ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО ЯК ФЕНОМЕН ГРОМАДСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Актуальність теми дослідження обумовлена теоретичними й практичними проблемами трансформації сучасного українського суспільства, однією з яких є проблема можливості практичного вирішення питання правової суперечності між інтересами держави та її індивідуальними і соціально - груповими суб’єктами, громадським суспільством в плані гармонізації цих інтересів, з урахуванням власного історичного досвіду, традицій, звичаїв і потреб українського суспільства. Одним із аспектів цієї проблеми є проблема звичаєвого права, оскільки в площині її розв’язання можливий пошук специфічних засобів забезпечення справедливого порядку відносин між державою з одного боку та її індивідуальними і соціально-груповими суб’єктами з іншого. Виходячи з особливостей формування та функціонування соціокультурного поля в Україні, актуалізується питання про необхідність визнання суспільних закономірностей, що знаходять свій вираз в соціальній практиці людей, в якості джерел права та чинників сприятливого функціонування соціального організму в Україні. Одним із важливих компонентів правового регулювання є звичаєве право. Тому в наш час зростаючий інтерес до проблеми звичаєвого права є закономірним.

Звичаєве право , що є первісною, давньою формою права, котра функціонує сьогодні, виявляє свої універсальні властивості, ілюструючи здібності тієї чи іншої групи людей та суспільства, в цілому, самостійно виробляти найбільш доцільні норми життєдіяльності. Функціонування звичаєвого права є одним із способів збереження національної самобутності соціуму, розвитку національного духу, характеру, формування патріотичних світоглядних орієнтацій громадян України.

Проблематика звичаєвого права і правового плюралізму сьогодні висвітлює такі аспекти правової дійсності, як спроможність суспільства визнавати і встановлювати в умовах сьогодення той чи інший обсяг прав і обов’язків, що необхідні для нормального відтворення певних видів соціальних відносин.

Актуальність звичаєвого права також зумовлюється й тим, що саме в цих матеріалах знаходять своє відображення важливі питання культурного, соціально-економічного і політичного розвитку суспільства. Адже, як регулятор поведінки людей, і через всі історичні форми життєдіяльності такі як сім’я, етнічні та соціальні групи, громадське суспільство, держава.

Звичаєве право є предметом інтенсивних наукових досліджень. Воно вивчається юристами, етнографами, філософами, істориками тощо. Міждисциплінарний аналіз звичаєвого права тільки розпочинається, залишаються нерозглянутими методологічні проблеми вивчення звичаєвого права й емпірично важливі взаємозв’язки всередині й зовні феномена звичаєвого права. Актуальність філософсько-правового аналізу звичаєвого права обумовлена недостатньою розробленістю базових понять цього феномена, розпорошеністю уявлень про його сутність ознаки та роль у суспільстві, переважанням описових досліджень звичаєвого права.

Щодо правового аспекту, то відомо, існує більше чотирьохсот вчень про право та значна кількість визначень що таке право.

