

1. ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА. ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ ВЧЕНЬ. ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

DOI:10.35774/app2024.01.006
УДК 340.141

Олена Козинець,

к. і. н., доцент, завідувач кафедри
правоохоронної діяльності та загальнопра-
вових дисциплін,
юридичний факультет,
Національний університет «Чернігівська
політехніка»
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4760-7550>

Дарія Федоренко,

здобувачка вищої освіти, юридичний факуль-
тет, Національний університет «Чернігів-
ська політехніка»

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ У РІЗНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ

Досліджено особливості застосування правових звичаїв у різних правових системах сучасності. Зазначено, що історично першим джерелом права був правовий звичай, процес його створення безпосередньо пов'язаний зі створенням держави. У первісному суспільстві людина діяла певним чином під впливом зовнішніх обставин, а періодичне повторення таких дій протягом тривалого часу приводило до виникнення звички діяти саме так. Проте варто пам'ятати, що безпосередньо з поступовим ускладненням суспільних відносин звичка набула характеру правила поведінки, обов'язкового для всіх членів певної соціальної групи. Зокрема, в рамках дослідження визначено, що в англосаксонській правовій системі правовий звичай відіграє важливе значення. Сьогодні таке джерело права зарубіжних країн застосовується в конституційній практиці Великобританії, Австралії та Нової Зеландії, що демонструє важливу роль правового звичаю для регулювання суспільних відносин у цій правовій системі. Визначено, що в романо-германській правовій системі правовий звичай не має такої вагомої ролі й практичного значення, як в англосаксонській. У рамках дослідження продемонстровано особливості застосування правового звичаю в цивільному праві Швейцарії.

Також у науковій статті особливу увагу приділено особливостям застосування правового звичаю в державах мусульманської правової системи. Визначено, що мусульманське право багато в чому ґрунтується на правових звичаях, а тому навіть у XXI ст. вони активно застосовуються для регулювання приватно-правових

© Олена Козинець, Дарія Федоренко, 2024

та публічно-правових відносин у таких державах, як Афганістан, Іран, Саудівська Аравія, Сирія, Судан, Пакистан тощо.

Таким чином, у рамках дослідження обґрунтовано важливість застосування правових звичаїв у сучасних умовах, оскільки нормативно-правові акти, судові прецеденти чи інші джерела права не можуть повною мірою задовольнити потреби суспільства в регулюванні суспільних відносин, а тому використання правових звичаїв закономірне та обґрунтоване.

Ключові слова: правовий звичай, англосаксонська, романо-германська, мусульманська, застосування, акт, джерела.

Kozynets O., Fedorenko D.

Features of the application of legal customs in different legal systems

This scientific article examines the peculiarities of the application of legal customs in various modern legal systems. It is noted that historically the first source of law was legal custom, the process of its creation is directly related to the creation of the state. In primitive society, a person acted in a certain way under the influence of external circumstances, and the periodic repetition of such actions over a long period led to the emergence of the habit of acting in this way. However, it should be remembered that directly with the gradual complication of social relations, the habit acquired the character of a rule of conduct, mandatory for all members of a certain social group. In particular, the research determined that legal custom plays an important role in the Anglo-Saxon legal system. Today, this source of the law of foreign countries is used in the constitutional practice of Great Britain, Australia, and New Zealand, which accordingly demonstrates the important role of legal custom in regulating social relations in this legal system. In turn, it is determined that in the Romano-Germanic legal system, legal custom does not have such a significant role and practical importance as in the Anglo-Saxon one. Within the framework of this study, the peculiarities of the application of legal custom in Swiss civil law are demonstrated.

Also, in the scientific article, special attention is paid to the peculiarities of the application of legal custom in the states of the Muslim legal system. It was determined that Muslim law is largely based on legal customs, and therefore, even in the 21st century, they are actively used to regulate private-law and public-law relations in such countries as Afghanistan, Iran, Saudi Arabia, Syria, Sudan, Pakistan, etc.

