду та забезпечення його монолітності.

Різноманітні інститути правового звичаю дотепер зберігають свою значущість і застосовуються більшістю населення країн Африки та Мадагаскару. Завдяки незвичності поглядів та положень африканське право можна вважати таким, що зберегло свою самобутність і глибоку національну віру.

Наприкінці необхідно відмітити, що саме у традиційній правовій системі роль звичаєвого права до цих пір залишається помітною та значною. Загалом норм неписаного звичаєвого права дотримується абсолютна більшість населення регіонів, а «у ряді країн приблизно 95 % населення» [192, с. 236]. Однією з причин збереження, а іноді й знецінення позицій традиційного права, у тому числі й африканських країн, виступає саме релігійний фактор. Неможливо викреслювати з життя прагнення зберегти традиційні цінності післяколоніального періоду, адже період їх самостійного розвитку складає лише 40–60 років.

Привертають до себе увагу події сьогодення, що наочно продемонстрували дію звичаєвого права у правовій сім'ї подібного типу. Трагедія 11 вересня 2001 р. у США не залишила байдужим світове співтовариство, у зв'язку з чим проблема боротьби з тероризмом обговорювалась не лише у ЗМІ. Коментуючи ці події, експерт з питань Афганістану інституту Сходознавства РФ, наголосив, що кодекс честі Пуштунів (збірник норм звичаєвого права), не дозволяє їм видавати головного організатора трагедії – міжнародного терориста Бен Ладена, який переховується на території, контрольованій пуштунськими племенами.

До країн з традиційною правовою системою відносять держави Далекого Сходу. До далекосхідних підсистем належать насамперед правові системи Китаю і Японії, а також деякі інші країни, що розвивались під їх впливом: Монголія, Корея, Малайзія, Індонезія, Бірма.

Хоча вже було розкрито основні особливості традиційної системи країн Африки та Мадагаскару, необхідним є розкриття характерних особливостей традиційної правової системи для того, щоб підсумувати бачення країн Африки та Мадагаскару та зробити певні уявлення про правові системи країн Далекого Сходу, які розглядатимуться надалі. Отже, основні риси традиційних правових систем такі:

1. Провідним джерелом права є звичай. 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. Протягом багатьох століть підвалини правового регулювання цих країн складали норми звичаєвого права, що базувалися на традиціях і морально-етичних уявленнях народу. Звичай, який є правилом поведінки, що увійшов у звичку внаслідок багаторазового застосування протягом тривалого часу, регулював практично всі сторони життя суспільства.

2. Негативне ставлення до законодавства. Таке джерело права, як законодавство, вважалось неприродним для суспільства явищем. Негативне ставлення населення до законодавчого права, що сформувалося упродовж багатьох століть, спричинило надалі відчутні наслідки. У ХХ ст. після широкої рецепції західного права, значного поштовху в розвитку законодавства й кодифікації склалася ситуація, коли досить велика частина населення стала ігнорувати ці норми права, а реальні суспільні відносини, як і раніше, регулювалися на підставі традиційних норм.

3. Ігнорування державних структур у процесі реалізації норм права. Визнання звичаєвого права й ігнорування законодавчого спричинило особливості і в процесі реалізації норм права, зокрема при розгляді правових

спорів. Протягом століть ці норми забезпечувалися здебільшого не за допомогою державних структур, у тому числі судів, а самокерованих суспільних структур і соціального тиску на правопорушників. Люди уникали звертатися до судів за захистом своїх прав. Переважна більшість суперечок вирішувалася у процесі примирливих процедур за посередництва шанованих членів суспільства на основі норми звичаєвого права.

4. Слабкий розвиток юридичної інфраструктури. Століттями ці країни не знали юридичних професій – суддів, прокурорів, адвокатів, нотаріусів та інших, бо не існувало ні навчальних закладів для їх підготовки, ні правової науки, ні юридичних шкіл, ні видатних учених – носіїв правових знань [10, с. 495].

Розглянемо правову систему Китаю – одну з найстаріших у світі. Держава і право виникли у Китаї у II ст. до н. е. і протягом значного періоду розвивалися під сильним впливом філософських вчень даосизму, конфуціанства й легізму. Оскільки повага до спадщини предків, їх традицій розглядається як одна з вищих соціальних цінностей, без урахування впливу цих філософських вчень, неможливо зрозуміти правову систему, що сформувалась у Китаї.

Засновником даосизму вважається давньокитайський філософ Лао-цзи (VI ст. до н. е.). Його погляди, викладені у роботі «Канон про дао і де», вплинули на розвиток політичної і правової думки Китаю. Центральним поняттям його роботи було «дао», що означало закони розвитку людини. Людина не повинна прагнути до зміни навколишнього світу, бо це призведе до порушення гармонії «дао»: «Коли ростуть закони і накази – збільшується число злодіїв і розбійників» [10, с. 505]. Лао-цзи проповідував ідею рівності всіх людей перед «дао» поза залежністю від соціального стану й багатства.

Ще більш істотний вплив на розвиток Китаю зробило вчення Конфуція, а саме його праці «Розмови та судження», «Записки про обряди» тощо. Він наполягав, що гуманність – «жень» найбільш ціннісна якість особистості. На основі цього почуття вони повинні будувати відносини і дотримуватись правил «лі». Він негативно ставився до регулювання суспільного життя законами, судового регулювання.

Ще одна течія – легісти – виникла у Китаї в III ст. до н. е. У своєму ставленні до права їх концепція була прямо протилежною конфуціанству. Так, якщо Конфуцій виступав за саморегулювання суспільних відносин за допомогою неписаних норм «лі», то легісти наполягали на упорядкуванні суспільних відносин за допомогою законодавчої діяльності держави [10, с. 525–542]. Однак ця концепція не стала панівною для більшості китайців.

Протягом століть у Китаї, за визначенням Рене Давида, існувало «суспільство без права», засноване більше на традиціях, аніж на законі. На відміну від правових систем країн Заходу, що визнавали провідну роль держави у створенні норм права (шляхом законодавчої чи судової діяльності), у Китаї цю роль виконувало суспільство. Саме звичаєве право, засноване на традиціях і морально-етичних нормах китайської громади, становило підґрунтя правового регулювання у Китаї. Забезпечувалися ці норми теж здебільшого не за допомогою державних структур, у тому числі судів, а за допомогою суспільних структур і соціального тиску на правопорушників.

Китай протягом століть жив без організованих юридичних професій. Судовий процес здійснювали адміністратори, які для зайняття посад складали іспити, що мали літературний нахил. Вони не знали права і керувалися порадами своїх чиновників, які належали до спадкової касты [59, с. 25].

Однак держава не відмовилась цілком від правового регулювання суспільних відносин. Ще до об'єднання Китаю в єдину імперію була створена низка законодавчих актів, зокрема кодексів. Найдавніший кодекс, що зберігся з тих часів, був складений у 652 р. і містив переважно норми кримінального і адміністративного характеру. Тут закони являли собою засіб і знаряддя правління і не діяли у сільських громадах, де застосовувалось звичаєве право, що передавалось з покоління в покоління з найдавніших часів [50, с. 101]. Судова система теж розглядала переважно справи кримінального характеру. Якщо людина хотіла захистити в суді свої цивільно-правові інтереси, то вона повинна була довести, що за порушення її права передбачено кримінальну відповідальність. Через те, що суди були корумпованими, бюрократизованими,

некомпетентними, люди уникали звертатись до них. Переважна більшість спорів вирішувалась за допомогою примирливих процедур за посередництва шанованих членів суспільства на підставі норм звичаєвого права, що формувалися століттями.

Правова система країни почала змінюватись після революції 1911 р., у результаті якої була прийнята перша Конституція, що проголосила Китай республікою. Процес модернізації традиційного права розпочався зі створення сучасних кодексів: Кримінальний кодекс (1928 р.), Цивільний кодекс (1931 р.), Земельний кодекс (1930 р.).

Однак, наголошують дослідники, прийняття кодексів аж ніяк не означало, що автоматично зміняться реальні суспільні відносини. За їх фасадом продовжували існувати традиційні поняття, і, за деякими винятками, саме вони переважали в реальній дійсності. Практика ігнорувала закони, як тільки вони порушували традиції. Кодекси застосовувались лише тією мірою, якою вони відповідали народному розумінню справедливості.

Новим етапом у розвитку правової системи вважають перемогу у громадянській війні комуністичної партії та проголошення Китайської Народної Республіки 1949 р. Особливостями цього етапу стали відмова від раніше існуючої правової системи, скасування усіх книг та законів. Керуючись правом тодішнього СРСР, Китай видав ряд законів: про шлюб, профспілки, аграрну реформу, судову організацію тощо. Основними джерелами права КНР стали: Конституція, закони, постанови Постійного комітету Всекитайських зборів народних представників (ВЗНП), постанови й розпорядження Державної ради, підзаконні акти інших органів державної влади і управління.

Водночас наявність розвиненого законодавства не означає, що воно використовується у повсякденному житті громадян Китаю. Сформовані за століття погляди на право викликають ігнорування багатьох норм законодавства. Сторони конфлікту, як і раніше, звертаються не в суди, а до посередників, які для його вирішення застосовують традиційну техніку досягнення компромісу. Очевидно, необхідно не одне десятиліття, щоб змінити

правосвідомість більшості громадян. У Китаї, як і раніше, триває боротьба ідей конфуціанства й легізму.

Не менш цікавою є правова система Японії, що містить у собі паралельну дію традиційних норм, які склались у минулому і рецепційованих наприкінці ХІХ ст. романо-германськими правовими моделями [222, с. 491–513].

Найдавніші японські закони багато у чому нагадують закони китайської династії Тан. Сама концепція сформувалась під впливом китайської. На чолі вона ставила «рицу», або кримінальний закон. Сама система отримала назву «рицуре» і її жорстокість призвела до того, що до права почали ставитись негативно. Ця традиція жива у японській свідомості, і слово «право» не рідко асоціюється з в'язницею – символом жорстокості.

За традицією, судові вирішення справ зовсім не відповідає реальному стану речей. Звернення до суду свідчить, що, на думку позивача, його опонент – не сповна розуму і з ним неможливо домовитись.

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). Навіть спори, що підлягають розгляду у суді, переважно вирішуються примиренням.

Японці надають перевагу спокійному життю за допомогою правил, які задовольняють їхні характерні риси більш, аніж правові норми. З такою метою усі суспільні відносини прирівняні до сімейних і повинні регулюватися правилами, що належать до сімейних. Але у зв'язку з тим, що суспільні відносини досить різноманітні, ці правила, хоча і пройняті духом єдності, змінюються постійно. Такі правила не є законодавчими, бо не містять основних елементів права.

На цю традиційну систему правил, що зветься «гирі», без сумніву, вплинуло конфуціанство. «Гирі» не можуть розглядатися як правові, а тим паче законодавчо санкціоновані норми. Але вони можуть суттєво впливати на правові відносини. Наведемо приклад. Кредитор, що вимагає від свого боржника все, що йому належить за законодавством, виглядає за «гирі»

негуманно. Поваги заслуговує кредитор, що делікатно з'ясовує стан боржника і рахується з його емоціями. Боржник, якого зачіпає така поведінка, зробить все від нього залежне, щоб виправдати таку доброзичливість. Якщо порушено договір, то сторони повинні випробувати дружні шляхи перш ніж звернутись до суду. Не випадково у договорах можна зустріти застереження про те, що «при виникненні між сторонами спорів про права та обов'язки по договору вони будуть чесно обговорювати разом спірні питання» [229, с. 113–121].

Сьогуні династії Токугава протягом декількох століть прагнули якомога більше ізолювати країну від зовнішнього світу: жоден японець не міг залишити країну, жоден іноземець, за дуже рідкісними винятками, не міг проникнути до неї. Ситуація почала змінюватись у другій половині XIV ст., і цей процес було завершено революцією Мейдзі.

Питання про те, чи стало законодавче право правом життя Японії, чи залишилось правом у книгах, викликає суперечності і дотепер.

У Японії було прийнято шість кодексів, які складають кістяк правової системи Японії і зазнають впливу романо-германської правової системи. Згодом було прийнято Конституцію, а також низку законів та інших нормативно-правових актів.

На думку більшості японських авторів, хоча «гирі» і зберегли свій вплив у сфері права, але його не можна вважати значним. На даний момент «гирі» більш значущі у сфері сімейного права, договорі про оренду [49].

2.4. Сучасний стан правового звичаю у країнах англосаксонської та романо-германської правових систем

На теренах Старого Світу панівне становище зайняли найрозвиненіші та найбільші правові системи світу: романо-германська та англосаксонська. Прогресивний характер урахування правових інтересів як окремих груп, так і особистостей привели до того, що правові традиції, які склалися у державах таких систем, впевнено поширюються і на інші держави. Намагання йти в ногу з європейською цивілізацією переважає древні національні переконання країн і певною мірою свідчить про бездоганність механізму правового регулювання, який діє протягом багатьох століть.

Романо-германська правова сім'я охоплює майже усі країни континентальної Європи, за винятком Англії та Ірландії. Ця сім'я поширює свій вплив на іспаномовні держави Америки (Латинська Америка). Крім того, романо-германська система діє у таких місцях, як штат Луїзіана (колишня французька територія, приєднана до США у 1830 р.), а також канадська провінція Квебек, яку заселяють переважно французи (у якій 1992 та 1995 рр. проводився референдум щодо незалежності від Канади). Більшість країн Чорної Африки (колишні колонії Бельгії, Німеччини, Італії, Іспанії, Португалії, Франції) перебуває у сфері впливу цієї системи. Навіть острів Маврикій і Сейшельські острови, що входять до Британського Співтовариства націй, дотепер знаходяться під впливом цієї правової системи. Ідеї романо-германської сім'ї опанували правовий простір в азіатських державах, наприклад, у Туреччині, колишніх радянських азіатських державах, в Іраку, Йорданії, Сирії, Індонезії, Венесуелі, Бразилії, Мексиці та Чилі.

Романо-германська правова система визначає такі джерела права:

1. Домінуюче джерело «закон».
2. Санкціонований звичай.

Водночас у національних правових системах відомі й інші форми права – нормативні договори, загальні принципи права і корпоративні норми, однак їх

роль незначна. Вивчення даної правової системи свідчить, що правові звичаї посідають у ній достатнє місце. Їх роль та значення в окремих державах неоднакова, але зумовлена, «з одного боку, необхідністю об'єктивного визначення того, що у даної нації вважається справедливим, а з другого – потребою у поясненні понять, що використовуються у законодавстві» [141, с. 755].

Давні пам'ятки законодавства у вигляді збірників звичаїв вважаються основним проявом правового звичаю як джерела права. До них відносять:

1. «Закони варварів», або «варварські правди», «Саксонське зерцало» у Німеччині 1274–1275 рр., «Швабське зерцало» у Південній Німеччині – компіляція баварського народного права, римського імператорського права і канонічного;

2. «Кутюми Бове» у Франції, праця Бомануара, створена у XIII ст., крім того, у XV та XVII ст. за наказом Карла VII були складені збірники звичаїв Франції. У 1866 р. королівська влада у Франції зібрала паризькі звичаї торговельної закупівлі, які до того часу діяли як норми звичаєвого права;

3. «Провінційні закони» у Норвегії та Швеції;

4. «Генегалу» у Фландрії, прабатьківщині Бельгії та Голландії;

5. «Трипартитум», тобто «Обробка правових звичаїв славетного Угорського королівства та приєднаних земель у трьох частинах», складена у 1498 р. та затверджена королем у 1514 р. Вважається, що «Трипартитум» формально так і не введено у дію. Це не завадило йому до 1848 р. бути основним джерелом звичаєвого права і зберегти своє значення до початку XX ст.;

6. «Шотландське право», що вийшло з-під пера Вальдемара у 1241 р. у Данії;

7. «Звичаї Барселони» 1053–1071 рр. в Іспанії. У 1265 р. було складено «Книги суддів», які лише у 1348 р. набули сили законів, і їх вплив поширився не лише на Кастилію, а й на Іспанію та Португалію;

8. Неписане звичаєве право, «основні норми якого проголошувались міськими та сільськими старійшинами напередодні судових засідань, що згодом почали записуватись та набувати кодифікованого характеру» [141, с. 141]. На їх основі «Конституція», «Правила судової процедури» (1387 р.) та «Земський кодекс» (1448 р.) були записані кантонами Швейцарії.