Дослідники цього складного явища не можуть зійтися ні на одному з них, так як кожне інтерпретує лише сторону, частину чи окрему якість права і не охоплює сутність цього феномену в цілому. Тому важко не погодитися із думкою, що чим більше ми знаємо право, тим більше не знаємо, що це таке. Точно така ж ситуація виникає у сфері розуміння та пояснення такого явища, як звичаєве право. Про це свідчать складні і різноманітні підходи у трактуванні поняття звичаєве право, що пропанує нам сучасна загальна теорія права, які прямо залежні від типів право розуміння. Для ґрунтовного вивчення цього питання важливо знати різні точки зору, що пропонує нам, як європейська, так і українська правова думка. При цьому наукові надбання в цій галузі українських вчених достатньо вагомі. На сучасному етапі поняття отримало багатофункціональність застосування. Якщо раніше його використовували для аналізу стабілізаційних процесів у західному суспільстві, то тепер використовують при поясненні трансформацій у східних країнах, де відбувається дещо відмінне від становлення інститутів громадянського суспільства в західних країнах. Історично ідея «громадянського суспільства» походить з античних часів. У працях Цицерона і Аристотеля знаходимо уявлення про нього як про сукупність громадян, які проживають у граді або полісі. Тобто таке розуміння фактично ототожнювало державу і громадянське суспільство. У працях Н. Макіавеллі громадянське суспільство активно протиставляється державі, як структурі, що прагне підім'яти під себе життя суспільства. Із середніх віків поняття «громадянське суспільство» вирізняється крайньою неоднозначністю і різноманітністю тлумачень. Дж. Локк розглядав громадянське суспільство як форму державності, що володіє визначеним соціально-економічним і духовним змістом, у Т. Гоббса громадянське суспільство — це «союз індивідуальностей», у якому його члени набувають високих людських якостей. Ж.-Ж. Руссо називав громадянським суспільство, в якому громадяни користуються своїми правами безпосередньо, а не через представницькі інститути. Т. Пейн визначав його як галузь самореалізації приватних інтересів громадян. Для Г. Ф. В. Регеля громадянське суспільство є проміжною між сім'єю і державою формою людської спільноти, яка забезпечує життєздатність суспільства і реалізацію громадянських прав. Карл Маркс вбачав у ньому сукупність соціально-економічних відносин. У А. Токвіля громадянське суспільство - це позадержавна сфера соціуму. А. Фергюсон ототожнював його з усім суспільством у цілому. Немає одностайності в тлумаченні громадянського суспільства і серед сучасних західних дослідників. Для Д. Коли воно є синонімом політичного суспільства. М. Кризан і Л. Колаковський, навпаки, протиставляють громадянське суспільство як сферу неофіційної активності громадян політичному суспільству як сфері офіційності. Д. Хелд зараховує до громадянського суспільства поза державні сфери особистого, сімейного і ділового життя. У Е. Коєна - це сфера виключно соціальних відносин у вузькому їх розумінні, неекономічних і недержавних. Р. Дарендорф розглядає громадянське суспільство як сферу соціуму, яка відповідає вимогам сучасної цивілізації, має певний рівень цивілізованості; К. Поппер - як відкрите суспільство; В. Гавел і В. Клаус ототожнюють його з демократичним товариством. Не дивлячись на неоднозначність трактувань, можна стверджувати, що звичаєве право протягом всього періоду розвитку цивілізації залишалося феноменом громадянського суспільства. Так як, громадянське суспільство - це сукупність окремих осіб , котрі беруть активну участь у суспільстві, щоб їх думка була почута. Громадянське суспільство тісно пов'язане з концепцією загального блага і відповідає за врегулювання суспільних проблем, в тому числі правових. Цінність права, в тому числі і звичаєвого права, полягає у ствердженні дозволів, що регламентують соціальну свободу, громадянську активність людей. Воно є показником суспільного розвитку й культури людства, у тому числі національних надбань та традицій.Мета даної наукової розвідки полягає в тому, щоб проаналізувати роль звичаєвого права у визначенні його ролі і місця у розширенні праворозуміння, так як досі тривають суперечки, з приводу того, як співвідносити сучасну правову систему із цим первісним, або як ще його називають примітивним суспільним явищем. Серед сучасних дослідників цієї тематики можна виокремити І. Усенка, М. Гримич, Н. Толкачову, 0. Іваненко та ін.Звичаєве право, на думку Н. Толкачової, як феномен громадянського суспільства вивчається в певних рамках як часових так і просторових. Часовими рамками є момент виникнення звичаєвих норм і сучасний стан поширення правового звичаю як джерела права, просторовими - правові системи світу. Щодо часових то можна констатувати на важливості вивчення збірників звичаєвого права, які мають особливу наукову цінність, як матеріал на основі якого можна простежити процес юридичного розвитку людства [5, с.66]. До речі звичаєве право закріплювалось і в позитивному законодавстві, як от в Руській правді чи Литовських статутах, та існувало і діяло як загальний масив норм Запорізької Січі, при цьому виступало головним регулятором суспільних відносин. Слід зазначити, що у кожному з періодів розвитку українського права, звичай займав своє, особливе місце, так як був найбільш прийнятним і органічним для українців, порівняно із іноземним законодавством. При викладі питань, пов’язаних із співіснуванням звичаєвих, релігійних та законодавчих норм потрібно наголосити на конкретних прикладах, де звичай отримував перевагу. Тому вивчаючи історію держави і права Україна необхідно враховувати досвід набутий попередніми дослідниками звичаєвого права для формування чіткого понятійного апарату і фахового розуміння юридичних аспектів проблеми. Серед них варто згадати такого відомого вченого, як П. Чубинський , який говорив, що: «...звичай не є наслідком теорії чи запозичень - це плоть і кров народу. Народ додержується звичаїв, бо в них вбачає правду» [4, с.2]. Чубинський, чи не вперше в українській науці, довів важливість такого суспільного явища, як звичай.

