

На правах рукопису

ТИТАРЧУК
ОЛЕКСАНДР АНАТОЛІЙОВИЧ

ЗВИЧАЙ І ПРАВО

(ПИТАННЯ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ І ВЗАЄМОДІЇ)

Спеціальність 12.00.01 — Теорія та історія держави і права;
історія політичних і правових
вчень; філософія права.

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

22.009
34

ЛННБ України ім.В.Стефаніка



00608082 (O)

На правах рукопису

**ТИТАРЧУК
ОЛЕКСАНДР АНАТОЛІЙОВИЧ**

ЗВИЧАЙ І ПРАВО

(ПИТАННЯ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ І ВЗАЄМОДІЇ)

**Спеціальність 12.00.01 — Теорія та історія держави і права;
історія політичних і правових
вчень; філософія права.**

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

ДВ 33.377

ЛНБ України ім. В. Стефаника



Дисертація являє собою рукопис.

Робота виконана на кафедрі теорії держави і права Національної юридичної академії України.

Науковий керівник — доктор юридичних наук, професор, академік Академії правових наук України М. В. ЦВІК

Офіційні опоненти:

1. Доктор юридичних наук, професор *П. М. Рабінювич*.
2. Кандидат юридичних наук, професор *Л. М. Малинєскулов*.

Провідна організація — Академія внутрішніх справ України.

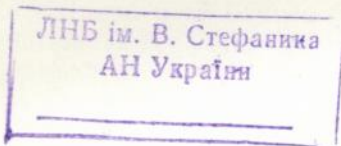
Захист відбудеться «13.11» 1995 р. о «10» год. на засіданні Спеціалізованої вченої ради Д 068.25.01 в Національній юридичній академії України (310024, м. Харків-24, вул. Пушкінська, 77, зал № 6).

З дисертацією можна ознайомитися в бібліотеці академії за адресою: м. Харків, вул. Пушкінська, 77.

Автореферат розіслано «9» 10 1995 р.

Учений секретар Спеціалізованої вченої ради
Д 068.25.01

В. Д. Гончаренко



ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ДИСЕРТАЦІЙНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

Актуальність теми дослідження. В умовах відродження і поступового становлення основних державно-правових інститутів України все відчутніше постає потреба поглибленого вивчення системи впливаючих на їх розвиток чинників. Почесне місце серед них мають посісти звичаї, що складаються в суспільстві. Необхідність дослідження природи їх взаємодії з іншими соціальними регуляторами, і перш за все з правом, закономірно випливає з завдань відродження національної державності і культури, що стоять зараз перед Україною. Для її вирішення необхідно повною мірою використати весь арсенал форм і методів регулювання суспільних відносин.

Важливого значення у цьому зв'язку набуває наукова розробка проблеми соціально-нормативних якостей звичаю, дослідження цього феномена і єдності з правовими та моральними нормами.

Недовраховання цієї єдності черевато небезпекою розхитування устоїв духовно-морального життя суспільства і здібне учинити негативний вплив на роботу по подоланню правового нігілізму.

Взаємодія системи соціальних регуляторів є важливим засобом підвищення ефективності функціонування усіх суспільних осередків, у тому числі сім'ї, об'єднань самоврядування, різних товариств, економічних структур тощо. Дослідження цієї взаємодії повинно бути одним з найважливіших напрямків при аналізі механізму правового регулювання, вирішення глобального завдання поступового формування правової держави в Україні.

У сучасній юридичній літературі проблематиці звичаю, зокрема, правового, до недавнього часу не надавалося необхідного значення. Кількість спеціальних досліджень з цієї теми обмежена. Однак ряд учених торкалися її в своїх підручниках, статтях, монографіях.