Thus, within the framework of the study, the importance of the application of legal customs in modern conditions is substantiated, since normative legal acts, court precedents or other sources of law cannot fully satisfy the needs of society in the regulation of social relations, and therefore the use of legal customs is completely natural and justified.

Keywords: legal custom, Anglo-Saxon, Romano-Germanic, Muslim, application, act, sources.

Постановка проблеми. Джерела права в сучасному світі постійно видозмінюються. Це зумовлено постійною еволюцією суспільних відносин. Саме тому законодавці в різних державах світу повинні постійно реагувати на зміни в державно-правовому житті. Але, незважаючи на постійне удосконалення системи джерел права, правовий звичай є одним із джерел, яке регулює різноманітні кола суспільних відносин.

Крім того, актуальність дослідження правового звичаю як джерела права зумовлена насамперед тим, що правовому звичаю не приділяється достатньо уваги, обмежуючись тільки його загальною характеристикою. Тому з огляду на відсутність комплексного дослідження правового звичаю в системі джерел права в порівняльно-правовому вимірі воно є дуже актуальним.

Водночас у сучасних умовах із розвитком суспільства й держави звичаєве право, зокрема правовий звичай, поступово витіснялись законами та іншими джерелами й інститутами права, перетворюючи його на другорядне джерело права. Зокрема, у поглядах деяких вчених простежується визначення ролі правового звичаю як архаїчної форми права, водночас представники соціологічної школи підкреслюють значення звичаїв і традицій у соціальному регулюванні.

Отже, все вищевикладене обумовлює потребу в дослідженні особливостей застосування правового звичаю як джерела права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правовий звичай як джерело права є предметом досліджень як вітчизняних, так і зарубіжних науковців. Зокрема, вказану проблематику досліджували В. М. Бесчастний, С. В. Бошно, А. З. Георгіца, І. Я. Заяць, А. Ю. Калінін, В. В. Кравченко, П. Ф. Мартиненко, П. М. Рабінович, О. Ф. Скакун, В. В. Сухонос, В. Л. Федоренко, В. І. Чушенко, В. М. Шаповал та ін.

Мета дослідження полягає в аналізі особливостей застосування правових звичаїв у провідних правових системах сучасності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Історично першим джерелом права був правовий звичай, процес його створення безпосередньо пов'язаний зі створенням держави. У первісному суспільстві

людина діяла певним чином під впливом зовнішніх обставин, а періодичне повторення таких дій протягом тривалого часу призводило до виникнення звички діяти так. Проте варто пам'ятати, що безпосередньо з поступовим ускладненням суспільних відносин звичка набула характеру правила поведінки, обов'язкового для всіх членів певної соціальної групи [1, с. 135]. Сьогодні звичай набуває форми правової конструкції і регулює суспільні відносини. Причому в різних правових системах сучасності його місце в системі правового регулювання різне. Тому особливо важливим постає аналіз правового звичаю в системі різних правових систем сучасності.

Насамперед варто пам'ятати, що місце правового звичаю в системі джерел права визначається залежно від ролі в правопорядку. У цьому аспекті Рене Давид виокремлює три види звичаїв:

– звичай (*secundum legem*) – зміни до закону, спрямовані на полегшення розуміння тих термінів і фраз закону чи судового рішення, які вживаються в спеціальному значенні (наприклад, зловживання правом);

– звичай (*praeter legem*) – крім закону застосовуються у разі наявності прогалин у законі;

– звичай (*contra legem*) – проти закону, якщо є суперечність між звичаєм і законом, звичай має перевагу [2, с. 190–191].

Отже, як можемо помітити, звичай оперує постійно взаємовідносинами із законом і саме відштовхуючись від цього визначається місце правового звичаю в системі джерел права.