Особливий інтерес в наукових колах щодо звичаєвої проблематики виникає в Україні в кінці 19 на початку 20 ст. Саме з цим періодом пов'язана діяльність таких визначних дослідників, як П. Чубинський, 0. Кістяківський, І. Лучицький, В. Антонович та ін.. Так, О. Кістяківський у своєму виступі на засіданні Київського юридичного товариства говорив, що дослідження звичаєвого права може привчити до бережного ставлення до життя народу, яке потрібно покращувати, а не ламати та до пошуку в глибинах народного духу прогресивного начала, яке ми дзоке часто шукаємо в інших [2, С.6]. Окрім того, вчений наголосив, що на відміну від того, що римське право має велику вагу для практичної юриспруденції, звичаєве право важливе для науки правознавства в широкому розумінні цього слова. Скільки дозволяли обставини життя О. Кістяківський працював над збиранням та дослідженням звичаєвого права. Одним із відомих збирачів та дослідників звичаєвого права України був В. Антонович, який займався вивченням українських історичних пісень. Вагомим у цьому дослідженні є виявлення звичаєвого елемента в державному праві українців, зокрема діяльність спільної ради, що збереглася від земського періоду до козацьких часів [З, с.2] Антонович з'ясовує витоки, розвиток та особливості звичаєвого права українців. Він прослідковує, як під впливом життєвих обставин звичаєво-правові норми виникають, змінюються та перестають існувати.

Величезну роль у становленні та розвитку звичаєвого права в Україні відіграла Комісія по вивченню звичаєвого права, створена 18 грудня 1918 року. Із доповідної записки керуючого працями Комісії М. Павлов-Сільванського від 17 березня 1919 року дізнаємося про план роботи цієї інституції на 1919 рік. Мета Комісії по вивченню звичаєвого права полягала в необхідності перемоги над юридично-формалістичним світоглядом і виході на шлях глибокого пізнання такого суспільного явища як право [1,с.2]. Цілком зрозуміло, що величезна роль у цьому пізнанні відводиться вивченню звичаєвого права. До першого складу Комісії увійшли О.І. Левицький (голова), Ф. В. Тарановський, Б. 0. Кістяківський та М. В. Птуха. Керуючим працями Комісії було затверджено М. М. Павлов-Сільванського. Перше офіційне зібрання членів Комісії відбулося 20.03.1919 р. Наприкінці березня 1919 року розпочала свою роботу і секція членів-співробітників [близько 20 осіб], в якій у 1919 р.— найбільшу активність виявили В. І. Греков, С. М. Іваницький-Василенко [секретар секції у березні - липні 1920 р.], В. А. Камінський [помічник керівника],

І. Ю. Кристаловський, М. М. Товстоліс, О. Ф. Хруцький,

І. Ю. Черкаський, О. В. Шрамков. Відповідно до Доповіді керуючого роботами Комісії М. Павлов-Сільванського головним завданням цієї інституції є наукове вивчення звичаєвого права, особливо звичаєвого права України. Крім того були виокремлені деякі завдання Комісії практичного змісту:

* зібрати бібліографічні матеріали, що відносяться до звичаєвого права України, для цього організувати пошук в книгозбірнях Києва та зробити опис книг і матеріалів по звичаєвому праву;
* влаштувати при комісії збір книг залучивши книги по звичаєвому праву з приватних колекцій та книжкових ринків;
* налагодити зв’язки з університетами України та Росії, науковими установами, правничими товариствами та приватними особами які зацікавленні у вивченні звичаєвого права;
* вжити заходів по проведенні анкети, для дослідження «живого» звичаєвого права України;
* створити при Комісії „Наукове товариство" по виучуванню звичаєвого права України із залученням до нього всіх хто цікавиться звичаєвим правом.