Вагомий внесок у розгляд поняття звичаю і правового

звичаю внесено в результаті наукових досліджень А. М. Айзенберга, С. С. Олексієва, В. О. Олександрова, В. М. Баранова, С. І. Вільнянського, С. А. Голунського, Г. М. Даниленка, Р. Давида, Г. К. Дмитрієвої, П. Б. Євграфова, С. Л. Зівса, І. С. Зикіна, Є. В. Колесникова, Н. О. Крашеніннікової, М. Н. Кулажнікова, Л. М. Маймескулова, Г. І. Муромцева, П. М. Рабіновича, М. М. Разумовича, Б. А. Страшуна, М. А. Супатаєва, С. Л. Фукса, Р. О. Халфіной, Д. Г. Хещуріані, О. Ф. Шебанова, Л. С. Явича, Я. Г. Янєва, та інших.

Незважаючи на це, все більш повніше відчувається необхідність поглибленого осмислення ролі звичаю у формуванні і функціонуванні права, забезпечення урахування прав людини в цих процесах, що потребує нового підходу до вивчення співвідношення звичаю і права. При їх дослідженні в основу треба покласти не абстрактно нормативний підхід, а аналіз тріади Особа — Суспільство — Держава, в якій звичай виступає в ролі форми взаємного нормативного обміну.

Слід переглянути вирішення питання про співвідношення права і звичаю, відповідно до якого в процесі соціального регулювання однозначно домінуюча роль надається праву, а звичай як джерело права уявляється у вигляді архаїчної складової частини правової системи, своєрідного її приладку. Подібний підхід може породити невіру в здібність неправових регуляторів ефективно служити правовим цілям.

Звичаї значно впливають на процеси виникнення і успішного функціонування права як одного з найбільш звичних і широко укорінених у масовій свідомості засобів і правил поведінки. Це насамперед пов'язано з тим, що звичай здібний виступати *формою* існування правових норм. Право, в свою чергу, суттєво впливає на формування звичаїв.

У зв'язку з цим виникає необхідність на фундаментальному рівні позначити принципові підходи до розгляду звичаю не тільки як багатогранного феномена суспільного життя, але і як важливої складової правотворчої і правозастосовної діяльності, його співвідношення і взаємодії з правом.

В юридичній, а також соціологічній, історичній, етнографічній, філософській літературі єдине поняття співвідношення звичаю і права відсутнє. Іноді воно спрощується до уявлення про правовий звичай тільки як санкціонований державою нормативний регулятор. Однак, за думкою автора цього дослідження, ця проблема значно глибше і ширше. Тому робиться спроба уявити звичай і право як складові елементи складного процесу *самоорганізації* особи, суспільст-

ва і держави як єдиної соціальної структури. Згідно з цими уявленнями досліджується прямий і зворотний зв'язок між суспільством і державою, аналізуються процеси виникнення права, його функціонування і ефективності дії з теоретико-правової точки зору. Ця робота не претендує на повноту дослідження поставленої проблеми, але спрямована на заповнення прогалін у вивченні низки її аспектів, перш за все в сфері правової соціології і правової психології.

Метою цієї роботи є теоретична розробка ознак, поняття і структури звичаю, правового звичаю, звичасового права з метою виявлення ролі звичаю у виникненні і формуванні права, з'ясування їх взаємовпливу і взаємодії. Автор ставить завдання обґрунтувати необхідність використання в правовому регулюванні звичаю, як одного з найважливіших елементів духовної культури, розкриття можливостей відродження на базі його використання духовних і моральних цінностей народів, що історично склалися.

Методологія дисертаційного дослідження. В дисертаційному дослідженні затверджується провідна роль особи як основної правової цінності, суб'єкта правових і соціальних взаємозв'язків.

Концептуальний підхід дисертанта полягає в тому, що при науковому аналізі різних аспектів обраної теми головним об'єктом дослідження та критерієм цінності зроблених висновків є вплив їх використання на становище особи. Останнє розглядається крізь призму його відбиття у звичаях і праві і через них — його впливу на розвиток держави і суспільства. У цьому зв'язку в роботі досліджуються питання теми, які безпосередньо віднесені до предмету юридичної науки, так і які знаходяться на стику з філософією, соціологією, психологією.