Створені у XIII–XVIII ст. у різних країнах офіційні та приватні компіляції мали за мету фіксацію звичаїв, що безпосередньо конкурували з римським правом. Більшість з них набувала чинності лише через сто років. Серед усіх країн скандинавські країни більше за всіх користувались звичаєвим правом (збірники права склалися до XVIII ст.).

Займали почесне місце у Скандинавії та на окремих територіях у Франції ті особи, які тлумачили звичаї в древні часи. У древніх франків їх називали рахінбургами, у древніх скандинавів – лагманами тощо. Ця посада передавалась у порядку спадщини. Якщо збірник звичаїв задовольняв потреби держави, то він набував статусу закону.

Переважно способом санкціонування виступає – законодавче санкціонування, яке може мати загальний та приватний характер. Санкціонування загального характеру має на увазі те, що у конституціях держав є посилення на звичай як джерело права. Так, ст. 260 Конституції Венесуели визнає за індіанськими народами право керуватись своїми звичаєво-правовими нормами, якщо це не суперечить Конституції, законам та публічному порядку. «Відповідно звичай також офіційно визнається» [39, с. 188] джерелом права.

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. За приклад візьмемо цивільне право Іспанії. У вступній частині Цивільного кодексу до джерел права віднесено закон, звичай та загальні принципи права. У ч. 3 ст. 1 гл. 1 названого кодексу сказано, що «звичай застосовується лише у випадках прогалин у відповідному законі, якщо

зміст звичаю не суперечить моралі, публічному порядку і це може бути доведено» [215, с. 77].

Допускається застосування звичаїв і в ст. 2 Торговельного кодексу, яка передбачає регулювання угод поширеними повсюди правовими торговельними звичаями. Цей же вид правових звичаїв приписують праву Німеччини, Швейцарії та Греції. Справа у тому, що, наприклад, при складанні проекту Німецького цивільного уложення «вирішено було допустити застосування правових звичаїв лише настільки, наскільки сам закон посилається на них (параграф 2)» [149, с. 94; 38, с. 45].

Однак у нині чинному Цивільному кодексі 1896 р. цей параграф відсутній.

Водночас з урахуванням ролі і місця звичаю в житті суспільства до Торговельного уложення 1897 р. включено статтю, що визначає відносини між двома формами права. Рене Давид з даного приводу висловлюється так: «Закон та звичай розглядаються як два джерела права одного плану» [137, с. 130]. На думку прибічників даної точки зору, підтвердженням цього постулату є те, що ст. 2 Ввідного закону до Цивільного уложення від 18 серпня 1896 р. визнає законом у ролі Цивільного уложення і дійсного закону будь-яку правову норму.

Якщо брати до уваги концепцію про розбіжність права та закону, то санкціонований звичай є теж нормою права. Водночас за такої ситуації досить важко виявити співвідношення між нормою закону та нормою такого звичаю. Юридично їх рівність підкреслено цим параграфом, і тому чинні на території усієї країни звичаї можуть у принципі скасувати закони.

Широко застосовується як спосіб приватне законодавче санкціонування.

Аналізуючи ЦК Німеччини, можна відшукати кілька норм, які посилаються на звичаї прямо, наприклад, параграфи 147, 242, де згадуються «звичаї цивільного обороту». Прямий відсильний характер має норма параграфу 157, що зобов'язує при тлумаченні договору брати до уваги звичаї цивільного обороту. Посилання на звичаї можна знайти і у Торговельному уложенні, параграфи 54, 86с.

Для врегулювання ситуації, що виникає під час укладення торговельних угод, передбачено параграф 346: «При оцінці значення дії або бездіяльності комерсантів враховуються торгові звичаї та узвичаєння».

Інших посилань на звичаї у цьому нормативно-правовому акті не зустрічається. Таким чином, у німецькому праві допускається застосування звичаєвого права взагалі та у випадках прямого посилання норми права. На практиці основним джерелом права все ж є закон. Цивільний кодекс Італії «більш ніж у 50 статтях відсилає до звичаю» [39, с. 277].

Широко застосовується спосіб посилкового санкціонування і у Швейцарії. Цивільне уложення 1907 р. передбачає застосування звичаю на випадок мовчання закону. Особливе місце виділене йому і у шведському торговельному праві.

У Загальному уложенні Швеції та Фінляндії 1734 р. передбачено, що судді можуть застосовувати процесуальні звичаї, якщо в законі відсутня відповідна правова норма.

Існує думка, що Уложення не визнається центральним діючим актом шведського законодавства. У Фінляндії (цей розділ діяв до 1948 р.) суддям дозволялось використовувати звичаї. В австрійському Загальному цивільному уложенні 1811 р. у параграфі 10 закріплено застосування звичаїв лише у тих випадках, коли закон на них посилається.

«Загальні положення про закон» від 16 березня 1942 р. у главі про джерела права Італії дають перелік джерел права. Звичаї йдуть за законом і регламентом та застосовуються лише при прямому посиланні на них.

Пряме посилання міститься також у Цивільному кодексі Португалії 1867 р. [22, с. 12]. Стаття 3 визначає юридичну силу звичаїв таким чином: «Звичаї, що не суперечать моралі, мають правове значення у випадках, визначених законом». У самому ЦК нам зустрічається лише три статті, що посилаються на звичай – 218, 321, 1218.

Визнаємо, що у цивільному та торговельному праві їх роль значна.

Намагання Рене Давида класифікувати правові звичаї на звичаї як додаток до закону, звичаї, крім закону, звичаї проти закону, визначають роль звичаїв у правовій системі, впливаючи із співвідношення з законом. Однак такий поділ не має достатнього підґрунтя і за детального дослідження не може сприйматись без застережень.

Такий вид звичаю, як «звичай, крім закону», застосовується у випадку прогалин у законодавстві. Це допускає існування звичаєвого права самостійно поряд з законом. У західному праві «велике значення такі норми мають для регулювання відносин, пов'язаних з банківською діяльністю, страхуванням тощо» [214, с. 76–77]. По суті, даний вид звичаю підпадає під критерій загального санкціонування.

Так, законом від 15 вересня 1807 р. встановлюється, що з введенням Торговельного кодексу Франції втрачають силу попередні закони з торговельних питань, але не торговельні звичаї, і «французькі юристи у цій галузі визнають звичаєве право» [22, с. 13]. Такі правові звичаї можна застосовувати у випадку «мовчання» закону.

У романо-германській правовій системі використовується метод правозастосовчого санкціонування. Ось чому дуже спірною є така виділена Рене Давидом категорія звичаю, як «звичай проти закону». Роль такого звичаю обмежена зовні і заперечується багатьма вченими. Але на практиці вчені все ж відмічають її. Роль звичаю проти закону відмічає М. М. Вільданова у французькому праві.

Наприклад, ст. 931 Цивільного кодексу вимагає для договорів дарування дотримання нотаріальної форми.

Між іншим вважається, що законним є дарування рухомих предметів з рук у руки без нотаріального акта згідно зі звичаями [217, с. 101].

М. М. Вільданова стверджує, що у торговельному праві, у ряді випадків, для торговельних угод змінюються деякі імперативні норми ЦК. Наприклад, встановлення в силу звичаю презумпції солідарної відповідальності кількох боржників.

Можна припустити, що саме суд свого часу санкціонував звичай дарування рухомого майна з рук у руки або тієї ж солідарної відповідальності кількох боржників, у результаті чого дані звичаї застосовуються як правові.

У трудовому праві Німеччини теж застосовується такий спосіб, як правозастосовче санкціонування. Так, В. М. Шумілов констатує, що федеральний Трудовий суд неодноразово надавав звичаям правового характеру [197, с. 116].

Законодавство континентального права застосовує таку категорію звичаїв, як «звичай-доповнення закону», за твердженням Рене Давида.

На думку вченого, такі звичаї покликані полегшити з'ясування тих термінів та фраз закону або судового рішення, які застосовані в особливому випадку, відмінному від загального. Рене Давид вважає, що не можна, не застосовуючи звичай, стверджувати, коли поведінка певної особи хибна, чи можна такий знак вважати підписом, чи може правопорушник посилатись на пом'якшувальні обставини, чи є певне майно сімейним раритетом тощо. До цієї категорії належать також розумна ціна, розумний період часу, звичайні обставини і досить вживане у комерційному обороті поняття «непереборної сили».

Так, у Цивільному кодексі Франції (ст. 1349) та у Торговельному кодексі – ст. 103 посилаються саме на непереборну силу: «Перевізник є гарантом за втрату товару, що перевозиться, крім випадків непередбачуваної сили» [36, с. 252].

Німецьке уложення у параграфі 147 визначає: «Пропозиція, зроблена відсутній особі, може бути прийнята лише до того моменту, доки особа, що зробила пропозицію, може за звичайних обставин розраховувати на отримання відповіді». А параграф 86-с ЦТУ у випадку, коли винагороду не визначено, посилається на звичайну винагороду, яка у такому разі вважається узгодженою.

Цивільний кодекс Португалії у ст. 1218 містить одночасно два поняття «розумні строки» та «звичайні строки». «Перевірка повинна проводитись у межах звичайних строків, а за відсутності звичаю – у межах розумного часу,

після того як підрядник створить замовнику умови для перевірки» [22, с. 15]. Однак багато авторів не розглядають це як правовий звичай.

У континентальній правовій системі застосовуються правові звичаї, що класифікуються за характером дії на прості та субсидіарні.

Основне застосування правових звичаїв передбачається самою нормою: (ст. 1135 або 1160 ЦК Франції), коли договір повинен доповнюватись умовами, що є звичайними, навіть якщо вони не були закріплені у договорі. У Португальському торговельному кодексі, параграф 1 ст. 232, міститься субсидіарний правовий звичай.

Зважаючи на сферу дії, у законодавстві більшості держав романо-германської системи права містяться такі звичаї:

1. Місцеві. Стаття 1159 Цивільного кодексу Франції відсилає до звичаїв місцевості, якщо щось не має єдності при тлумаченні договору. У Португалії Торговельний кодекс передбачає визначення винагороди угодою сторін, а якщо воно відсутнє, то звичаями місця виконання угоди (ст. 232 і 269).

2. Спеціальні. У нормах права в даному випадку використовуються посилення на звичаї, які застосовуються у конкретній сфері до конкретних суб'єктів. Припустимо, що «при оцінці значення дії або бездіяльності комерсантів враховуються торговельні звичаї та узвичаєння» (параграф 346 Торговельного уложення Німеччини). Також є такий термін «звичай біржі» у португальському ТК. Параграф 242 ЦУ Німеччини передбачає – «боржник повинен виконати дії добросовісно, відповідно до звичаїв цивільного обороту».

Набув поширення вид санкціонованих звичаїв за галузевим критерієм:

1. Конституційні звичаї. У доповненні до писаної Конституції Франції існує звичай, за яким прем'єр-міністр може виступати арбітром у плані відносин між міністрами. М. М. Вільданова вважає, що у цьому випадку звичай має додатковий характер, адже не суперечить положенням конституції і сприяє її втіленню в життя [21, с. 10].

Дещо іншою є ситуація, якщо звичай спрямований на скасування або зміну конституційних положень. Важливість цього питання спричинила великі наукові суперечки.

Так, Ж. Ведель і П. Девол'є наполягають на невизнанні звичаїв, що виникли через порушення основної норми [138, с. 18]. Конституція, на їх думку, втрачає юридичну силу.

Водночас має прибічників концепція, що визнає юридичну силу таких звичаїв. Скоріше, її прибічники поділяють теорію «живого» та «мертвого» права. Так, за Конституцією Франції 1958 р. прем'єр-міністр відкликається з посади за рішенням Національних зборів, але на практиці ця процедура здійснюється президентом республіки.

Цей звичай з'явився як зручний. Очевидно, тут можна говорити про те, що у сфері конституційного права склався звичай, що впливає з політики державних органів. Конституційні угоди достатньо нетрадиційні для романо-германської системи, тим не менш, зустрічаються держави, що припускають такий спосіб санкціонування.

2. Навігаційні звичаї. Своєрідним є положення звичаю в італійському праві. «Можливі ситуації, коли звичай займає становище проти закону, наприклад, у навігаційному праві, де морські звичаї домінують над нормами ЦК 1942 року» [196, с. 212].

Навігаційний кодекс 1942 р. регулює відносини, пов'язані з морським, річковим плаванням суден та повітряним рухом, які і складають сутність навігації в юридичному сенсі.

Крім того, навігаційне право – це самостійна галузь системи італійського права. Головним джерелом у цій галузі є закони та регламенти (підзаконні акти), що стосуються навігації.

У разі відсутності законодавчих норм та звичаїв використовується аналогія, і лише коли неможливо її використати, застосовуються норми цивільного права. Тому за виникнення спорів дотримується ієрархія застосування джерел:

- 1) навігаційні закони;
- 2) навігаційні звичаї;
- 3) цивільні закони.

Цей же принцип відображено у ст. 2 Торговельного кодексу Іспанії 1885 р. «Торговельні угоди, незалежно від того, здійснюють їх комерсанти або інші особи, керуються положеннями кодексу. У випадку прогалин у кодексі торговельні угоди регулюються поширеними торговельними звичаями. За відсутності норм Кодексу і торговельних звичаїв застосовуються цивільно-правові норми» [137, с. 130]. Справа у тому, що особливості будови континентального права за галузями передбачають такий механізм заміщення норм права, а саме: до відносин, що регулюються законом, застосовується норма закону, за відсутності норми закону – норма звичаєвого права, за її відсутності діє аналогія закону, далі аналогія права і, можливо, субсидіарне застосування. У зв'язку з цим відбувається плутанина субсидіарного застосування (тобто звернення до норми подібної галузі права) за відсутності звичаю з її контррезонансом – нормою закону (іншої галузі права).

3. Цивільно-правовий звичай. Автори небезпідставно наполягають на тому, що між законом та звичаєм можуть виникати колізії, коли закон відсилає до звичаю рівною мірою, як і до закону. Так, за ч. 1 ст. 389-3 ЦК Франції, законний представник представляє інтереси підопічного, якщо закон або звичай не дозволяє останньому діяти самостійно. Протиріччя може виникнути за одночасного існування як норми закону, так і норми звичаю. Але не треба забувати, що у романо-германській системі пріоритет суддею буде віддано законодавчим нормам.

Відповідно до способів санкціонування у континентальній правовій системі виділяють такі правові звичаї: 1) ті, на які посилаються; 2) договірні; 3) систематизовані недержавними організаціями.

Спостерігається зацікавленість держав щодо звичаєвого права у таких країнах, як Швеція та Італія, де поширеними є офіційні та неофіційні систематизації правових звичаїв. Місцеві торговельні палати Швеції

узагальнюють звичаєву практику в певному місті, порту або околиці, що значно полегшує можливість їх застосування. А згідно зі ст. 9 Загальних положень про закон Італії дозволяється публікувати офіційні збірники звичаїв установ та органів, що мають на це право.