Визначаючи місце правового звичаю в системі джерел права, необхідно зазначити, що правовий звичай має таку саму юридичну силу, як і закони та судові прецеденти, але, на відміну від них, не має офіційної письмової форми. Крім того, об'єктивно в процесі систематизації права правові звичай замінюються іншими, формалізованими джерелами. Тому сучасною тенденцією є те, що звичай поступово витісняються іншими джерелами права. Виняток можуть мати тільки держави Азії (Таїланд, Бангладеш, Індія тощо), де звичай має суттєве значення для регулювання різноманітного кола суспільних відносин.

Застосування правових звичаїв у різних правових системах також здійснюється по-різному. Розглянемо, як правові звичай застосовуються в трьох ключових сучасних правових системах: англосаксонській, романо-германській та мусульманській, оскільки саме ці три правові системи сьогодні є домінуючими.

Найбільшого поширення правові звичай набули насамперед в англомовних країнах, а також у країнах, що прийняли основи англосаксонської (англо-американської) правової системи.

Англосаксонська правова сім'я історично виникла в Англії в XI ст. Таким чином, правова сім'я загального права разом із правовою системою Англії охоплює правові системи США, Австралії, Канади, Нової Зеландії, Північної Ірландії та країн Британської Співдружності Націй. Майже третина країн світу відчула на собі вплив системи звичаєвого права [3, с. 55].

Історично першими джерелами англійського права були місцеві правові звичай, засновані на системі кругової підтримки. Ними керували місцеві муніципальні суди. До XIV ст. включно звичай були основними джерелами права, і на них могли посилатися обвинувачені в королівських судах. Звичаєве право було покладено в основу перших правових збірників англосаксонських королів VI–XI ст. – «Правда Етельберта», «Правда Альфреда», «Закони Кнута». Для них характерна система штрафів, вплив християнства на правові норми, виділення злочинів проти короля та церкви [4, с. 335]. Однак згодом основним джерелом англосаксонського права були судові прецеденти – це судові рішення щодо конкретної справи, які набували обов'язкової сили і надалі застосовувалися в аналогічних випадках.

Однак, незважаючи на витіснення правових звичаїв судовими прецедентами, вони набули важливого значення в англосаксонській правовій системі.

Роль звичаїв у конституційно-правовому регулюванні в цій правовій сім'ї залежить від історичних і національних особливостей правової системи конкретної країни. Правовий звичай є джерелом конституційного права в англомовних країнах. Звичаєво-правові норми пов'язані з функціонуванням важливих суб'єктів конституційного регулювання. Їхня дія поширюється на законодавчу та виконавчу владу. Але якщо оперувати системою права в державах загального права, фундаментальну роль у врегулюванні конституційних відносин відіграють правові прецеденти та закони. Водночас правові прецеденти мають домінуючу роль, якщо порівняти із законом.

У сучасних умовах їх здебільшого використовують у своїй діяльності парламенти Великої Британії, Австралії та Нової Зеландії, де відсутні кодифіковані конституції. Наприклад, у Великій Британії звичай у сфері відносин між вищими органами державної влади називають конституційними договорами або конвенційними нормами. Крім того, у Великій Британії загальне право охоплює норми, що визначають

зміст королівської прерогативи – набору повноважень, які формально належать монарху, але переважно їх здійснює уряд. Правові звичаї регулюють деякі питання роботи парламенту. Подібний характер мають норми, що формулюють конституційний принцип верховенства парламенту, прийняті в цій країні та деяких інших. Тому фактично правовий звичай застосовується для регулювання конституційних відносин у цих державах. Тому навіть зараз не можемо ігнорувати правовий звичай і він обіймає своє почесне місце в ієрархії джерел права Великобританії, Австралії, Нової Зеландії.

Варто зазначити, що особливе місце серед звичаїв посідають конституційні звичаї, як правило, вони мають не політичний, а обрядовий характер. Наприклад, лорд-канцлер Палати лордів Великої Британії під час зустрічей має сидіти на мішку з вовною. Такий порядок ніде письмово не обумовлюється, він ґрунтується на консенсусі (згоді) його учасників. Так, багато конституцій та інших правових джерел не містять положення про те, що уряд формується лідером політичної партії чи партійної коаліції, яка перемогла на парламентських виборах. Проте цього звичаю майже завжди дотримуються в парламентарних країнах за умов демократичного політичного режиму. Правовий звичай регулює також порядок здійснення привілеїв конституційного монарха, законодавчу процедуру тощо [5, с. 139].