Комісією було визначено три напрямки по яких має вестися наукова праця:

* аналіз анкетних даних по вивченню «живого» звичаєвого права;
* вивчення законодавчих актів та архівних матеріалів з точки зору наявності в них норм звичаєвого права;
* дослідження проводити методом порівняння історичного розвитку звичаєвого права з історичним розвитком правових понять в цілому [1, С.2; 3].

Комісія запланувала скласти бібліографічний покажчик праць з питань звичаєвого права, підготувати програму дослідження архівів, матеріалів з цих питань і нагромадити максимально можливу кількість таких матеріалів.

Щодо просторових рамок феномену громадянського суспільства то роль правового звичаю, як джерела права у різних правових системах, на всіх етапах розвитку людської цивілізації вже давно є предметом дослідження багатьох зарубіжних вчених, Звичайно ж, для одних характерно применшувати його значимість, для інших - навпаки перебільшувати. Характерно, що багато звичаєвих норм отримали закріплення в цивільному законодавстві і стали змістом його норм, а як самостійному джерелу права звичаю відводять вторинну роль. Якщо звернутися до своєрідного становища звичаю в системі джерел романо- германського права, то він може тут діяти не тільки як доповнення до законів, але і крім закону. У виключних випадках і всупереч закону [10, с. 210]. Аналіз джерельної бази романо- германської правової системи свідчить про велике значення торгівельного звичаю, поряд із законодавством закріпленим у чисельних нормативних актах. При виникненні спору в сфері торгових відносин звичай має тут пріоритет над цивільним законом. Також, звичай є одним із джерел Цивільного кодексу Франції, на відзначені 200-ох річчя якого, було наголошено, що гарні цивільні закони - це найбільше благо, що можуть давати та отримувати люди, бо є джерелом звичок, запорукою процвітання, а також гарантією всякого особистого і громадського миру. Цивільний Кодекс Франції продовжує впливати на становлення та розвиток сучасного цивільного права. Те, що у розробці одного із найпрогресивніших юридичних документів епохи приймали участь найкращі юристи, і зумовило надання особливого значення у цьому документі звичаю. Так при написанні Кодексу один із членів комісії Порталіс направив всі свої зусилля на забезпечення зв'язку нового права і з старим історичним розвитком. У своїх поглядах він був близький із представниками німецької історичної школи права. Тому поряд з римським правом він відстоює положення французького звичаєвого права, він пропонував згладжувати шляхом «мирової угоди», якщо тільки це було можливо без шкоди для змісту закону. В обґрунтуванні головних принципів цивільно - правового ладу Порталіс дотримувався «витоків розуму» [7]. Автори Кодексу писали: «Ми створили, якщо можна так висловитись, злагоду між писаним правом і звичаєм у всіх випадках, коли нам виявлялось можливим примирити їх визначення або узгодити одне з одним, не завдаючи шкоди загальній справі. Корисно зберегти звичне, якщо воно не є дурним» [12, с. 383]. Сімейне і спадкове право Цивільного Кодексу зазнало особливого впливу звичаєвого права [особливо «Кутюмів м. Парижу»]. А стаття 1159 Цивільного кодексу Франції відсилає до звичаїв місцевості, якщо щось не має єдності при тлумаченні договору.

В цілому, ми можемо погодитись із М. Н. Марченком, що не потрібно уніфікувати значення правових звичаїв, як джерел цивільного права навіть всередині романо-германської правової системи, так як не можливо переносити сильні і слабкі їх сторони з одних країн на інші [8, с. 376]. Неоднозначне ставлення до звичаю дослідників, пов'язане, насамперед, із боротьбою різних напрямів у правових вченнях, зокрема позитивізму та соціологічної школи права. Якщо представники юридичного позитивізму, як вважає Р. Давид і К. Ж. Спінозі, всіляко применшували важливість цього джерела, то прихильники соціологічної школи перебільшували роль звичаю [6, С.108].