При цьому такі звичаї визнаються чинними, якщо не буде доведено протилежне. У даний момент «відповідальність за їх складання несуть міністерство промисловості і торгівлі та обласні торгові палати» [141, с. 97].

Поряд з романо-германською системою права не менш важливу роль у житті багатьох країн відіграє англосаксонська, яка є продуктом розвитку права в англосаксонських країнах. Вона заснована на результатах правового розвитку в Англії та США. Тому цю систему ще називають системою англо-американського права.

Вона набула значного поширення у Канаді, Австралії, Новій Зеландії, Нігерії, ПАР, Намібії, Ізраїлі, Філіппінах і Шрі-Ланці.

Система англосаксонського права приділяє важливе значення судовому прецеденту як джерелу права. Суди у вирішенні справ керуються не законами (статутами, білями), а попередніми судовими рішеннями з аналогічних питань. Доктрина «*stare decisis*» (облиште вирок, рішення суду діючий приклад) є сутністю англосаксонської системи права. Ця доктрина підкреслює, що суди при винесенні рішення повинні керуватись принципами з колишнього рішення верховного суду даної юрисдикції за аналогічною справою, оскільки ці принципи є логічно обґрунтованими для даної обставини.

Не слід вважати, що в англосаксонській системі основне навантаження припадає на прецедент. З кінця XIX – початку XX ст. важливу роль почали відігравати статути (закони). А в США у XX ст. було проведено компіляції статутів з різних галузей права. Ця компіляція отримала назву кодексів. Крім того, були створені загальнофедеральні кодекси з тих галузей, які традиційно повинні мати одноманітне правове регулювання на території усієї країни. Передусім це торкнулось кримінального законодавства та законів, пов'язаних з підприємницькою діяльністю.

Серед джерел права ця правова сім'я допускає і таке джерело права, як звичай. На даний момент роль звичаю другорядна.

Але в англосаксонській правовій системі звичай з самого початку відігравав значну роль як джерело права. Англія після норманських завоювань керувалась звичаєм. Кожен манор, кожне графство і, можливо, навіть кожна вілла мали свої звичаї. Крім того, повноваження королівського уряду також засновувались на звичаї. Для того щоб у той час звичай було визнано судовими органами, йому не потрібно було бути древнім. Середній вік звичаїв, які діяли в ті часи, не перевищував 10–15 років. Деякі звичаї з місцевих перетворювались на національні завдяки тому, що общини застосовували найкорисніші з них.

Англії та американці навіть вважають, що в «епоху середньовіччя зміни у звичаях, що стосувались структури та компетенції органів управління та суду, стимулювали підвищення авторитету юридичної професії» [48].

Таким чином, дослідники у галузі англійського права виділяють три основних етапи: зародження загального права (1066 р. – середина XIV ст.); реформа загального архаїчного права, створення права справедливості (середина XIV – середина XIX ст.) і третій – зміна становища прецеденту внаслідок розквіту статутного права [153, с. 59; 15, с. 161–161].

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» [101, с. 115]. З іншого боку, існує абсолютно протилежна точка зору, за якою «англійське право не є звичаєвим правом і ніколи з нього не виникало» [149, с. 262].

Безумовно, до виникнення загального права Англії саме численні місцеві звичаї склали право Англії [134, с. 156]. Звичаєве право не було писаним і відрізнялось залежно від місцевості. З часом англійські юристи стали визнавати юридичну силу лише тих звичаїв, які були затверджені (підтверджені) королівськими судами. З цього приводу досить цікавим є думка Генрі Брактона, який вважає, що правила, які виникли та отримали підтвердження у практиці

королівського суду, могли називатись законами, тобто «король не створював закони, він лише відроджував створені звичаї та підтверджував їх юридичну силу, змінюючи їх деякою мірою» [159, с. 44]. Стосовно норманських загарбань, то вони сприяли об'єднанню звичаїв у одну систему права, спільного для всього народу, тому ця система була названа «загальним правом» [200, с. 24]. У XVII ст. в Англії утворився прецедент і звичай визнавався судом лише у тому випадку, якщо були докази про його дію до коронації Ричарда I «Левове серце», тобто до 3 вересня 1189 р. На думку дисертанта, до XV ст. звичай переважав над усіма іншими джерелами 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. Отже, «природа звичаю як неписаного джерела права така, що вказівки на нього не має і не може бути. Будь-яка особа, що бажає довести існування звичаю, повинна зробити це в судовому порядку» [45, с. 41].

Звичаї у цій системі права, на думку вчених, є вторинним джерелом права. Санкціонованими звичаями визнаються лише ті, які «періодично повторюються протягом тривалого періоду, про зміст яких зазначається у первинних джерелах права: статутах законодавчої влади, актах влади чи судових рішеннях» [70, с. 8]. За таким підходом вважається, що правовий звичай, який використовується у судовому прецеденті, надалі змінює форму, і нижча судова інстанція посилається при прийнятті рішення на такий звичай, не як на норму права, а як на судовий прецедент. Тобто в результаті санкціонування нормою права стає не саме звичайне правило, а прецедент, заснований на вказаному правилі.

По-перше, тому, що судовий прецедент таке ж джерело права, як і санкціонований звичай і норма закону.

По-друге, суддя як законодавець може дозволити посилання на звичай, який потім стає нормою права.

По-третє, якщо суддя розглядає справу, керуючись нормами закону або санкціонованим звичаєм, то прецедент не створюється. Це пов'язано з тим, що за допомогою прецеденту суддя створює норму права, якої не вистачає, яка відсутня для регулювання конкретних відносин. Таким чином, за допомогою судового прецеденту відтворюється нестача норм права і забезпечується правове регулювання. Сам принцип прецеденту засновано на тому, що суддя не може відмовити у розгляді справи, посиляючись на відсутність норми права.

По-четверте, якщо будь-яке звернення судді до норми права, заснованої на законі або правовому звичаї, надалі призводить до зміни правової форми, то усі джерела права, за винятком судового прецеденту, потрібно вважати похідними, вторинними.

І, по-п'яте, санкціонуюча дія суду як органу держави просто втрачає своє значення.

Одна з відмінностей англосаксонської системи права полягає в тому, що ознаки, які повинен мати звичай, найчастіше вже закріплені у низці судових прецедентів і статутів. До таких ознак можна віднести:

а) бути розумним і не суперечити первинним джерелам права (рішення спеціального федерального суду Нью-Йорка у справі «Тонсон проти Агуїліна» від 1945 р.);

б) бути всезагальним, щоб можна було стверджувати, що він широко відомий на практиці, тобто його наслідують усі (рішення Другого окружного федерального суду по справі «Англо-Саксон Петроліум К^о проти США» від 1955 р.);

в) бути конкретно-визначеним (статут Конгресу про застосування міжнародних правил навігації на морі від 1958 р.) [70, с. 8].

У Великій Британії саме до місцевих звичаїв застосовується обмеження, встановлене Законом 1265 р. про те, що звичай повинен бути давнім, тобто існувати ще до 1189 р., або за Кодексом юридичних канонів 1917 р. – не менше 40 років. Як загальне правило, показання свідків – це звичай, який існував протягом усього їхнього життя і є достатнім для виникнення презумпції.

Водночас за звичаєм до XIX ст. залишалась значна сфера дії: королівські укази майже не зачіпали цивільно-правових відносин у манорах. Збірники звичаїв, що існували у деяких місцевостях Англії, брались до уваги при розгляді справ у королівських судах. Одним з найбільш поширених був звичай, відомий під назвою «англійський бург», за яким земля у спадок переходила не старшому синові, як за майорату, а молодшому. Цей звичай залишався у дії до 1920 р. За свідченням А. Х. Саїдова, наприкінці 70-х років XX ст. у ряді австралійських штатів було створено комісії з питань визнання звичаєвого права аборигенів [157, с. 257-263].

У англосаксонській системі звичаєве право сьогодні проявляється в основному в казуальному праві.

Наприклад, значення технічних термінів у договорах визначається звичаєм. Знання комерційного звичаю дуже часто допомагає судді при вирішенні справи, пов'язаної із зобов'язаннями, що впливають з торговельних угод. Так, деякі справи потребують при їх вирішенні обов'язкової участі присяжних, як це було за часів Генріха I. Звичаї чітко приписують участь присяжних у певних справах. «Монополію барристів на допитах свідків у вищих судах встановлено... практикою, що склалась і яка заснована на дотриманні звичаїв» [149, с. 263].

За твердженнями дослідників англійської правової системи, там застосовуються переважно конституційні звичаї та звичаї торговельного обороту.

В Англії немає писаної Конституції. Тому поширеним є поверхове твердження, начебто англійські суди не мають повноважень, аналогічних американським. Але форма правління в Англії і принципи функціонування її уряду визначені не менш жорстко та стабільно, ніж у Конституції США, що керувалась сукупністю тих давніх звичаїв та статутів (на кшталт Білля про права, Акта про престолонаслідування, трирічного та семирічного актів, Біллю про парламент і таке інше), які утворюють неписану конституцію англійської держави. Хоча англійські суди не можуть вказувати на неконституційність того

чи іншого статуту з тієї причини, що офіційно писаної конституції не існує, але, за твердженнями юристів, які належать до цієї системи, детальний контроль англійських судів над статутами не менш ефективний, ніж американський [49].

За конституційними звичаями Англії, міністри можуть відкликатись монархом коли завгодно. Пенсії та заробітні плати службовцям надаються за милістю королеви. Монарх у Великій Британії століттями не застосовує право вето щодо законів, які приймаються парламентом, «у зв'язку з чим утворилась звичаєво-правова норма конституційного права про незастосування наявного права на вето» [210, с. 148]. Протягом XVIII ст. стало звичаєм, який існує і сьогодні, що «лорди-не юристи, з вищого апеляційного суду, мають право надавати судові функції видатним юристам з їхнього кола» [11, с. 99].

У монографії О. В. Зайчука «Правова система США» відмічено, що у США існує цілий ряд інститутів державної влади, багато з яких функціонують передусім на підставі практики, що склалась [52, с. 45].

Йдеться про Кабінет міністрів, постійні комітети обох палат Конгресу США, політичні партії.

Їх створення та функціонування не регламентовано ні федеральною конституцією, ні законодавством.

Прикладом цього може слугувати звичай США. Вважається, що саме правовий звичай закріпив уперше принцип неможливості обиратись на посаду президента більше двох строків підряд. «Цей правовий звичай, що діяв протягом майже півтора сторіччя, було порушено Ф. Рузвельтом, який обирався на посаду президента США чотири рази підряд» [33, с. 13]. Після цього з'явилося доповнення до Конституції, що повторило норму звичаю.

Вище зазначалось, що у зв'язку з розвитком статутного права в англосаксонській правовій системі норми, які існували у вигляді звичаєвого права, поглинули законодавчі акти, а деякі були санкціоновані у статтях нормативних положень. На цій підставі в Англії та США звичаєві норми можуть встановлювати правила, відмінні від положень законів та прецедентів.

У Новій Зеландії конституційним актом 1852 р. (ст. 71) королева була наділена повноваженнями видавати акти, що надають звичаям маорі сили закону, а також було встановлено, що «звичаї не можуть бути визнані недійсними на підставі суперечності англійському праву» [157, с. 285].

Як у праві Великої Британії, так і у праві США присутні торговельні узвичаєння. Торгові звичаї різняться від звичаїв тим, що перші не повинні існувати обов'язково з давніх-давен. У сучасній англійській правовій літературі торговий звичай визначають як «правило поведінки, яке дуже широко відоме у даній сфері, що воно може вважатись складовою частиною у складений сторонами контракт, якщо тільки воно не було вилучене ними» [57, с. 33].

Виходячи з такої характеристики торгового звичаю, можна подумати, що він тотожний узвичаєнню, але це не так. Судова практика йде таким шляхом: якщо суд вирішить, що такий звичай відповідає усім вимогам і санкціонує його у своєму рішенні, то він набуває сили правового звичаю. Умови торговельної угоди можуть бути визнані на тій підставі, що їх внесення у контракт визначається вже діючою торговельною практикою.

З урахуванням наведеного вбачається, що роль правових звичаїв у англосаксонській правовій системі незначна. Основна їх дія поширюється саме в конституційному праві. Головною причиною зниження їх ролі виступає як розвиток статутного права, так і значущість судової правотворчості, яка не чекає, коли право буде створене звичаєм.

2.5. Правовий звичай сучасної України

Як відомо, за часів радянської влади науковці-правознавці були прихильниками позитивістської теорії у праворозумінні. І це відбувалося не тому, що вони поділяли погляди Ганса Кельзена (або поділяли принаймні не всі), а тому, що згідно з пануючою ідеологією радянська держава визнавалася вищим історичним типом держави, а соціалістичне право – відповідним вищим типом права, яке не потребувало зовнішнього зразка, позадержавних критеріїв істинності норм права. Тобто такий критерій був, але він визначався та вичерпувався комуністичною ідеологією. Заради справедливості, однак, слід зазначити, що існували окремі праці, де досліджувалися питання генезису права за межами існування держави [119, с. 356], проте вони не змогли рішуче вплинути на офіційну доктрину.

І лише з розпадом Радянського Союзу, з певною деідеологізацією науки стало можливим звернутись і до інших концепцій праворозуміння. Серед останніх можна назвати теорію природного права, яка пройшла довгий шлях розвитку, але до цього часу не втратила своєї актуальності і присутня у вигляді окремих складових (вже системи права) в прямому або опосередкованому вигляді у більшості правових систем світу [25, с. 319–320].

За часів Радянського Союзу правова система України була складовою правової системи СРСР. Ця система належала до сім'ї соціалістичного права, у зв'язку з чим не існувало жодних труднощів з класифікацією українського права. Після здобуття Україною державної незалежності у 1991 р. відбувається формування самостійної української національної правової системи. В її розвитку спостерігаються, зокрема, такі позитивні тенденції, як активне формування основних структурних частин правової системи; приведення у відповідність до міжнародних правових стандартів, передусім європейських; утвердження принципів правової демократичної держави і громадянського суспільства; поява нових підходів до праворозуміння; створення нових галузей та інститутів права і законодавства [94, с. 190].

Вбачається, що правові звичаї та характер їх використання складають головну підставу поєднання правових систем у правову сім'ю. Якщо уважно придивитись до пропозицій про правовий стиль як основну характеристику як правової системи, так і правової сім'ї, то можна дійти висновку: зміст правового стилю, сутність його не що інше, як правові звичаї. Справді, якщо чинниками, що визначають стиль, є: 1) історичне походження й розвиток правової системи; 2) пануюча доктрина правової думки та її специфіка; 3) правові інститути, що мають своєрідність; 4) правові джерела й методи їх тлумачення; 5) ідеологічні чинники [206, с. 99–119], – то всі ці складові і є правовими традиціями, що визначають специфіку правової сім'ї. Наприклад, у сім'ї загального права – правова традиція накопичення й використання нормативів досвіду судових рішень, у континентальній правовій сім'ї – правова традиція створення абстрактних нормативів шляхом законотворчої діяльності. У сім'ї загального права – традиція пріоритету процесуального права над матеріальним, у сім'ї континентального права – традиція підвищення матеріального права над процесуальним.