Все це потребує звернення до робіт у галузі історії, права, юридичної соціології, філософії, етики, етнографії, психології, соціальної психології та інших сфер знання. Зокрема, йдеться про роботи Г. М. Андрєєвої, М. Бартошека, М. Блока, М. І. Бобневої, Г. Л. де Боплана, Д. Ж. Валєєва, В. А. Голобуцького, І. Грозовського, М. С. Грушевського, О. Г. Дробницького, Ж. Карбоньє, Г. Кленнера, І. П. Крип'якевича, Р. Кросса, Л. Є. Куббеля, К. Кульчара, Ж. Ле Гоффа, М. М. Моїсеєва, М. П. Павлова-Сильванського, Є. М. Пенькова, А. Подгурецького, І. Пригожина, М. Б. Свердлова, Ф. Т. Селюкова, Б. Я. Токаєва, Й. Хейзінґи, Є. І. Якушкіна та багатьох інших авторів.

Необхідність міждисциплінарного підходу обумовлена застосуванням при теоретичній обробці проблеми інтеграційного принципу, у згідності з яким такий складний феномен, як право, його співвідношення із звичаями, неможливо розглядати у відриві від даних і понятійних складових частин інших наук.

Автор використовує історичний, соціологічний, порівняльний, логічний аналіз, аксиологічний, порівняний підхід та інші засоби розробки проблеми, виходячи при їх застосуванні з пріоритету особи, що є головним оціночним критерієм права і звичаю. Звичаєве право, зокрема, розглядається стосовно до його місця і значення при аналізі різних інститутів права, об'єктів власності, різних видів злочину і покарання, як це було зроблено, наприклад, у Ф. Л. Фукса в його ґрунтовній праці, присвяченій звичаєвому праву казахів¹.

Наукова новизна роботи перш за все, є в тому, що в дисертації робиться спроба на фундаментальному рівні виявити недосліджені або недостатньо досліджені раніше структурні взаємозв'язки процесу взаємодії права і звичаю в загальній системі соціальної регуляції.

Так, досліджується значення відбиття у звичаях різних форм виявлення національної самобутності і культури в процесі нормативно-правового регулювання суспільних відносин; встановлюються принципові за значенням положення про співвідношення звичаю і загальнолюдських цінностей, моралі, природних прав людини, характеризується вплив цих чинників на формування і функціонування права. Вперше в літературі конкретизуються основні ознаки звичаю і правового звичаю, до числа яких належать стереотипність поведінки, публічність, стихійність виникнення, давність використання, безперервність та ін. Також вперше провадиться порівняльний аналіз дуже схожих, але не співпадаючих за обсягом і змістом понять правового звичаю та звичаєвого права, особливостей їх використання в правовому регулюванні.

У дисертаційному дослідженні позначаються важливі психологічні, психосоціальні аспекти виникнення та існування звичаїв у їх співвідношенні з правом. У їх числі — ціннісні орієнтації, які визначають, які звичаї прогресивні, а які

¹Див.: Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVII — первой половине XIX века. — Алма-Ата, Наука, 1981 г.

є застарілими, інтеріоризація норм, взаємні зв'язки між індивідом та його оточенням, особливості процесів соціалізації, роль звичаю і права в цих процесах. Розглянуті та позначені нові аспекти, які характеризують місце звичаю серед інших соціальних регуляторів — права, моралі, релігійних норм тощо; досліджується буття звичаю як соціально-правового регулятора в сім'ї, співтоваристві та інших, більш великих соціальних групах, де в процесі правотворчості він може оцінюватися як готовий ґрунт для формування правової культури; аналізується різнопланова роль звичаю у виникненні права, а також роль звичаєвого права у формуванні державності.

Із історичного аналізу ролі звичаю у розвитку правових систем України і багатьох інших країн виводяться закономірності зміни співвідношення звичаю і права, їх відносного домінування у регуляції державою суспільних відносин. Так, проведено дослідження феномена самосуду, його подвійної природи як колективного правопорушення і як джерела заповнення прогалин у праві. Зроблено огляд ролі звичаю як форми регулювання економіко-правових структур, включаючи торговельні звичаї і ділові узвичаєності, «кодекси честі» та джентльменські угоди, звичаї в міжнародному приватному праві тощо.