Щодо англосаксонської правової сім'ї, то переважна більшість дослідників вважає, що в основі загального права лежить звичаєве право. Незаперечним є той факт, що норми звичаєвого права замінюють в Англії норми конституції, ними регулюється порядок парламентської процедури, взаємовідносини вищих державних посадових осіб, ритуальна охорона королівського двору, етика поведінки монарха і членів його родини та інше. Звичаями і традиціями керуються присяжні засідателі, які не мають такої професійної підготовки, як судді. Так склалося, що в Англії визнається лиш юридична сила тих звичаїв, які були підтвердженні королівськими судами Саме так відбувається санкціонування і використання правових звичаїв та їх різновидів (звичаїв ділового обороту, торговельних звичаїв, звичаїв національних меншин, місцевих звичаїв) у англосаксонській правовій системі. У казуальному праві значення технічних термінів у договорах визначається звичаєм. Знання комерційного звичаю дуже часто допомагає судді при вирішенні справи, пов'язаної із зобов’язаннями, що випливають з торговельних угод. Так, деякі справи потребують при їх вирішенні обов'язкової участі присяжних, як це було за часів Генріха 1. Звичаї чітко приписують участь присяжних у певних справах. За твердженнями дослідників англійської правової системи, там застосовуються переважно конституційні звичаї та звичаї торговельного обороту.

Таким чином, визначне місце правового звичаю серед сучасних джерел 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. Поза всяким сумнівом, правовий звичай і в системі джерел цивільного права не функціонує сам по собі, а в тісному взаємозв'язку і взаємодії з іншими джерелами права.

Література

1. Доповідна записка М. Павлов-Сільванського до постійної комісії ІАН по вивченню звичаєвого права України// 1РНБ ім. В.Вернадського. - Ф. X. -Спр.1099. - Арк.2
2. Доповідь керуючого роботами Комісії по виучуванню звичаєвого права України про головні завдання комісії // ІРНБУ ім. Вернадського. - Фонд X. - Спр. 1211 1. - Арк.2, З
3. Малиновський О. Володимир Боніфатієвич Антонович, як збирач і дослідник звичаєвого права України // ІРНБ ім. В. Вернадського. - Ф.Х. -Спр.17688. - Арк.13

4.Чубинский П. Г. Несколько слов об обьічае и о значений народних сказок , пословиц и песен для криминалиста // Чернігівський листок. - 1861. - №8 // ІРНБ ім. В. Вернадського. - Х.1227.-Арк.2

1. Андрусяк Т. Оникій Малиновський про джерела історії права // Наукова спадщина академіка О. 0. Малиновського і сучасність; Матеріали Всеукраїнської конференції (4-6 грудня 2008 року) / Ред. колегія І. Б. Усенко, Т. І.Бондарук та ін. - К.:1нститут держави і права ІМ..В.М. Корецького НАН України, 2010.- С.66-74
2. Давид Р. Основньїе правовьіе системи современности / Жофре - Спинози К. - М. : «Международнне отношения», 2009. - 456 с.
3. Малий знциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона // [Елекронний ресурс]. - Режим доступу; Ьйр;//VV^VVV.іпГо1іо1іЬ.іпГо/ 5ргау/Ьгок§аи5/іпс1ех.Ьіт1.
4. Марченко М. Н. Сравнительное правоведение; учебник / М. Марченко. - М.; Проспект, 2011. - 784 с.

Правовий звичай як джерело українського права ІХ-ХІХ ст. [Текст] / [І. Б. Усенко та ін.] ; за ред. І. Б. Усенка ; Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. - К. ; Наукова думка, 2006. - 280 с.

1. Саидов А. X. Сравнительное правоведение/ А. X. Саидов. - М.: Норма, Инфра-М, 2011. - 368 с.
2. Толкачова Н. Є. Звичаєве право [Текст] : навч. посіб. для студ. ВНЗ / Н. Є. Толкачова ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. - 2.вид., перероб. і доп. - К. : ВПЦ «Київський університет», 2006. - 366 с.
3. Хрестоматія з історії держави і права зарубіжних країн. - Том II: Навч. посібник для юридичних вищих навчальних закладів і факультетів; У 2т. / за ред. Члена-кореспондента Академії В.Гончаренка. - К.; Наукова думка. - 567 с.