Співвідношення між сучасними і звичаєвими засадами істотно різняться у традиційному і в сучасному суспільствах. Водночас стійке функціонування сучасного суспільства великою мірою залежить від традиційних передумов, від їх використання і включення в сучасну систему. Для цього необхідно переглянути співвідношення звичаю та мінливості, виділити ті сили усередині традиційного суспільства, що сприяють процесу змін, і ті, які перешкоджають змінам. Визначити відмінності між змінами, властивими звичаєвому порядку, і тими, які можуть вивести за його межі до відновлення суспільства. Необхідно знайти зміни, що сприяють подальшому розвитку суспільства, і ті, які підривають такий розвиток. Необхідно знайти загальний характер впливу сучасних змін на правові звичаї. Нарешті, визначити можливість суспільства вивести у своїй спадщині здатність розв'язувати ці проблеми чи досягти цього через адаптацію до нових умов без кардинальних змін центральних інститутів і цінностей або через їх трансформацію.

Найяскравішим прикладом існування правового звичаю, що мав місце на території України, є пам'ятка історії Київської Русі – «Руська Правда». Це писане зібрання звичаїв періоду Київської Русі, що поєднало у собі норми права тогочасного суспільства. Історики ж привели «Правду» до сучасного вигляду, в якому ми вивчаємо її сьогодні: пронумерували статті та переклали з давньослов'янської мови.

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 [31, с. 231-234].

В юридичній літературі немає єдності думок з приводу характеристики сучасних правових систем постсоціалістичних країн Східної Європи. Проте ці думки можуть бути умовно подані у вигляді трьох основних концепцій.

1. Концепція повернення постсоціалістичних країн Східної Європи до романо-германської правової сім'ї. Прихильники цієї концепції виходять з того, що історично правові системи цих країн належали до романо-германської правової сім'ї або тяжіли до неї. У країнах Східної Європи відбулися рецепції римського права, основним джерелом яких визнавався закон, провідні галузі права були кодифіковані. Право, правозастосування та правова наука постійно зазнавали суттєвого впливу з боку французької та німецької правових шкіл. Соціалістичні революції, що відбулися у цих країнах, трансформували їх правові системи. Основні відмінності соціалістичного права від романо-германського права лежали у сфері правової ідеології (заперечення приватного права, визнання керівної ролі комуністичної партії, концепція відмирання держави і права при комунізмі, пріоритет інтересів держави над правами людини тощо). Проте навіть на соціалістичному етапі розвитку цих правових систем певна правова схожість з романо-германським правом все ж таки залишилась.

Цікаво, як визначався статус соціалістичного права західними компаративістами. Згідно з французькою теорією соціалістичне право було

самостійною правовою сім'єю – «позашлюбною (нелегітимною) дочкою» романо-германського права. Німецька теорія розглядала соціалістичне право як «блудного сина» романо-германського права, який з часом повернеться до рідних коренів; отже, соціалістичне право – це не самостійна правова сім'я, а лише тимчасова аномалія континентального права. Американська теорія характеризувала соціалістичне право як генетичну потвору з деякими елементами романо-германського права [131, с. 32].

На думку послідовників концепції повернення, після падіння комуністичних режимів постсоціалістичні країни свідомо відійшли від соціалістичного права і розвиваються у напрямі зближення з романо-германським правом.

2. Концепція самобутності слов'янських правових систем, прибічники якої наполягають на необхідності визнання самостійної слов'янської (євразійської) правової сім'ї. Наприклад, В. М. Синюков, обґрунтовуючи самодостатність слов'янського права на прикладі російського права, наводить такі його особливості:

1) самобутність російської державності, що не зникає навіть після довгих і масових запозичень іноземних управлінських і конституційних форм;

2) особливі умови економічного прогресу, для яких характерним є застосування колективних форм господарювання;

3) формування особливого типу соціального статусу особистості, для якого притаманна перевага колективних елементів правосвідомості і нежорсткість ліній диференціації особистості та держави;

4) тісний зв'язок традиційної основи права і держави зі специфікою православного напрямку християнства з його акцентами не на мирському життерозумінні Бога і людини (католицизм) і тим більше не на благословенні корисливості (протестантизм), а на духовному житті людини з відповідними етичними нормами (некорисливість, благочестя тощо);

5) успадкування через Візантію законодавчих традицій римського права [169, с. 176].

3. Концепція окремих шляхів для центральноєвропейських, прибалтійських країн та слов'янських країн колишнього СРСР (Росії, України, Білорусі), яка є певним компромісом між першими двома напрямками. Її послідовники вважають, що на початку ХХІ ст. конфігурація колишнього правового соціалістичного простору виглядає так: центральноєвропейські країни приєдналися до романо-германського права, прибалтійські – до скандинавського права, а Росія, Україна та Білорусь утворили самостійну слов'янську (євразійську) правову сім'ю, яка має певні особливості.

Прихильники цієї концепції підкреслюють, що у правовій системі України найчастіше діють правові поняття, а не норми права; вона ближче до релігійних правових систем, ніж до світських; тут право є засобом у руках держави для створення нового економічного порядку; приватне право значною мірою поглинається публічним правом; зберігається тверда залежність права від політики й економіки; відсутнє самостійне комерційне право. Ці риси свідчать про те, що в українській правовій системі особливостей набагато більше, ніж спільних ознак з романо-германською правовою сім'єю [125, с. 23].

Отже, яке ж місце посідає правова система України на правовій карті світу? Відповідь на це запитання залежить від основного, домінуючого критерію, який покладено в основу класифікації правових систем. Компаративісти роблять акцент на панівній правовій культурі та правосвідомості і тому необхідно погодитись з прибічниками концепції трьох шляхів, визнати самобутність правової системи України і віднести її до слов'янської (євразійської) правової сім'ї.

Проте, якщо домінуючим вважати юридичну техніку (структуру джерел права та системи права, особливості способів тлумачення та процесу правозастосування), то більш виваженою є концепція повернення до романо-германського права. Сьогодні не існує суттєвих відмінностей національної правової системи України від романо-германського права ні за способами створення правових норм, ні за способами їх систематизації, ні за способами їх тлумачення, ні за способами їх використання у правозастосовчій практиці.

Певний рух зроблено і в напрямку зміни праворозуміння: офіційно визнано ідеї верховенства, пріоритету прав людини, правової соціальної демократичної держави, поділу права на публічне та приватне, непорушності приватної власності, характерні для європейської правової традиції. Отже, на цій підставі можна зробити висновки про те, що правова система України повертається до романо-германської правової сім'ї.

Втім, сьогодні не можна констатувати, що правова система України є повноправним членом романо-германської сім'ї. Повернення постсоціалістичних країн до романо-германського права відбувається різними темпами. Так, щодо правових систем деяких країн Східної Європи (зокрема, Польщі, Чехії, Угорщини, Словенії) вже сьогодні можна зробити висновок про відсутність перешкод до їх «всиновлення» романо-германським правом. Вступ цих країн до Європейського Союзу символізує остаточне повернення їх правових систем до романо-германської сім'ї.

Тож 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. Провідним вектором цих реформ повинне стати наближення української правової культури до європейських зразків: зокрема, утвердження принципів демократії, відповідальності державної влади і зв'язаності її правом, передбачуваності і визначеності її державних рішень, незалежності і ефективності судової влади. Можливо, враховуючи певні особливості правових систем країн СНД, у межах романо-германської сім'ї поряд з романською та німецькою групами виникне відокремлена слов'янська (євразійська) група.

На думку А. Я. Сухарєва, сучасна правова система України входить до романо-германської правової сім'ї, утворюючи разом з Росією, Білоруссю та іншими республіками СНД особливий тип правових систем – змішану правову систему [141, с. 682–693]. Особливості типу правової системи інколи змушують

законодавців йти на оригінальні компромісні рішення, які все далі віддаляють Україну від країн СНД та наближують до європейського співтовариства.

Існує думка, що Україна (Росія, Білорусь) невіддиференційована правова система, тобто така, у якій відсутня тверда розподільна лінія між правом, релігією, мораллю, політикою. Така правова система часто характеризується як ідеологізована. Показові в цьому плані дослідження у сфері філософії права В. С. Соловйова, П. І. Новгородцева та ін., котрі затверджували моральний зміст правової матерії, а також розглядали право як гідне людське існування, як сенс правового буття. Важливо підкреслити, що невіддиференційовані правові системи (зокрема, ті, що складають євразійську правову сім'ю) мають свою особливу логіку розвитку, засновану на використанні звичаїв, колективістських засад і цілого ряду інших підстав, що визначають правову спадщину. Існування права й моралі в невіддиференційованих правових системах характеризується значним взаємопроникненням. Не випадково, право ототожнюється зі справедливістю не тільки на рівні повсякденної правової культури (тобто її периферії), а й на рівні професійної правової культури (тобто в її центрі) [121, с. 15].

На думку дисертанта правова система України відноситься до романо-германської правової системи зі своїми унікальними особливостями.

Залежно від країни, місце звичаю в системі формально-юридичних джерел права є неоднозначним. Так, в Україні звичай посідає додаткове місце поряд із головним джерелом права – законом. Звичая 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 періоду.

Повторюваність у часі сама по собі не є вирішальним критерієм звичаєвих уявлень або дій, оскільки звичай затверджується міжчасовою наступністю уявлень. Наступність – це передача спадщини та її сприйняття. При цьому передаються не дії, а тільки їхні зразки, норми і принципи

легітимності.

Вважається, що сам термін «звичай» породжений юриспруденцією, де він спочатку позначав передачу спадщини, майна. Звичай розглядається як специфічний прояв у суспільстві універсального принципу збереження, пов'язаного з історичною повторюваністю, що детермінує дії минулого на сьогодення й майбутнє.

Незважаючи на залученість звичаїв у часові потоки, вони за своєю життєвою сутністю не розвиваються, а поширюються і трансформуються відповідно до зміни обставин. У зв'язку з цим звичаї тотожні універсаліям культури, що виявляють себе в релігії як догмати, перекази, заповіді; у психології – як архетипи, таємниця, несвідоме; у філософії – як абсолют, істина; у правознавстві – як воля, справедливість, формальна рівність.

Яскравим прикладом відображення правового звичаю в історії України є «Руська Правда» Ярослава Мудрого XI-XII століття. За словами Л.А. Кушинської: «Найдавнішим писаним законом, що об'єднав звичаєві норми, санкціоновані державою була Руська Правда. Це було звичаєве право реформоване християнською державою» [86, с. 96].

Фактично з другої половини XX ст. радянська правова доктрина стала на позицію цілковитого заперечення значення правового звичаю як джерела чинного національного законодавства, допускаючи його використання у міжнародному праві. Не заохочувалися й історико-правові дослідження відповідної тематики, хоча в силу своєї загальної значущості ця проблема більшою чи меншою мірою поставала мало не в кожному серйозному дослідженні, присвяченому розвитку українського права.

Водночас на глобальному рівні у контексті загального переосмислення ряду правових категорій, явищ і процесів дослідження звичаєвого права стали підґрунтям сучасних концепцій первісного права, народного права, історичної первинності права порівняно з державою, локального права, правового плюралізму тощо.

Так, з 1978 р. існує Комісія із звичаєвого права і правового плюралізму, яка була створена Міжнародною спілкою антропологів і етнологів за ініціативою професора Г. Фон ден Стінховена з Інституту звичаєвого права у Неймагені (Нідерланди). Цю комісію нині прийнято до Міжнародної асоціації юридичних наук, вона об'єднує понад 400 дослідників з різних країн світу, організувала 14 наукових конгресів і шість міжнародних конкурсів, періодично випускає інформаційні бюлетені (на час написання цієї праці побачило світ 40 випусків), має свій сайт у глобальній мережі тощо [140, с. 5].

У роки перебудови, а особливо після проголошення незалежності України, відродився інтерес до проблематики українського звичаєвого права. Проте відповідні дослідження здебільшого проводилися етнографами, істориками, філософами, але не юристами. Ці праці, на жаль, досить часто не враховували досвіду, набутого попередніми дослідниками, характеризувалися відсутністю чіткого категоріально-понятійного апарату і фахового розуміння юридичних аспектів проблем.

На сучасному етапі незаперечним є те, що державно-нормативне регулювання не охоплює всіх суспільних відносин і тому звичай зберігає своє значення в окремих галузях приватного й публічного права.

Українська юридична еліта робить спроби дослідження правових звичаїв, відбудови національної свідомості у нашої нації шляхом включення спецкурсів зі звичаєвого права (Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київський університет права НАН України).

Так, у Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України нещодавно написана монографія, присвячена правовому звичаю в Україні історичного періоду Київської Русі і до розпаду Російської імперії. Автори не побажали охопити період УРСР, адже, як зазначалось, правовий звичай цього періоду було пригнічено та всілякими намаганнями зруйновано. Тому нині для дослідників відкриваються широкі горизонти для дослідження і, можливо, відродження найдавніших національних звичаїв.

Так, князь Володимир, посилаючись на грецький церковний звичай,

створив незалежну від світської влади систему церковних судів, одночасно пославшись на звичаї предків, визначив, щоб мати єпископатам десятину від данини, штрафів і продажів, від усього, що надходить на князівський двір .

У повчанні Володимира Мономаха, що увійшло в «Повість временних літ», за Лаврентієвським списком (1096 р.), цей державний діяч Київської Русі закликав додержуватися принципу: «Ни права, ни крива не убивайте, ни повелевайте убити его, аще будеть повинень смерти; а душу не погубляйте никакояже хрестьяны». Цей звичай щодо злочинців було відроджено з кінця ХХ ст. в Україні, але вже під впливом обставин входження до Ради Європи.

Історія розвитку правової системи України свідчить, що правовий звичай як додаткове формально-юридичне джерело права застосовується у випадках:

1. Прогалини у позитивному праві за умови «мовчазної згоди» влади. Будь-яка система позитивного права має прогалини (похибки або неповноту). Коли виникає така ситуація, на допомогу приходять звичай. Проте сучасний спосіб правового регулювання за допомогою закону визнається зручним та ефективним. Можна навіть сказати, що склався звичай регулювати правові відносини за допомогою законів – чітко визначених, загальнообов'язкових, однакових на всій території держави. Звичай, продовжуючи діяти на окремих територіях, перестає задовольняти потреби суспільства. Тому в сучасному праві залишається все менше місця для застосування правового звичаю. У нашій країні, як і у будь-якій іншій, існує велика кількість законів, які раніше були звичаями. Держава, потребуючи врегулювання певних питань і не знаходячи їх вирішення у чинному законодавстві, зверталась до звичаїв області або народу і санкціонувала їх, приводячи таким чином у загальний вжиток як обов'язкових.

Отже, існування звичаю є перехідним, тимчасовим явищем до видання нового законодавчого акта.

2. Правовий звичай є джерелом права у випадку посилення закону на його існування та застосування. Пряма вказівка щодо застосування звичаю міститься у ст. 7 Цивільного кодексу України, де сказано, що цивільні відносини можуть регулюватись звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Відповідно до ст. 11

Сімейного кодексу України при вирішенні сімейного спору суд за заявою заінтересованої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам цього кодексу, інших законів та моральним засадам [165]. Зазначається також: «Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується» [206]. Практиці також відомі такі акти, як торгові звичаї. Існування цих джерел передбачається міжнародними договорами, учасницею яких є Україна. Зокрема, в Європейській конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. (VII), Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (ст. 9). Національне законодавство зазначає про звичай у Законах України «Про міжнародний комерційний арбітраж», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про торгово-промислові палати України» [219, с. 568]. Не менш важливими є посилення законодавця на правовий звичай при проходженні загальнообов'язкової військової служби, при укладенні шлюбу тощо.