На основі проведеного дослідження сформульована низка основних положень і висновків, які *виносяться на захист*:

1. Проблему співвідношення і взаємодії звичаю і права необхідно розглядати крізь призму становища особи, створення умов для її самоорганізації і самореалізації, реалізації її прав та інтересів через суспільство і державу.

2. Вирішення питання щодо взаємовідношення права і звичаю за сучасних умов повинно бути підкорено завданню формування правової держави, панування і верховенства правових законів, у вирішенні якого звичай спроможний посісти належне місце.

3. Існує можливість і необхідність підвищення в правовому регулюванні ролі звичаїв, відображаючих національну самобутність і культуру, доцільного обмеження застосування або заборони та викоренення консервативних, обмежуючих права людини звичаїв.

4. Правовий звичай і звичаєве право, незважаючи на їх схожість, є поняттями, які не співпадають за своїм обсягом і змістом.

5. У межах єдності права і звичаю як різних ланок притаманної громадянському суспільству регулятивної си-

стеми, звичай може виступати як форма існування правових норм, а право — впливати на формування звичаїв.

6. Використання звичаїв спроможне відігравати суттєву роль у здійсненні усіх правових форм діяльності держави — правотворчості, реалізації права, правозастосування і правохорони.

7. Мають місце суттєві відмінності ролі звичаю в формуванні і розвитку правових систем, форм санкціонування звичаю законом і судовою практикою, а також інших форм.

8. Використання в нормативному регулюванні звичаїв, узятих у єдності з правом, має багато аспектів щодо різних суспільних структур і відносин. Воно є важливим засобом підвищення ефективності функціонування сім'ї, економічних структур, співтовариств, які самоврядуються, і т. д.

9. Взаємодіючи з правом, звичаї можуть використовуватися при тлумаченні закону і заповненні прогалин у праві. Звичай може застосовуватися в додатку до закону, винятково із загального правила, у визначених просторових межах, слугувати основою внесення корективів до закону.

Апробація результатів дослідження. Основні положення і висновки роботи обговорювалися на кафедрі теорії держави і права Національної юридичної академії України. Результати дисертаційного дослідження відбиті у шести публікаціях, а також в доповідях і наукових повідомленнях на міжрегіональних наукових конференціях молодих вчених у м. Харкові (1992, 1993, 1994 роки).

Окремі аспекти роботи використовувались автором в процесі викладання навчального курсу «Загальна теорія держави і права», зокрема, при проведенні семінарських занять з теорії держави і права (такі розділи, як «Право в системі соціальних норм», «Джерела (форми) права» та ін.).

Структура дисертації. Дисертація складається із вступу, двох глав, які вміщують одинадцять параграфів (п'ять параграфів у першій главі, шість — у другій) та списку використаної літератури.

ЗМІСТ РОБОТИ

У вступі обґрунтовується актуальність теми дослідження, визначається мета роботи, її структура, характеризується її методологія, теоретична база, науково-практичне значення, формуються основні положення, які виносяться на захист,

а також теоретичне і практичне значення отриманих результатів.

У першій главі «Особа і звичай в соціальній регуляції» розглядаються ознаки і поняття звичаю, особливості правового звичаю, досліджується поняття звичасвого права. Крізь призму загальнолюдських цінностей розглядається роль звичаю в соціалізації особи, його місце серед інших соціальних регуляторів, співвідношення звичаю і моралі.

В умовах вирішення завдання формування в Україні правової держави все більше значення набувають загальнолюдські цінності, їх закріплення в праві. Звичай і звичасве право можуть бути як формами соціального буття цих цінностей, так і закріплювати в суспільному уявленні негативні нормативні установи консервативного характеру. Тому точне знання структури звичаю як соціальної норми, дозволяє ефективно його використовувати для заохочування і впровадження правових ідей, для боротьби з антисуспільними проявленнями.