Особливістю такого виду джерел конституційного права є те, що норми, що випливають зі звичаю, не можуть бути захищені в суді у разі їх порушення. Вони дотримуються лише на основі традиції і лише до тих пір, поки всі учасники конституційних відносин погоджуються з такою умовою.

Проте одна з найбільш поширених у сучасному світі – романо-германська правова система, оскільки вона сьогодні відображена в праві великої кількості європейських країн, у т. ч. й України, яка також належить до цієї правової системи.

Романо-германська правова сім'я виникла в Європі. Такий тип був створений у результаті зусиль європейських університетів, які розвивали цю правову сім'ю на основі кодифікації імператора Юстиніана, загальної для всіх та адаптували її до сучасних умов. В останні століття відбувається активне поширення цієї правової сім'ї за межі континентальної Європи [6, с. 311].

На відміну від держав англосаксонського права, в романо-германській правовій сім'ї правовий звичай не посідає значного місця, що зумовлено його роллю в системі джерел права. Тому, аналізуючи особливості джерельної бази романо-германської правової сім'ї, зазначимо, що правовий звичай є вторинною формою (джерелом) права. Звичай виступає як «доповнення до закону», сфери застосування звичаю «поза законом» і «проти закону» дуже обмежені прогресом кодифікації, навіть якщо існування такого не заперечується. Тому ми загалом погоджуємося з думками науковців про те, що роль правового звичаю в країнах романо-германського типу, в т. ч. в Україні, обмежена, а в деяких із цих країн зводиться нанівець. Як джерело права він відіграє другорядну роль у зв'язку з тим, що історично багато звичаїв вже отримали законодавче закріплення. Правовий звичай може бути лише поправкою до закону [7, с. 109]. В Україні, наприклад, правовий звичай не регулює конституційно-правові відносини. Окремі аспекти він регулює в рамках приватно-правових відносин, адже Цивільний кодекс і Кодекс торговельного мореплавства містять норми, які можуть застосовуватися з урахуванням звичаїв.

Водночас все ж таки правовий звичай наявний у континентальній правовій системі, зокрема в Швейцарії, де він має специфічні особливості. Так, наприклад, за загальним правилом, встановленим у законодавстві Швейцарії, застосування митних зборів можливе лише за наявності прогалин у законодавстві. Тому згідно зі ст. 1 Цивільного кодексу Швейцарії, якщо закон не містить необхідної норми, суддя повинен самостійно прийняти рішення відповідно до звичаєвого права, а якщо такої норми немає, діяти відповідно до правила, яке він сам встановлює так, якби він був би законодавцем.

Крім того, водночас у деяких випадках закон відсилає до звичаїв або практики. Згідно зі ст. 5 Цивільного кодексу Швейцарії, якщо закон посилається на практику або місцеві звичаї, чинне кантональне право вважається їх дійсним вираженням за умови, що не було встановлено існування відмінної практики. Водночас, якщо федеральний закон Швейцарії обумовлює застосування норм кантонального права, кантони можуть прийняти або відповідно відмовитися від положень цивільного права.

Одночасно в Швейцарії правові звичаї є джерелом і регулятором поведінки сторін договірних відносин. Так, згідно зі ст. 73 Зобов'язального закону Швейцарії, якщо зобов'язання передбачає сплату відсотків, але їх розмір не встановлений договором, законом або звичаєм, відсотки виплачуються за ставкою 5% річних. Боржник раніше встановленого строку не має права на зменшення ціни, якщо сторони не домовилися про інше або якщо інше не санкціоновано звичаєм [8, с. 91].