3. Правовий звичай є джерелом права у випадку його запису у вигляді судового прецеденту, адміністративного рішення. Така практика застосовується в законодавстві незалежної України. Відображення правового звичаю в такий спосіб застосовувалось у Київській Русі, під час існування Російської імперії, а також під час формування радянської влади на території України (початок ХХ ст.).

Хоча Конституція України не закріпила правовий звичай як джерело права, та він все ж таки відіграє важливу роль у формуванні конституційного законодавства. Регламент Верховної Ради України [148] та інші законодавчі акти закріпили звичаї створення парламенту, відкриття першого засідання парламенту, порядок голосування тощо. У таких випадках звичай виступає одним із чинників правотворчої діяльності.

Н. М. Пархоменко зазначає, що звернення до звичаїв, їх санкціонування та використання у правореалізаційному процесі можливе щодо національних меншин і корінних народів з метою збереження їх традиційних норм і способу

життя, відпрацювання ефективних механізмів узгодження інтересів етнічних спільнот та розв'язання міжнаціональних спорів; забезпечення міжконфесійної стабільності та запобігання конфліктам на релігійній основі, недопущення протистояння різних церков, у тому числі щодо розподілу сфер впливу на території України [134, с. 330].

Моральні засади, виражені в різних соціальних звичаях, складають першооснову буття права, проникаючи у правову сферу як стихійно, так і за допомогою безпосередньої легалізації державною владою. Не випадкові у зв'язку з цим спроби уявити право як деяку духовну священну цінність, як явище святе, що поєднує в собі високе гуманістичне значення з унікальною здатністю бути вищою формою в системі соціального регулювання.

На думку Н. М. Оніщенко, елементи традиційності в сфері юридичного регулювання спостерігаються в стабільних умовах, що мало змінюються і продовжують зберігати одноманітність дій людини в соціальній та інших суспільних сферах [130, с. 74–75].

Наразі наша держава перебуває на стадії перетворення. Пережитки минулого досі не дають відійти від старого стереотипу правового мислення, а нове настільки швидко вривається до буття українців, що держава не в змозі сприймати такі надходження. Яскравим прикладом того слугує незліченна кількість нормативних актів, які приймає діюча Верховна Рада у гонитві за європейським мисленням та прагнучи інтегрувати до Європи. Але у цьому коловороті ми забуваємо, що ми окрема нація і в нас існують стародавні звичаї та традиції, які допомагають бути нам нацією, відмінною від інших. Інтегрування до Європи – найголовніша мета, яка позитивно вплине на існування нашого народу та на правове становище у державі, але не потрібно забувати, хто ми є насправді. У такому контексті доцільно було б звернутися до країни, відомої своєю національною свідомістю – Японії. Як зазначалось у попередніх параграфах, Японія пройшла періоди різноманітних політичних впливів, але її нація дотепер керується законодавством, прийнятим століття тому, вносячи лише деякі поправки та доповнення. Ця держава доводить – не

гонка за новинками та останніми змінами у світі розвиває та наповнює свідомістю націю, а стабільність та слідування національним особливостям. Тому правникам необхідно детально аналізувати, досліджувати та відкидати непотрібне у вирі європейського розвитку нашої держави.

Вбачається, що в наш час звичай стає іншою назвою буття, протилежністю якого може бути тільки його втрата – ніщо. Звичай – це зв'язок між минулим, сьогоденням і майбутнім, зв'язок як спадкування, зв'язок, що лине крізь час.

Висновки до розділу 2

Правова мапа світу досить різноманітна, тому розгляд правового звичаю проведено відповідно до того чи іншого виду правової системи.

Якщо взяти мусульманську правову систему, то правовий звичай діє тут після норм світського і мусульманського права. Оскільки мусульманське право має досить давнє походження і розраховане на вирішення конкретних казусів (тобто йому, як і правовому звичаю, властиві ознаки архаїчності і казуальності), то в певних випадках правовий звичай і мусульманське право фактично не відрізняються один від одного. У більшості мусульманських країн дотримуються тільки правових звичаїв автентичного характеру, які зведені у спеціальні збірки – Суни, що свідчить про їх важливе значення у правовому полі. В деяких країнах (Афганістан, Іран) збереглися звичаєві суди, які у своїй практиці успішно застосовують норми правових звичаїв.

Правовий звичай не втратив свого значення у системі індуського права. Правові звичаї, які зібрані у дхармашастри, веди, упанішадри, використовуються індусами при вирішенні різноманітних конфліктних ситуацій. Зроблено висновки, що не заперечується існування правового звичаю і чинним індійським законодавством, в якому прямо передбачено його застосування, коли в законі йде посилення на правовий звичай, коли правовий звичай регулює конкретні відносини у певній суспільній групі (общині) і в разі надання звичаю вищої сили, ніж закону. Така роль правового звичаю в правовій системі сучасної Індії можлива завдяки дбайливому і толерантному ставленню до багатовікових традицій і конфесійних уподобань багатомільйонного населення країни.

Дослідження сучасної іудейської правової системи, яка займає панівне становище в правовій системі Ізраїлю, показало, що в переважній більшості випадків правниками застосовуються норми чинних законів. Таке становище правового звичаю викликане тим, що правова система Ізраїлю поглинула характерні властивості англосаксонської правової системи, в якій правовий

звичай не відіграє головну роль. Оскільки в Ізраїлі досить сильні релігійні переконання, то правовий звичай нерідко є їх продовженням і аналогічним завершенням у світському житті, де він наділений силою обов'язковості у шлюбно-сімейних відносинах, при звільненні працівників з роботи, у разі добросовісного укладення договорів та в деяких інших випадках.

Аналіз правового звичаю народів Африки, які протягом тривалого часу перебували в колоніальній залежності, свідчить про його своєрідність і відмінність від розглянутих правових звичаїв. Оскільки життя і діяльність значного числа племен, общин, родів тісно переплітаються, правовий звичай набуває в умовах Африки необхідні властивості для його застосування у всіх цих об'єднаннях. Його дія відображає волю групи людей, не має індивідуального характеру. На розвиток сучасної правової системи народів Африки і правового звичаю в ній значний вплив мали правові системи метрополій, що призвело до різних наслідків: звичаї пращурів подано в сучасному вигляді, залишено без жодних змін, скасовано як форму права, прийнято на рівні закону.

Як показало дослідження, не меншою самотністю відрізняються традиційні правові системи далекосхідних країн Китаю та Японії. Для них характерна наявність жорстких обмежень для соціуму. Якщо говорити про їх властивості, як правил суспільної поведінки, то вони перш за все відіграють роль табу. Розвиток законодавчої діяльності у названих країнах відтіснив правовий звичай на другий план і обмежив його використання в міських умовах. Певною мірою правовий звичай зберіг свою роль у сільській місцевості. У сімейних відносинах, відносинах власності застосовуються гирі (Японія) та трактати китайських мислителів.

Високий рівень розвитку юридичної науки зробив взірцем для багатьох країн англосаксонську та романо-германську правові системи. Основною формою права у романо-германській правовій системі вважається закон. Правовому звичаю відведена незначна роль, що дало змогу дисертантці зробити висновки про певне ігнорування правового звичаю у романо-германській

правовій системі і зведення його застосування лише до невеликого кола відносин.

В англосаксонській правовій системі основною формою права є судовий прецедент, що базується на конкретному вирішенні окремих судових справ (казусів). Оскільки правова система Великої Британії заснована на звичаєвому праві, то певною мірою правовий прецедент переплітається з правовим звичаєм. Застосування правового звичаю на теренах Великої Британії мало місце протягом тривалого часу, що свідчить про його значення у правовому житті країни. В теперішній час правовий звичай визнається чинним у разі його використання не менше сорока років.

Тема роботи «Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах» розглядає правовий звичай у різних правових сім'ях. В той же час дисертантка дослідила роль і місце правового звичаю в теперішній Україні. Формування правової системи незалежної України проходить під значним впливом романо-германського права зі збереженням національних особливостей, відмінних від інших слов'янських країн, та з урахуванням сучасних реалій. Відіграючи допоміжну роль у правовому житті держави, правовий звичай визнається необхідним у регулюванні окремих питань цивільної та торгової діяльності. Має місце трансформування правових звичаїв. Конституція України не визнає правовий звичай джерелом права, разом з тим під впливом моральних та інших факторів він зберігає своє значення у суспільному житті через нашу свідомість, що сформувалась під впливом духовних та релігійних чинників.

ВИСНОВКИ

1. З давніх-давен суспільство відчувало необхідність у врегулюванні міжродових, міжплеменних відносин. У найдавніших людських угрупованнях (архаїчних суспільствах) домінували сильні релігійні переконання, і як наслідок, набуття стану підкорення божественним силам. Ця віра зумовила створення системи ієрархії (системи субординації). На кожному етапі ця система видозмінювалась відповідно до зміни духовних та матеріальних цінностей. У процесі аналізу виділених дисертанткою етапів виникнення правового звичаю розглядається питання переходу 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 розширення суспільства, поява грошово-обмінних відносин, поява порушень усталених звичаїв, а також писемності, створення держави і відповідно закріплення звичаїв на державному рівні.

2. Характеристика суті правового звичаю неможлива без розкриття поняття звичай, його зв'язку з правовим звичаєм. У дисертаційному дослідженні простежено шлях набуття правової форми звичаями. 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 розкривається думка про його соціальний характер, а вже потім – про вплив права на його розвиток. На підставі аналізу шляхів створення правового звичаю виокремлено суб'єктів його створення. Як підсумок, виведено власну тезу – поняття правового звичаю як соціальної норми, що 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 їх прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції.

3. Правовий звичай посідає значне місце серед розмаїття форм права. Видова класифікація правових звичаїв дає змогу визначити їх прояв на різних континентах, у різні часи, у різних правових системах. Глибокий аналіз правових звичаїв та систематизація множини звичаїв розкривають шлях правового звичаю від давнини до сьогодення.

4. Питання про 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.

5. Визначне місце правового звичаю серед сучасних форм права показує не лише його прояв у сучасних системах, а й розкриває його значення. У порівнянні звичаю з судовим прецедентом, з договором, з міжнародними нормами доведено, що судовий прецедент розпочав своє існування завдяки звичаям давнього суспільства, а договори та міжнародні норми часто керуються правовими звичаями. Тому правовий звичай, хоча і є давньою формою права, вже може бути названим сучасною формою права завдяки пристосуванню до сучасних відносин і їх правовому регулюванню.

Правова мапа світу досить різноманітна, тому розгляд правового звичаю проведено відповідно до того чи іншого виду правової системи.

6. Правовий звичай у мусульманській правовій системі посідає третє місце після норм світського права і норм мусульманського права. У деяких випадках мусульманське право та правовий звичай неможливо відрізнити, адже мусульманське право наділене ознаками архаїчності і казуальності, як і звичай. Лише правовий звичай автентичного характеру може мати силу в мусульманських державах. Яскравим прикладом мусульманського правового звичаю є Суни – збірник правових звичаїв. Хоча у різних країнах ставлення до

правового звичаю різне, але основною залишається думка про значення правового звичаю як регулятора суспільних відносин (шлюбно-сімейних, договірних тощо). У теперішній час у мусульман існують звичаєві суди та досить часто використовується правовий звичай (Афганістан, Іран). Тобто значення правового звичаю у релігійних правових системах мусульманських країн одне з найбільших у світі.

7. Не менш знаковою є правова система індійського права, а саме: його частина – індуське право. Індуське право, можливо, перше серед усіх правових систем, що дотепер поширює свій вплив через правові звичаї. Населення у своїй діяльності керується правовими звичаями з дхармашастр, вед, упанішадр. Звичаєве право знайшло відображення і у законодавстві Індії та дозволяє використовувати правовий звичай у таких випадках: 1) посилення закону на правовий звичай; 2) використання правового звичаю у певних общинах, де правовий звичай регулював конкретні відносини; 3) надання звичаю вищої сили, ніж закону. Значною мірою через терпимість індійського права до різних релігійних течій правовий звичай залишається однією з основних форм сучасної правової системи Індії.

Внаслідок проведеного аналізу правової системи Ізраїлю встановлено, що правовий звичай сучасної іудейської правової системи займає другорядне місце після закону. Існують правові принципи, поява яких пов'язана з історичним розвитком єврейської нації, з використанням положень Талмуду, Тори. Значення закону як основної форми права пов'язане з увібранням правовою системою Ізраїлю ознак англосаксонської правової системи. Правовий звичай у Ізраїлі досить часто асоціюється з релігійними постулатами. Він має ознаки імперативності та застосовується переважно у шлюбно-сімейних відносинах, моральному ставленні один до одного, за добросовісного укладання договорів, при звільненні працівників з роботи тощо.

8. Якщо говорити про правовий звичай Африки, то можна зробити такі висновки: правовий звичай Африки відрізняється від традиційних правових звичаїв світу. В умовах існування великої кількості племен, общин, родів можливий

симбіоз правового звичаю. Правовий звичай не має персоніфікованого характеру, тобто спрямований на групу людей, а не на конкретного індивіда. Перебування народів Африки в колоніальній залежності вплинуло на еволюцію правового звичаю: прадавні звичаї повністю трансформовано або ж залишено у первісному стані, або ж заперечено як форму права і, нарешті, запроваджено разом з законом.

Традиційна правова система далекосхідних країн Китаю та Японії з давнини базувалась на встановленні жорстких обмежень для соціуму. Тому правові звичаї Китаю та Японії є скоріш нормами табу, ніж простими регуляторами суспільних відносин. Саме у цих країнах можна говорити про концепцію виникнення правового звичаю на такому понятті як «табу». Дисертанткою заперечується концепція про виникнення правового звичаю, звичаю, закону на імперативах, заборонах, але, аналізуючи правові системи Японії та Китаю, таке припущення стає можливим. Поширення правового звичаю в далекосхідних країнах не значне і зберігає свій статус, радше, у селі, ніж у місті. Населення шанує правовий звичай, тому сімейні відносини, відносини власності використовують гирі (Японія) та трактати китайських мислителів.

9. Поняття про європеїзоване право значно поширене в усьому світі і вважається таким, що враховує останні тенденції розвитку права. Тому країни Європи з англосаксонською та романо-германською правовими системами вважаються найрозвиненішими. Романо-германська правова система встановила основною формою права закон, який сьогодні набуває значного поширення й на інші правові системи і сім'ї світу. Місце правового звичаю, як правило, незначне. Законодавці відвели йому допоміжну роль і закріпили у відносинах торгового мореплавства, навігаційному праві. Дисертанткою зроблені висновки про те, що правовий звичай романо-германської правової системи заперечується як форма права або використовується у дуже вузькому колі відносин.

Стосовно англосаксонської правової системи, то ситуація тут приблизно така ж. Основною формою права є правовий прецедент, заснований на казуальному вирішенні справ. У деякому сенсі правовий прецедент пов'язаний з правовим звичаєм тим, що основою правової системи Великої Британії було звичаєве право. Правовий звичай широко застосовувався на території усієї Великої Британії і заперечувати його існування неможливо. Сучасний світ визнає дію правового звичаю лише у випадку його застосування протягом сорока років. У правових системах США і Австралії як частинах англо-американського права дія правового звичаю другорядна, хоча і сьогодні існує ряд звичаїв, які застосовуються на державному рівні.

10. Тема «Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах» розглядає правовий звичай у різних правових сім'ях, але окремо дисертанткою було виділено правовий звичай сучасної України. Перш ніж розглядати український правовий звичай, необхідно було визначити, до якої правової системи належить сучасна Україна. Українська юридична наука виділяє кілька точок зору, але дисертанткою зроблено власний висновок. Україна – це держава, що належить до особливого виду правових систем, бо має ознаки, притаманні лише їй, що пов'язано з її багатим історико-культурним розвитком, та ознаки романо-германської правової системи, у зв'язку з географічним розташуванням. Українське право використовує здебільшого правові поняття, засновані на духовних, моральних категоріях, поняттях про добро і зло. Ознаки романо-германської системи проявляються у впровадженні звичаїв як основної форми права, запозиченні різноманітних правових інститутів. Україна йде слідом за романо-германською системою, зберігаючи 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 інтегрували з плином часу. Хоча правовий звичай не є джерелом права за Конституцією України, він зберігає

своє значення через нашу свідомість, що сформувалась під впливом духовних та релігійних чинників.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Абдуллахи Ахмед Ан-Наим. На пути к исламской реформации: гражданские свободы, права человека и международное право / Ахмед Ан-Наим Абдуллахи ; [пер. с англ. О. Фадиной ; отв. ред. и авт. послесл. Д. Фурман]. – М. : Музей и обществ. центр им. А. Сахарова: Полинформ-Талбури, 1999. – 283 с.
2. Азаматов К. Г. Социально-экономическое положение и обычное право балкарцев в первой половине XIX в. : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. истор. наук : спец. 07.00.07 / К. Г. Азаматов. – Нальчик, 1967. – 22 с.
3. Ака М. Зармати. Система источников права Афганистана : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ака М. Зармати. – М., 1994. – 199 с.
4. Александров И. А. Монархи Персидского залива: этап модернизации / Александров И. А. – М. : Дело и Сервис, 2000. – 544 с.
5. Александров Н. Г. К критике пережитков буржуазной идеологии и определения права / Н. Г. Александров // Советское государство и право. – 1948. – № 10. – С. 39–51.
6. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи / С. С. Алексеев – М. : Статус, 2000. – 252, [3] с.
7. Алексеев С. С. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права. Курс лекций : в 2 т. / Алексеев С. С. ; [науч. ред. Р. К. Русинов ; отв. за вып. В. М. Семенов]. – М. : Изд-во Свердловского юрид. ин-та, 1972–1973. – Т. 2. – 401 с.
Т. 1. – 1972. – 396 с.
8. Анатольев Р. Каддафи. Государство и общество / Каддафи Р. Анатольев // Азия и Африка сегодня. – 2001. – № 10. – С. 27–40.
9. Аннерс Эрик. История европейского права / Э. Аннерс ; [пер. со швед. Р. Л. Валинский и др.]. – М. : Наука, 1999. – 394, [1] с.

10. Антология мировой правовой мысли : в 5 т. / [отв. ред. Л. Р. Сюкияйнен]. – М. : Мысль, 1997–1999. –

Т. 1: Античность. Восточные цивилизации. – 1997. – 749, [1] с.

11. Арчер П. Английская судебная система / П. Арчер ; [пер. Л. А. Ветлинский ; под ред. и с предисл. Б. С. Никифоров]. – М. : Иностранная лит., 1959. – 268 с.

12. Асадулла. К вопросу об особенностях правовой системы Афганистана / Асадулла // Общество и современный социокультурный процесс. – М. : Наука, 1993. – 553 с.

13. Байтин М. И. Сущность права: современное нормативное правопонимание на грани двух веков / Байтин М. И. – Саратов : Изд-во Саратовской гос. акад. права, 2001. – 413 с.

14. Бержель Жан-Луи. Общая теория права / Жан-Луи Бержель ; [под общ. ред. В. И. Даниленко]. – М. : Nota Bene, 2000. – 574, [1] с.

15. Богдановская И. Ю. Прецедентное право / Богдановская И. Ю. – М. : Наука: ИФ «Наука-философия, право, социол. и психология», 1993. – 235, [2] с. – (РАН, Ин-т государства и права).

16. Богишеч В. П. По поводу статьи г. Леонтовича: Заметки о разработке обычного права / В. П. Богишеч – СПб. : Тип. В. С. Балашева, 1880. – 43 с.

17. Боронбеков С. Общинно-правовые нормы афганских племен / С. Боронбеков // Известия Академии Наук ТССР. – 1989. – № 2. – С. 29–39.

18. Вагацума Сакаэ. Гражданское право Японии : в 2 кн. / Сакаэ Вагацума, Тору Ариидзуми ; [пер. с японск. В. В. Батуренко]. – М. : Прогресс, 1983–1983. –

Т. 2. – 1983. – 334 с.

19. Валеев Д. Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса / Д. Ж. Валеев // Правоведение. – 1974. – № 6. – С. 72–86.

20. Ведель Ж. Административное право Франции = Droit administratif / Ж. Ведель ; [пер. с франц. Л. М. Энтина ; под ред. М. А. Крутоголова]. – М. : Прогресс, 1973. – 512 с.

21. Ведель Ж. Конституция как основа юридической системы / Ж. Ведель, П. М. Деволье // Проблемы сравнительного правоведения. [По материалам VI советско-французского симпозиума юристов]. – М.-К. : Изд-во ИГиП АН СРСР, 1981. – С. 4–17.

22. Вильданова М. М. Источники права Франции : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / М. М. Вильданова. – М., 1987. – 18 с.

23. Виноградов П. Г. Очерки по теории права / Виноградов П. Г. – М. : Тов-во скоропечатни А. А. Левенсон, 1915. – 152 с.

24. Виноградова О. П. Религиоведение и правоведение: вместе или порознь? / О. П. Виноградова // Право и государство: теория и практика. – 2008. – № 1 (37). – С. 128–139.

25. Вступ до теорії правових систем : монографія / [за заг. ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко]. – К. : Юридична думка, 2006. – 432 с.

26. Гелей С. Д. Політико-правові системи світу : навч. посібник / С. Д. Гелей, С. М. Рутар. – К. : Знання, 2006. – 668 с.

27. Георгиевский Э. В. Истоки происхождения уголовного права в архаических обществах : монография / Георгиевский Э. В. – Иркутск : Иркутский гос. ун-т, 2006. – 128 с. – (Федеральное агентство по образованию. Иркутский государственный университет).

28. Гинзбург Дж. Соотношение международного и внутригосударственного права в СССР и в России / Дж. Гинзбург // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 109–121.

29. Голунский С. Обычай и право / С. Голунский // Советское государство и право. – 1939. – № 3. – С. 46–55.

30. Голунский С. А. Теория государства и права : учебник / С. А. Голунский, М. С. Строгович. – М. : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – 304 с.

31. Горбаченко Т. Г. Релігія і культура : курс лекцій для студентів вузів культури і мистецтв, філософських і релігійних факультетів університетів / Горбаченко Т. Г., Лубський В. І., Нілова І. Д. – К. : КЛК, 1996. – 236 с.

32. Горский Д. П. Обобщение и познание / Горский Д. П. – М. : Мысль, 1985. – 208 с.

33. Государственное право буржуазных стран и стран, освободившихся от колониальной зависимости : учебник для студ. обучающихся по спец. «Правоведение» / [авт. кол.: Бельсон Я. М., Остапенко Д. Д., Савицкий П. И. и др.] ; под ред. Б. А. Стародубского, В. Е. Чиркина. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Высшая школа, 1977. – 318 с. – (Допущено Министерством высшего и среднего специального образования СССР).

34. Гофман А. Б. Обычай / А. Б. Гофман // Большая советская энциклопедия : в 30 т. – [3-е изд.]. – М. : Советская энциклопедия, 1978. – Т. 30. – 632 с.

Т. 18. – 1974. – 632 с.

35. Гоффман А. Б. Обычай как форма социальной регуляции / А. Б. Гоффман, В. П. Левкович // Советская этнография. – 1973. – № 1. – С. 20 – 29.

36. Гражданский кодекс Португалии // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сб. нормативных актов: гражданские и торговые кодексы : учеб. пособие для юрид. спец. вузов / [вступ. статьи М. И. Кулагина и др.]. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1986. – 384 с. – (Министерство высшего и среднего специального образования СССР).

37. Гражданское и семейное право развивающихся стран : учеб. пособие для вузов по спец. «Правоведение» / [В. В. Безбах и др.]. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1989. – 205, [2] с. – (Государственный комитет СССР по народному образованию).

38. Гражданское и торговое право капиталистических государств : [учебник для вузов по спец. «Международное право»] : в 2 ч. / Р. Л. Нарышкина, Ю. И. Свядосц, В. В. Зайцева, Е. А. Васильев. – М. : Международные отношения, 1984. – Ч. 2. – 304 с.

Ч. 1. – 1983. – 286 с.

39. Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сб. нормативных актов: гражданские и торговые кодексы : учеб. пособие для юрид. спец. вузов / [вступ. статьи М. И. Кулагина и др.]. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1986. – 384 с. – (Министерство высшего и среднего специального образования СССР).

40. Гурова Т. В. Источники российского права : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Правоведение» / Т. В. Гурова. – Саратов, 1998. – 23 с.

41. Демин А. В. Теория государства и права : курс лекцій / Демин А. В. Москва, 2001. – Джерело : Електронна бібліотека юридичної літератури [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravoznavec.com.ua/books/165/12018/17/43> kb.

42. Денисов В. Н. Системы права развивающихся стран / Денисов В. Н. – К. : Вища школа, 1978. – 324 с.

43. Денисов С. А. Теория государства и права : конспект авторских лекций / С. А. Денисов, П. П. Смирнов. – Тюмень : Изд-во Тюменского гос. ун-та, 2000. – 214 с.

44. Деякі теологічні проблеми юриспруденції : навч. видання / [Огородников А. П., Кириченко С. А., Ланцедова Ю. О., Ткач Ю. Д.]. – Миколаїв : МДГУ імені Петра Могили, 2006. – 152 с.

45. Джиффорд Д. Дж. Правовая система Австралии / Д. Дж. Джиффорд, К. Х. Джиффорд ; [пер. с англ. ; под общ. ред. и с предисл. Ф. М. Решетникова]. – М. : Юрид. лит., 1988. – 340, [1] с.

46. Дмитрієв А. І. Міжнародне публічне право : навч. посібник / А. І. Дмитрієв, В. І. Муравйов. – К. : Юрінком Інтер, 2000. – 560 с.

47. Думанов Х. М. К уточнению понятия «обычное право» / Х. М. Думанов, Я. С. Смирнова // Восток. Афро-Азиатские общества: история и современность. – Нальчик, 2000. – № 1. – С. 32–39.

48. Думанов Х. М. Мононорматика и начальное право / Х. М. Думанов, А. И. Першиц // Государство и право. – 2000. – № 1. – С. 98–103.

49. Дусаев Р. Н. Основные правовые системы современности : учеб. пособие по теории государства и права / Р. Н. Дусаев. – Петрозаводск : Петрозаводский гос. ун-т, 1999. – Источник: [Федеральный правовой портал «Юридическая Россия»](http://window.edu.ru/window/library?p_rid=24538) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://window.edu.ru/window/library?p_rid=24538

50. Еремин В. Н. К вопросу о типологической характеристике современного японского права / В. Н. Еремин // Советское государство и право. – 1977. – № 3. – С. 98 – 112.

51. Жакье Бернар. Международные отношения : в 2 т. / Бернар Жакье ; [пер. с франц. Э. Н. Панина]. – Гренобль : Пресс Университэр де Гренобль, 1993 – Т. 1. – 173 с.

Т. 2: Современные международные отношения. – 1993. – 137 с.

52. Зайчук О. В. Правовая система США / Зайчук О. В. – К. : Наукова думка, 1992. – 128 с.

53. Захожая А. Н. Правовое положение зарегистрированных племен / А. Н. Захожая // Правовое положение национальных отношений. – М. : Наука, 1980. – С. 28 – 37.

54. Зивс С. Л. Источники права / Зивс С. Л. – М. : Наука, 1981. – 239 с.

55. Зивс С. Л. Развитие формы права в современных империалистических государствах / Зивс С. Л. – М. : Изд-во АН СССР, 1960. – 215 с.

56. Зумбулидзе Роз-Мари Зурабовна. Обычное право как источник гражданского права / Р.-М. З. Зумбулидзе– СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. – 382 с.

57. Зыкин И. С. Обычаи в международной торговле : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Зыкин И. С. – М. , 1979. – 236 с.
58. Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: Понятие, применение, формирование, применимое право, типовые контракты / Зыкин И. С. – М. : Международные отношения, 1983. – 158 с.
59. Инако Цунэо. Право и политика современного Китая. 1949–1975 г.г. / Инако Цунэо ; [пер. с японского В. В. Батуренко, Е. Г. Пашенко ; под ред. Л. М. Гудошниковой, В. И. Прокопова]. – М. : Прогресс, 1978. – 295 с.
60. Ионова А. И. Ислам в Юго-Восточной Азии: проблемы современной идейной эволюции / Ионова А. И. – М. : Наука, 1981. – 264 с.
61. Иоффе О. С. Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. – М. : Госюриздат, 1961. – 380 с.
62. История государства и права зарубежных стран : в 2 т. / [под ред. П. Н. Галанзы]. – М. : Юрид. лит., 1963– Т.2 . – 488 с.
Т. 1. – 1963. – 599 с.
63. Кабир Х. Культура Индии / Х. Кабир ; [пер. с англ.]. – М. : Изд-во восточной лит., 1963. – 168 с.
64. Кант Иммануил. Критика практического разума / Иммануил Кант. - [Издание третье, стереотипное]. – СПб. : 2007. – 528 с.
65. Карасевич П. Л. Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии / Карасевич П. Л. – М. : Тип. А. И. Мамонтова и К^о, 1875. – 488 с.
66. Кашнина Т. В. Происхождение государства и права : учеб. пособие / Кашнина Т. В. – М. : Высшая школа; ГУП Смол. обл. тип. им. В. И. Смирнова, 2004. – 325 с.
67. Керимов Д. А. Методология права : предмет, функции, проблемы философии права / Керимов Д. А. – [4-е изд.]. – М. : Изд-во СГУ, 2008. – 520 с.
68. Кечекьян С. Ф. О понятии источника права / С. Ф. Кечекьян // Ученые записки МГУ: Труды юридического факультета. – М. : МГУ, 1946. – Вып. 116. – Кн. 2. – С. 3–25.

69. Колер Йозеф. Введение в науку права : краткий курс правоведения / И. Колер ; [пер. с нем. В. А. Гольденберга ; под ред. С. Ф. Платонова]. – СПб. : Вестник права, 1903. – 261, [4] с.
70. Колесников В. В. Источники права США в американских правовых учениях (1945–1990 годы) : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / В. В. Колесников. – К., 1991. – 26 с.
71. Комаров С. А. Общая теория государства и права : курс лекций / Комаров С. А. – [2-е изд.]. – М. : Манускрипт, 1996. – 312 с.
72. Конституционное право развивающихся стран: Предмет, наука, источники / [Грацианский П. С., Муромцев Г. И., Рябов С. В. и др.] ; редкол.: В. Е. Чиркин (отв. ред.) и др. – М. : Наука, 1987. – 284, [2] с. – (АН СССР, Ин-т государства и права).
73. Сапронова М. А. Конституция Арабской Республики Египет / М. А. Сапронова // Государственный строй и конституции арабских республик. – М. : Муравей, 2003. – 327 с. – (МГИМО(У) МИД РФ).
74. Коран / [пер. смыслов и комментарии Эльмира Кулиева]. – [5-е изд., стер.]. – М. : Умма, сор.; Можайск (Моск. обл.) : Можайский полиграфкомбинат, 2008. – 814 с.
75. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов // [Сочинения прив.-доц. С.-Петербур. ун-та Н. Коркунова]. – [2-е изд.]. – СПб. : А. Ф. Цинзерлинг, 1890. – 319 с.
76. Котюк В. О. Теорія права / Котюк В. О. – К. : Вентурі, 1996. – 208 с.
77. Крашенинникова Н. А. Индусское право: история и современность / Н. А. Крашенинникова ; [предисл. О. Жидкова]. – М. : Изд-во МГУ, 1984. – 192 с.
78. Крашенинникова Н. А. Обычай в праве развивающихся стран (на примере Индии) / Н. А. Крашенинникова // Вестник МГУ. – 1984. – № 2. – С. 27 – 56.