Отже, як ми бачимо, в Швейцарії, як і в Україні правові звичаї стосуються насамперед регулювання приватно-правових відносин і меншою мірою стосуються конституційно-правових. Але в Швейцарії, на

відміну від України, в рамках судочинства застосування звичаю можливе шляхом надання дискреційних повноважень суддям.

Серед поширених правових систем світу найбільше особливостей має мусульманська правова система. Тому важливо визначити місце правових звичаїв у системі джерел мусульманського права, оскільки саме в цій системі правові звичаї дійсно важливі для регулювання правовідносин.

Зазначимо, що мусульманська правова система виникла в процесі розпаду родового ладу і становлення феодального суспільства в Арабському халіфаті. У ній відобразилася взаємодія двох основ – релігійно-етичної та власне правової, пов'язаної з ім'ям Мухаммеда – купця з Мекки (570–632 р.), який об'єднав усі арабські племена в одну націю, створив арабську державу та побудував Іслам як його основу. Формування мусульманського права, яке часто називають терміном «фікх», зазнало сильного впливу як ісламу, так і інших стародавніх релігійних течій. Значну роль у цьому відіграло звичаєве право. Тому сьогодні мусульманське право – це сукупність підтримуваних державою релігійних, моральних і правових норм, створених на основі ісламу в трактуванні теологів і правознавців [9, с. 97].

Система мусульманського права відрізняється від інших правових систем світу, з одного боку, джерелами (формами) права, юридичною термінологією та конструкціями, забарвленими релігійними тонами, а з іншого – структурою окремих галузей, сформованих у різні часи.

Одним із специфічних джерел права мусульманських країн є правовий звичай, де він дійсно поширений, на відміну від держав старого світу.

Відразу зазначимо, що в мусульманських (Афганістан, Іран, Саудівська Аравія, Сирія, Судан, Пакистан) та деяких інших країнах (Ізраїль) джерелом права є релігійні норми, зафіксовані в положеннях священних книг (Корану, Тори, Талмуду) і які сприймаються як загальнообов'язкові та вважаються вищими за закони, прийняті парламентом. Релігійні норми здебільшого створюються поза державою, але держава санкціонує їх як правові норми.

Варто також зазначити, що в мусульманському праві, як свідчать його джерела, встановлюються не всі конкретні правила, а загальні рамки поведінки, настанови, принципи, на основі яких у будь-якій справі можуть сформулюватися рішення. Зміст і форма мусульманського права невизначені [10, с. 93].

Однак ісламські юристи вважають це позитивною рисою і можливістю застосування правового звичаю в регулюванні певного кола суспільних відносин. У невизначеності змісту норм вони вбачають можливість вирішити справу на основі загальних принципів шаріату і використовуючи різні джерела або їх комбінації. Отже, ми можемо констатувати, що у зв'язку з вищесказаним шаріат визначено в конституціях Арабської Республіки Єгипет 1971 р., Сирійської Арабської Республіки 1973 р., Ісламської Республіки Пакистан 1973 р. та Республіки Іран 1979 р., як джерело законодавства і відповідно посідає особливе місце в системі джерел права. Наприклад, у ст. 3 Конституції Сирійської Арабської Республіки від 1973 р. проголошено, що «мусульманське право є основним джерелом законодавства» [5, с. 157].

Висновки. Отже, можна узагальнити, що правові звичаї посідають важливе місце в системі джерел англосаксонського права. Правовий звичай є джерелом права в англосаксонських країнах. Їхня дія поширюється на законодавчу та виконавчу владу. Сьогодні їх найчастіше використовують у своїй діяльності парламенти Великої Британії, Австралії та Нової Зеландії. У державах, де сформувався континентальний (римсько-германський) правопорядок, роль правового звичаю в регулюванні правових відносин загалом незначна, а основним джерелом права є нормативно-правовий акт, який часто доповнює правовий звичай. Правові звичаї відіграють найбільшу роль у мусульманській правовій сім'ї. Мусульманське право – єдина ісламська система соціально-нормативного регулювання всіх сфер життя населення, що охоплює як чинні правові норми, так і релігійно-моральні постулати, на яких воно базується, а також правові звичаї. Традиційні, зовні прості «ритуальні дієства», які багаторазово повторюються, набувають особливого значення, яке справляє певний психологічний вплив на пересічного громадянина, змушуючи його поводитися особливо відповідно до приписів. Аналіз особливостей застосування правового звичаю в різних правових сім'ях сучасності доводить, що це джерело права не втратило своєї актуальності навіть у XXI ст.