79. Кросс Руперт. Прецедент в английском праве / Руперт Кросс ; [пер. с англ. ; под общ. ред. Ф. М. Решетникова ; предисл. Ф. М. Решетникова, Т. В. Апаровой]. – М. : Юрид. лит., 1985. – 238 с.

80. Крюковский В. Я. Учебник законоведения для гимназий, реальных и химико-технических училищ : курс 7 и 8 кл. гимназий / В. Я. Крюковский, Н. Н. Товстолес. – [7-е изд., испр. и доп.]. – Вильна : Тип. Штаба Виленск. воен. окр., 1911. – 280, [2] с.

81. Куббель Л. Е. Очерки потестарно-политической этнографии / Куббель Л. Е. – М. : Наука, Гл. ред. вост. лит., 1988. – 272 с. – (АН СССР, Ин-т этнографии им. Н. Н. Миклухо-Маклая).

82. Кудрявцев В. Н. Юридические нормы и фактическое поведение / В. Н. Кудрявцев // Сов. государство и право. – 1980. – № 2. – С. 12 – 28.

83. Кудрявцев М. К. Кастовая система в Индии / Кудрявцев М. К. – М. : Наука: Изд. фирма «Вост. лит.», 1992. – 262, [2] с. – (РАН, Музей антропологии и этнографии им. Петра Великого).

84. Курс международного права : в 7 т. / [редкол.: В. Н. Кудрявцев (гл. ред.) и др.]. – М. : Наука, 1993. – Т. 7. – 325 [1] с.

Т. 2. – М. : АН СССР, Ин-т государства и права, 1989. – 23 [1] с.

85. Куценков А. А. Эволюция индийской касты / Куценков А. А. – М. : Наука, 1983. – 325 с.

86. Кушинська Л. А. Звичаєве право та його еволюція у східнослов'янському суспільстві (VI – XI ст.) : монографія / Кушинська Л. А. – К. : Вид-во НПУ імені м. П. Драгоманова, 2008. – 142 с.

87. Ладыженский А. М. Методы этнологического изучения права / А. М. Ладыженский // Этнографическое обозрение. – 1995. – № 4. – С. 156–168.

88. Лазарев В. В. Теория государства и права : учебник для вузов / В. В. Лазарев, С. В. Липень. – [3-е изд., испр. и доп.]. – М. : Спарк, ОАО Ярослав. полигр. комб., 2004. – 527, [1] с.

89. Лейст О. Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права / Лейст О. Э. – М. : Зерцало-М, 2002. – 279 с. – (Юрид. фак-т Московского гос. ун-та им. М. В. Ломоносова).

90. Ломакина Т. Б. Этническое обычное право: теоретико-правовой аспект : автореф. дис. на соискание учен. степени доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Правоведение» / Т. Б. Ломакина. – СПб., 2005. – 45 с.

91. Лукашук И. И. Источники международного права / Лукашук И. И. – М. : Международные отношения, 1966. – 125 с.

92. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : учебник для юрид. фак. и вузов / Лукашук И. И. – М. : Бек, 1997. – 367 с. – (РАН, Ин-т государства и права, Акад. правовой ун-т).

93. Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России : учеб.-практ. пособие / Лукашук И. И. – М. : Спарк, 1997. – 89, [1] с. – (РАН, Ин-т государства и права, Акад. правовой ун-т).

94. Луць Л. А. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти) / Луць Л. А. – К. : Ін-т держави та права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. – 304 с.

95. Лучин В. О. Указы Президента РФ: Основ. соц. и правовые характеристики / В. О. Лучин, А. В. Мазуров. – М. : ЮНИТИ: Закон и право, 2000. – 302, [1] с.

96. Марочкин С. Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.01 / Марочкин С.Ю. – Екатеринбург, 1998. – 44 с.

97. Мартенсон-Гнидкин А. Государственное опровержение лжеучений об обычном праве и правовом отношении в доказательство ненаучности так называемого обществоведения / А. Мартенсон-Гнидкин. – М. : Тип. А. И. Мамонтова и К^о, 1906. – 120 с.

98. Мартенсон-Гнидкин А. Что такое так называемое право и наука о нем: правоведение или юриспруденция / А. Мартенсон-Гнидкин. – М. : Тип. А. И. Мамонтова и К^о, 1890. – 180, [2] с.

99. Марченко М. Н. Источники права / Марченко М. Н. – М. : Проспект, 2008. – 760 с.

100. Марченко М. Н. Источники права : учеб. пособие для студ. вузов, обучающихся по спец. 02.11.00 «Юриспруденция» / Марченко М. Н. – М. : Проспект, 2005. – 759 с. – (Юрид. фак-т Московского гос. ун-та им. М. В. Ломоносова).

101. Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения : учеб. пособие для студ. вузов, обучающихся по спец. «Юриспруденция» / Марченко М. Н. – М. : Городец, 1-я Обр. тип., 2002. – 1087 с. – (Московский гос. ун-т им. М. В. Ломоносова).

102. Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. Общая часть : учебник для юрид. вузов / Марченко М. Н. – М. : Зерцало, 2001. – 551 с. – (Юрид. фак-т Московского гос. ун-та им. М. В. Ломоносова).

103. Матузов Н. И. Теория государства и права : учебник для студ. вузов, обучающихся по направлению и спец. «Юриспруденция» / Н. И. Матузов, А. В. Малько. – М. : Юристъ, 2001. – 511 с.; ил. – (Саратовский филиал Ин-та государства и права РАН).

104. Международное право : учебник для вузов по спец. «Правоведение» / [Г. И. Тункин, Д. И. Фельдман, И. И. Лукашук и др.] ; отв. ред. Г. И. Тункин. – М. : Юрид. лит., 1982. – 566 с.

105. Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер // Чтения Д. И. Мейера / [под ред. А. Вицина]. – [7-е изд., с испр.]. – СПб. : Тип. Д. В. Чичинадзе, 1897. – 803 с.

106. Мелешников А. В. Оговоры и отсылки международного и российского законодательства / А. В. Мелешников // Проблемы юридической техники : сб. статей / [под ред. В. М. Баранова]. – Н. Новгород, 2000. – С. 425–440.

107. Менахем Элон. Еврейское право = Jewish Law: Jewish Law / Менахем Элон ; [пер. с иврита А. Белова (Элинсона), Китросской ; под общ. ред. И. Ю. Козлихина]. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 609 с.

108. Мишина И. Д. Нравственные ценности в праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Мишина И. Д. – Екатеринбург, 1999. – 197 с.

109. Місевич С. В. Релігійно-правові системи: компаративістський аспект / С. В. Місевич // Порівняльне правознавство: сучасний стан та перспективи розвитку : зб. наук. статей / [за ред. Ю. С. Шемшученка, О. В. Кресіна]. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2006.

110. Монтескье Ш. О духе законов / Ш. Монтескье // История политических и правовых учений : хрестоматия. Ч. 1 / состав. и ред.: Г. Г. Демиденко, Г. А. Борисов. – Белгород : Везелица, 1999. – С. 238–294.

111. Морандьер Л. Ж. Гражданское право Франции / Л. Ж. Морандьер ; [пер с франц. Е. А. Флейшиц]. – М. : ИЛ, 1958. – 742 с.

112. Мосс Марсель. Общество. Обмен. Личность : Труды по социальной антропологии / Мосс Марсель ; [пер с франц.]. – М. : Издательская фирма «Восточная литература» РАН, 1996. – 360 с.

113. Муравский В. А. Санкционированные источники Российского права / Муравский В. А. – Екатеринбург : Уральская гос. юрид. академия, 1993. – 78 с.

114. Муромцев Г. И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции / Муромцев Г. И. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1987. – 148, [3] с.

115. Муромцев Г. И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки. Система и влияние традиции : монография / Г. И. Муромцев ; [отв. ред. О. А. Жидков]. – М. : Изд-во УДН, 1987. – 152 с.

116. Муромцев Г. И. О некоторых особенностях традиционного права в развивающихся странах Азии и Африки / Г. И. Муромцев // Государство и право. – 1989. – № 6. – С. 89–105.

117. Мэн Г. С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям / Г. С. Мэн ; [пер. Н. Белозерской с 4-го англ. изд.]. – СПб. : Д. Е. Кожанчиков, 1873. – 312 с.

118. Нашиц А. М. Правотворчество. Теория и законодательная техника / Нашиц А. М. – М. : Прогресс, 1974. – 256 с.
119. Нерсесянц В. С. Право и закон: Из истории правовых учений / Нерсесянц В. С. – М. : Наука, 1983. – 366 с.
120. Нижичек В. И. Советское право в системе нормативного регулирования социалистических общественных отношений / Нижичек В. И. – Иркутск : Кн. изд-во, 1973. – 215 с.
121. Новгородцев П. И. Историческая школа юристов: для использ. в учеб. процессе со студ. вузов, обучающимися по юрид. спец. / Новгородцев П. И. – СПб. : Лань, 1999. – 188, [1] с. – (МВД России. С.-Петербург. ун-т.).
122. Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. / [Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – К. : Аконіт, 1999. – Т. 4. – 941 с.
Т. 2. – 1998. – 884 с.
123. Норбер Р. Юридическая антропология : учебник для вузов / Рулан Норбер ; [пер. с франц. Л. П. Данченко и др. ; отв. ред. и авт. предисл. к рус. изд. В. С. Нерсесянц]. – М. : НОРМА, 2000. – 301 с.
124. Нормы советского права: Проблемы теории / [Бабаев В. К., Байтин М. И., Баранов В. М. и др.] ; под ред. М. И. Байтина, В. К. Бабаева. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1987. – 248 с.
125. Оборотов Ю. М. Традиції та новації в правовому розвитку: загальнотеоретичні аспекти : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Ю. М. Оборотов. – Одеса, 2003. – 27 с.
126. Общая теория государства и права: Академический курс : в 3 т. / [Бабурин С. Н., Байтин М. И., Бережнов А. Г. и др.] ; отв. ред. М. Н. Марченко. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Зерцало-М, 2000. – Т. 3. – 528 с.
Т. 2. – 2001. – 528 с.

127. Общая теория права и государства : учебник для юрид. вузов / [Афанасьев В. С., Братко А. Г., Герасимов А. П. и др.] ; под ред. В. В. Лазарева. – М. : Юрист, 1994. – 367 с.

128. Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики / [отв. ред.: Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов]. – Ростов-на-Дону : СКАГС, 1999. – 367 с.

129. Обычное право народов Сибири (Буряты, якуты, эвенки, алтайцы, шорцы) : сборник / [сост. и авт. коммент. В. В. Карлов ; под ред. Ю. И. Семенова]. – М. : Старый сад, 1997. – 396 с. – (РАН, Центр по изучению межнац. отношений Ин-та этнологии и антропологии им. Н. Н. Миклухо-Маклая).

130. Онищенко Н. Н. Становление и развитие советского права на Украине / Н. Н. Онищенко ; [отв. ред. Н. И. Козюбра]. – К. : Наукова думка, 1988. – 112 с.

131. Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах и определениях: Общая и особенная части / К. Осакве. – М. : Дело, 1999. – 256 с.

132. Основные принципы международного права / [Игнатенко Г. В., Карташкин В. А., Клименко Б. М. и др.] ; отв. ред. И. И. Лукашук. – М. : Наука, 1989. – 238, [1] с.

133. Павлов-Сильванский Н. Н. Программа по изучению правового быта и правовых обычаев / Павлов-Сильванский Н. Н. – М. : Т-во скоропеч. А. А. Левенсон, 1927. – 596 с.

134. Пархоменко Н. М. Джерела права : проблеми теорії та методології : монографія / Н. М. Пархоменко. – К. : ТОВ «Видавництво “Юридична думка”», 2008. – 336 с.

135. Пархоменко Н. М. «Правова форма» та «форма права»: основні аспекти співвідношення / Н. М. Пархоменко // Держава і право. – 2007. – № 34. – С. 13–17.

136. Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии / А. И. Першиц // Исследования по общей этнографии. – М. : Изд-во Ин-та этнологии и антропологии РАН, 1979. – С. 125–132.
137. Попов Н. Ю. Источники итальянского права / Н. Ю. Попов // Сов. государство и право. – 1983. – № 10. – С. 130–142.
138. Попов Н. Ю. Правовая система Италии : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук. : спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Н. Ю. Попов. – М, 1984. – 21 с.
139. Порівняльне правознавство : навч. посібник / [Погрібний О. О., Погрібний І. М., Волошенюк О. В. та ін.] ; за заг. ред. О. Н. Ярмиша. – Харків : Вид-во Харківського нац. ун-ту внутр. справ, 2006.– 296 с.
140. Правовий звичай як джерело українського права (IX–XIX ст.) / [за ред. І. Б. Усенка]. – К. : Наукова думка, 2006. – 280 с.
141. Правовые системы стран мира : энцикл. справочник / [отв. ред. А. Я. Сухарев]. – [3-е изд., перераб. и доп.]. – М. : НОРМА, ОАО Можайский полигр. комб., 2003. – 967 с.
142. Правовые системы стран мира : энцикл. справочник / [отв. ред. А. Я. Сухарев]. – М. : Норма: Норма-Инфра М, 2000. – 832, [1] с.
143. Проблемы общей теории права и государства / [под ред. В. С. Нерсесянца]. – М. : Норма, 1999. – 552 с.
144. Проблемы общей теории права и государства : учебник для юрид. вузов / [Варламова Н. В., Лазарев В. В., Лапаева В. В. и др.] ; под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М. : Изд. группа НОРМА-ИНФРА, 1999. – 813 с.
145. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави / Рабінович П. М. – К. : Атіка, 2001. – 176 с.
146. Разумович Н. Н. Источники и формы права / Н. Н. Разумович // Советское государство и право. – 1988. – № 3. – С. 20–27.

147. Регельсберг Ф. Общее учение о праве / Ф. Регельсбергер ; [пер. И. А. Базанова ; под ред. Ю. С. Гамбарова]. – М. : Т-во И. Д. Сытина, 1897. – 296 с.
148. Регламент Верховної Ради України: від 19.09.2008 р., № 547-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2009. – № 1–2, 3–4. – Ст.1.
149. Рене Давид. Основные правовые системы современности / Давид Рене, Камилла Жоффре-Спинози ; [пер. с франц. В. А. Туманова]. – М. : Международные отношения, 1998. – 398, [1] с.
150. Решетников Ф. М. Вступительная статья / Ф. М. Решетников, Т. В. Апарова // Прецедент в английском праве / [пер. с англ. ; под общ. ред. Ф. М. Решетникова]. – М. : Юрид. лит., 1985. – 238 с.
151. Решетникова И. В. Доказательное право Англии и США / Решетникова И. В. – Екатеринбург : Изд-во Уральской гос. юрид. акад., 1997. – 237, [2] с.
152. Ровный В. В. Обычай в частном праве : науч. издание / Ровный В. В. – Иркутск : Иркутский ун-т, 2004. – 76 с.
153. Романов А. К. Правовая система Англии : учеб. пособие / Романов А. К. – [2-е изд., испр.]. – М. : Акад. нар. хоз-ва при Правительстве РФ: Дело, 2002. – 342, [1] с.
154. Рябко А. И. Актуальные проблемы онтологии форм права / А. И. Рябко, О. Н. Василенко // Философия права. – 2000. – № 2. – С. 59 – 120.
155. Рябко А. И. Правосудие и формы права: проблемы взаимной эволюции : монография / А. И. Рябко, О. Н. Василенко. – СПб. : Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 2001. – 114 с.
156. Савчин М. В. Порівняльне правознавство. Загальна частина : навч. посібник / Савчин М. В. – К. : Центр навч. літ., 2005. – 288 с.
157. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности : учебник / А. Х. Саидов ; [под ред. В. А. Туманова]. – [2-е изд., доп. и перераб.]. – М. : Юристъ, 2007. – 509 с.

158. Свечникова Л. Т. Понятие обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридических и этнологических наук) / Л. Т. Свечникова // Государство и право. – 1998. – № 9. – С. 38–43.

159. Святовцев О. А. Проблемы королевской власти в трактате Генри Брактона «О законах и обычаях Англии» / О. А. Святовцев // Правоведение. – 1997. – № 4. – С. 41–46.

160. Семенов Ю. И. Обычное право в доклассовом обществе: Возникновение, сущность и эволюция / Ю. И. Семенов // Обычное право народов Сибири (буряты, якуты, эвенки, алтайцы, шорцы). – М. : Старый сад, 1997. – С. 9–46.

161. Семенов Ю. И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право / Ю. И. Семенов // Этнографическое обозрение. – М. : ИЭА РАН. – 1997. – № 4. – С. 6 – 15.

162. Семенов Ю. И. Место обычного права среди форм общественной воли в доклассовом обществе / Ю. И. Семенов // Обычное право и правовой плюрализм : материалы XI Междунар. конгр. по обыч. праву и правовому плюрализму (Москва, август 1997 г.) / отв. ред.: Н. И. Новикова, В. А. Тишков. – М. : Ин-т этнологии и антропологии РАН, 1999. – С. 19 – 89.

163. Серия «Проблемы государства и права за рубежом» / АН СССР, Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII конгр. Междунар. ассоц. правовой и социал. философии (Токио, 1987 г.): сб. пер. / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович. – М. : ИНИОН, 1987. – Вып. 1. – С. 10–57.

164. Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права : Сочинения / В. И. Сергеевич /. – [4-е изд., доп. и поправ.]. – СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1910. – 667 с.

165. Сімейний кодекс України: від 10.01.2002 р., № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.

166. Сеницына И. Е. В мире обычая / Сеницына И. Е. – М. : Вост. лит., 1997. – 143, [1] с. – (РАН. Ин-т Африки).

167. Сеницына И. Е. Обычай и обычное право в Современной Африке / Сеницына И. Е. – М. : Наука, 1978. – 310 с.

168. Сеницына И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке: История изучения. Кодексы обычного права / Сеницына И. Е. – М. : Наука; ГРВЛ, 1978. – 285 с.

169. Синюков В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию / Синюков В. Н. – Саратов : Полиграфист, 1994. – 496 с.

170. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / О. Ф. Скакун ; [пер. з рос.]. – Харків : Консум, 2001. – 656 с.

171. Скакун О. Ф. Теория государства и права : учебник / Скакун О. Ф. – Харьков : Консум, 2000. – 704 с.

172. Словарь юридических и государственных наук : в 2 т. / [авт. кол.: Александренко В. Н., Барац С. М., Вальденберг В. Э., Грабарь В. Э. и др.] ; под ред. А. Ф. Волкова, Ю. Д. Филипова. – Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1906. – Т. 2. – 783 с.

Т. 1. – Выпуск 1–3. – 1439 с.

173. Спиридонов Л. И. Теория государства и права : учебник / Спиридонов Л. И. – М. : Б. И., 1995. – 300, [1] с.

174. Субхи Махмасани. Философия права в исламе / Махмасани Субхи ; [на араб. языке]. – Бейрут, 1952. – 417 с.

175. Супатаев М. А. Право в современной Африке (основные черты и тенденции развития) / Супатаев М. А. – М. : Наука, 1989. – 175 с. – (АН СССР, Ин-т государства и права).

176. Супатаев М. А. Правовой обычай как источник права в развивающихся странах / М. А. Супатаев // Источники права. – М. : Наука, 1985. – С. 47–63.

177. Сырых В. М. Теория государства и права : учебник / Сырых В. М. – М. : Юстицинформ, 2001. – 591 с.

178. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право : Вопросы теории и практики / Сюкияйнен Л. Р. – М. : Наука, 1986. – 254, [2] с. – (АН СССР, Ин-т государства и права).

179. Сюкияйнен Л. Р. Шариат и мусульманско-правовая культура / Л. Р. Сюкияйнен ; [отв. ред. Б. Н. Топорнин]. – М. : ИГиП РАН, 1997. – 46 с.

180. Сюкияйнен Л. Р. Шариат: религия, нравственность, право / Л. Р. Сюкияйнен // Государство и право. – 1996. – № 8. – С. 120 – 128.

181. Талалаев А. Н. Общепризнанные принципы и нормы международного права (конституционное закрепление термина) / А. Н. Талалаев // Вестник Московского университета. – Серия 11. – 1997. – № 3. – С. 50 – 83.

182. Талалаев А. Н. Соотношение международного и внутригосударственного права в Конституции Российской Федерации / А. Н. Талалаев // Журнал международного права. – 1994. – № 4. – С. 4–35.

183. Теория государства и права : учебник для студ. вузов, обучающихся по спец. «Юриспруденция» / [Бабаев В. К., Баранов В. М., Витрук Н. В. и др.] ; под ред. В. К. Бабаева. – М. : Юристъ, 1999. – 591 с.

184. Теория государства и права в 2 т. / под ред. А. Б. Венгерова. – М. : Юрист, 1996. – т.2. – 152 с.

Т. 1. – Ч. 2: Теория права. – 1996. – 536 с.

185. Теория государства и права : учебник / [под ред. М. М. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева]. – М. : ЮНИТИ, 2000. – 640 с.

186. Теория права и государства : учебник для студ. и аспирантов юрид. вузов и фак-тов / [Боботов С. В., Варламова Н. В., Лазарев В. В. и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. Г. Н. Манов. – М. : Бек, 1995. – 323 с.

187. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / [за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко]. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

188. Тибо Мохалерое Эдвин. Брак и семья по обычному праву Лесото : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Правоведение» / Эдвин Мохалерое Тибо. – М., 1984. – 19 с.

189. Титарчук О. А. Звичай і право (Питання взаємозв'язку і взаємодії) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / О. А. Титарчук. – Харків, 1995 – 15 с.

190. Тиунов О. И. Непосредственное применение Конституции и международного права в практике Конституционного суда / О. И. Тиунов // Правовая реформа в России: проблемы теории и практики : материалы Всероссийской научно-практ. конф. (Екатеринбург, 18–19 апреля 1996 г.). – Екатеринбург : Изд-во УрГЮА, 1996. – С. 15 – 35.

191. Тихонравов Ю. В. Основы философии права : учеб. пособие / Тихонравов Ю. В. – М. : Вестник, 1997. – 604 с.

192. Ткаченко В. Д. Порівняльне правознавство : підручник для студ. юрид. спец. вищих навч. закладів / Ткаченко В. Д., Погребняк С. П., Лук'янов В. Д. ; [за ред. В. Д. Ткаченка]. – Харків : Право, 2003. – 274 с.

193. Токарев Б. Я. Советское право и обычаи в их связи и развитии : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Правоведение» / Б. Я. Токарев. – Саратов, 1970. – 22 с.

194. Толстик В. А. Общеизвестные принципы и нормы международного права в правовой системе России / В. А. Толстик // Журнал Российского права. – 2000. – № 8. – С. 61 – 82.

195. Томсин В. А. Источники британского «колониального права» в Тропической Африке (нач. XIX – сер. XX вв.) : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : 12.00.01 «Правоведение» / В. А. Томсин. – М., 1981. – 27 с.

196. Торговый кодекс Испании Франции // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран : сб. нормат. актов: гражд. и торг. кодексы : учеб. пособие для юрид. спец. вузов / [вступ. статьи М. И. Кулагина и др.]. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1986. – 384 с. – (Министерство высшего и среднего специального образования СССР).

197. Торговый кодекс Франции // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран : сб. нормат. актов: гражд. и торг. кодексы : учеб. пособие для юрид. спец. вузов / [вступ. статьи М. И. Кулагина и др.]. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1986. – 384 с. – (Министерство высшего и среднего специального образования СССР).

198. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права : для использ. в учеб. процессе со студ. вузов, обучающимися по юрид. спец. / Трубецкой Е. Н. – СПб. : Лань: Сев.-Зап. акад. гос. службы, 1998. – 217 с. – (МВД России. С.-Петерб. ун-т).

199. Тузмухамедов Р. А. Фольклорное право (очерки теории и практики неписаного права) : в 2 т. / Р. А. Тузмухамедов ; [под ред. А. Д. Рентелн и А. Дандес]. Н.-Й. и Л. : Гарланд паблишинг инкорпорэйтид, // Государство и право. – 1995. – № 11. – С. 157–159.

200. Уолкер Рональд. Английская судебная система / Рональд Уолкер ; [пер. с англ. ; предисл. Ф. М. Решетникова = The English legal system / R. J. Walker (London, 1976). – М. : Юрид. лит., 1980. – 631 с.

201. Фердросс А. Международное право / А. Фердросс, Р. Нарышкин ; [пер. с немец. Ф. А. Кублицкого, Р. Л. Нарышкина ; под ред. Г. И. Тункина (предисл.)]. – М. : Иностранная лит., 1959. – 652 с.

202. Филиппов А. Н. Учебник истории русского права : пособие к лекциям / Филиппов А. Н. – Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1912. – 795 с.

203. Фуллер Л. Л. Анатомія права / Л. Л. Фуллер ; [пер. з англ.]. – К. : Сфера, 1999. – 232 с.

204. Халдун Ибн. Введение (фрагменты) / Ибн Халдун // Избранные произведения мыслителей стран Ближнего и Среднего Востока IX–XIV вв. / [составит.: С. Н. Григорян, А. В. Сагадеев]. – М. : Соцэкгиз, 1961. – С. 528 – 591.

205. Хашматулла Бехруз. Исламские традиции права / Бехруз Хашматулла. – Одесса : Юрид. лит. – 294 с.

206. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, К. Кётц. – М. : Международные отношения, 1998. – Т. 2. – 512 с.

Т. 1: Основы. – 1998. – 480 с.

207. Цивільний кодекс України: від 16.01.2003 р., № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 5.

208. Черноков А. Э. Введение в сравнительное правоведение : учеб. пособие / Черноков А. Э. – [2-е изд., стер.]. – М. : ИВЭСЭП, 2007. – 207 с.

209. Черных Е. Н. Структура нормативной системы в древних обществах / Е. Н. Черных, А. Б. Венгеров // От доклассовых обществ к раннеклассовым : сб. статей / [отв. ред. Б. А. Рыбаков]. – М. : Наука, 1987. – С. 25–40. – (АН СССР, Ин-т археологии).

210. Чиркин В. Е. Государствоведение : учебник / Чиркин В. Е. – М. : Юристъ, 1999. – 398 с.

211. Шаповал В. Конституція як форма (джерело) конституційного права України (питання теорії) / В. Шаповал // Право України. – 1999. – № 6. – С. 5–18.

212. Шарцев М. Г. Некоторые особенности психологического механизма реализации в странах Тропической Африки / М. Г. Шарцев // Право и социальный прогресс в развивающихся странах : сб. науч. трудов / [отв. ред. и авт. предисл. О. А. Жидков]. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1986, 1987. – С. 65–110. – (Министерство высшего и среднего специального образования СССР).

213. Шебанов А. Ф. Форма советского права / Шебанов А. В. – М. : Юрид. лит., 1968. – 213 с.

214. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : в 2 ч. / Шершеневич Г. Ф. – М. : Юрид. колледж МГУ, Т. 1. – 1995. – 399 с.

Ч. 2 : Теория права. – 1995. – 366 с.

215. Шершеневич Г. Ф. Общее учение о праве и государстве : лекции / Шершеневич Г. Ф. – [2-е изд.]. – М. : Тип. т-ва И. Д. Сытина, 1911. – 163 с. – (Моск. о-во нар. ун-тов).

216. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Шершеневич Г. Ф. – [10-е изд.]. – М. : Бр. Башмаковы, 1912. – 952 с.

217. Шумилов В. М. Введение в правовую систему ФРГ : для студ. и слушателей, обучающихся по спец. «Юриспруденция» / Шумилов В. М. – М. : Бремен, 2001. – 139 с.

218. Этнографические исследования развития культуры : сб. статей / отв. ред. А. И. Першиц, Н. Б. Тер-Акопян. – М. : Наука, 1985. – 263 с. – (АН СССР, Ин-т этнографии им. Н. Н. Миклухо-Маклая).

219. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. – К. : Українська енциклопедія імені М. П. Бажана, 1998–2006. – Т. 6. – 786 с.

Т. 2: Д–Й. – 1999. – 744 с.

220. Asad Muhammed. The principles of State and Government in Islam / Asad Muhammed. – Berkeley and Los Angeles : Publisher: [Islamic Book Trust \(Malaysia\)](#), 1961. – 111 p.

221. Austin. Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law: (two vol., R Cambell 9ed), 4th ed. – London : John Murray [Bristol: Thoemmes Press reprint, 2002], 1879. – Vol. 1. – 1210 p.

222. Chin Kim. The Law of the Subtle Mind: The Traditional Japanese Conception of Law // International and Comparative Law Quart / Chin Kim and Craig M. – Lawson. Cambridge University Press, Jul 1979. – No. 3. – P. 491–513.

223. Cotterrell R. The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy / R. Cotterrell. – London : LexisNexis, 1989.

224. Derrett, J. Preface, Introduction to modern Hindu Law / Derrett, J, Duncan M. – Oxford U. Press, 1963. – 92 p.

225. Freeman Michael D. A. Lloyd Introduction to jurisprudence. 7th Ed. / Freeman Michael D. A. – London : Sweet & Maxwell, 2001. – 1384 p.

226. Henry Sumner Main. Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas, with an introduction and notes by Sir Frederick Pollock. (4th American from the 10th London edition) / Henry Sumner Main. – New York : Henry Holt and Co., 1906. – 355 p.

227. Ian McLeod. 3. ed. Basingstoke (Hants) / Ian McLeod. – London : Macmillan press, 1999. – 351 p.

228. Marcic Rene. Rechtsphilosophie : Eine Einfuhrung / Marcic Rene. Freiburg im Breisgau : Rombach: Rombach-Hochschul-Paperback, 1969. – 312 s.

229. Noda Y. Introduction to Japanese Law. Translated and edited by A. H. Angelo / Noda Y. University of Tokyo Press, Forest Grove, Oregon, 1984. – 383 p.

230. Satyajeet A. Desai, Mulla's. Principles of Hindu Law (17th ed.) / Satyajeet A. Desai, Mulla's. – New Delhi : Butterworths, 1998. – Vol 2.

231. The Hindu Adoption and Maintaince Act [78 of 1956, dt. 21.12.1956]. Lucknow, 1974 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://punjabrevenue.nic.in/hadoptact\(1\).htm](http://punjabrevenue.nic.in/hadoptact(1).htm). 162 kb.