Список використаних джерел

1. Мартинюк Р. С. Державне (конституційне) право зарубіжних країн. Загальна частина : навч. посіб. Острог : Вид-во Національного ун-ту «Острозька академія», 2007. 200 с.
2. David René Camille Jauffret-Spinozi. Les grands systèmes de droit contemporains. Paris: Dalloz, 2002, 553 p.
3. Бехруз Х. Порівняльне правознавство : підручник. Одеса : Фенікс, 2009. 464 с.
4. Кельман М. С. Загальна теорія держави і права : підручник. Київ : Кондор, 2006. 477 с.

5. Кириченко В. М., Куракін О. М. Порівняльне конституційне право. Навчальний посібник. Київ : Центр учбової літератури, 2012. 256 с.
6. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник ; за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 685 с.
7. Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн : підручник. Київ : АртЕк, Вища шк. 2012. 418 с.
8. Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн. Академічний курс : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 480 с.
9. Георгіца А. З. Конституційне право зарубіжних країн : навч. посібник. Чернівці : Рута, 2000. 424 с.
10. Порівняльне правознавство : підручник ; за заг. ред. О. В. Петришина Харків : Право, 2012. 272 с.

References

1. Martyniuk, R. S. (2007). *Derzhavne (konstytutsiine) parvo zarubizhnykh krayin. Zagalna chastyna: [State (constitutional) law of foreign countries. General part]*. Navchalnyi posibnyk. Ostroh: Vydavnytstvo Natsionalnogho universytetu «Ostrozka academia» [in Ukrainian]
2. David, René (2002). *Camille Jauffret-Spinosi. Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz [in French]
3. Bekhruz, Kh. (2009). *Porivnialne pravoznavstvo [Comparative jurisprudence]*: pidruchnyk. Odessa: Feniks [in Ukrainian]
4. Kelman, M. S. (2006). *Zagalna teoria derzhavy i prava [General theory of the state and law]*. Pidruchnyk. Kyiv: Kondor
5. Kyrychenko, V. M. & Kurakin, O. M. (2012). *Porivnyalne konstytutsiine pravo [Comparative constitutional law]*. Navchalnyi posibnyk. Kyiv: Tsentр uchbovoi literatury [in Ukrainian]
6. *Teoria derzhavy i prava. Akademichniy kurs [Theory of the state and law. Academic course]* (2006): Pidruchnyk. Za redaktsiieiu O.V. Zaichuka, N.M. Onishchenko. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian]
7. Shapoval, V. M. (2012). *Konstytutsiine parvo zarubizhnykh krayin [Constitutional law of foreign countries]*. Pidruchnyk. Kyiv: ArtEk, Vyscha shkola Constitutional law of foreign countries
8. Shapoval, V. M. (2008). *Konstytutsiine parvo zarubizhnykh krayin. Academic kurs [Constitutional law of foreign countries. Academic course]*: pidruchnyk. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian]
9. Heorghitsa, A. Z. (2000). *Konstytutsiine parvo zarubizhnykh krayin [Constitutional Law of Foreign Countries]*. Navchalnyi posibnyk. Chernivtsi: Ruta [in Ukrainian]
10. *Porivnialne pravoznavstvo [Comparative jurisprudence]* (2012): pidruchnyk. Za redaktsiieiu O.V. Petryshyna. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian]

Стаття надійшла до редакції 30.01.2024