Звичай, як відомо, являє собою стереотипне правило і засіб поведінки, який стихійно самовідтворюється у певному суспільстві або соціальній групі і є звичним для їх членів. Він виникає в результаті соціалізації індивіда. В міру того, як люди входять в соціальну і правову систему, вони сприймають її так, як веде себе оточення, наслідують йому. Таким чином забезпечується нормативне відтворення і передається соціальний (відповідно і правовий) попит з покоління в покоління.

Багатогранність поняття «звичай» сприяла його застосуванню до широкого кола соціальних і правових явищ, що, в свою чергу, привело до безлічі трактовок звичасво-правової регуляції. Це викликало, зокрема, потребу провести межу між звичасм і правовим звичасм, звичасм і іншими соціальними нормами, правовим звичасм і звичасвим правом.

У першому параграфі дисертації виведений ряд ознак звичаю. Перший з них — стереотипність поведінки людини в певних обставинах. Публічність проявлення звичаїв відрізняє їх від звичок і навиків. Стихійність виникнення звичаїв є проявленням процесів саморегуляції суспільства і держави. Давнина застосовування звичаїв освячує її часом і служить основою їх легітимності і загальнорозповсюдження. Розглядаються також інші суттєві ознаки звичаю. Серед них — обов'язковість його виконання. Якщо звичай правовий, він обов'язковий для суб'єктів правовідносин. Визначеність звичаю висловлюється в достатній конкретності його

розпоряджень. Відбір правил поведінки найбільш відповідає потребам соціальної регуляції норм, виявляє його розумність. Ці та інші ознаки звичаю належать і до правового звичаю.

Останній, однак, має ряд особливостей. Це перш за все різні форми санкціонування його державою як засобу включення до правової системи.

У другому параграфі розглядається поняття звичаєвого права. Ним є санкціонована державою сукупність звичаїв, які стали загальнообов'язковими. Існування виявлених критеріїв відбору норм для їх санкціонування передбачає, що властивість звичаєвого права за порівнянням із звичаєм змінюється. Зокрема, стихійність виникнення змінюється суб'єктивним підходом при виборі і санкціонуванні правових звичаїв. Звичаєве право, на відміну від ряду звичаїв, має не локальний, а розповсюджений характер, є при цьому достатньо замкнутою системою норм. Суб'єктно-об'єктний аналіз дозволяє умовно виділити два типи звичаєвого права: «зовнішнє» і «внутрішнє». Перше привноситься в правову систему ззовні, з боку суспільства, а друге являє собою результат укоріненої практики регуляції всередині державного апарату. Зовнішнє звичаєве право більш масштабне, торкається правосвідомості великих груп людей, в той час, коли внутрішнє більш локальне.

В третьому і четвертому параграфах дисертаційної роботи аналізується роль звичаю в соціалізації особи, а також його місце серед інших соціальних регуляторів. Показано, що звичай являє собою первинну форму соціальної комунікації, регулятивний механізм, який допомагає людині увійти в суспільство. Розуміння цього допомагає більш глибокому аналізу процесу виникнення права і засобів підвищення ефективності правового регулювання. В процесі дослідження вперше виділяються елементи структури нормативних регуляторів суспільних відносин, які розташовані між індивідом і суспільством. Це *стереотип* як психологічна властивість людини; *навик* у вигляді різного роду автоматизованих вмінь; *звичка*; *сам звичай* як засіб співіснування людей; *мораль* як перший з основних типів нормативної регуляції дій людини; *право* як необхідний тип соціальної регуляції і найважливіша основа життєвої діяльності всього суспільства.

Вивчаючи загальні та особливі межі цих структур, автор прийшов до висновку, що ефективна правотворчість має базуватися на всіх ланках цієї структури. Звичай виступає одним з важливих етапів і чинників формування права, які відбиваються в ньому разом з моральними нормами, культурними традиціями тощо.

У другій главі «Соціальна роль звичаю в суспільстві та державі» звичай в його взаємодії з правом розглядається в контексті співвідношення особи, суспільства та держави, соціальних структур різних рівнів.

Першим, найбільш приближеним до людини, рівнем є сім'я, другим — різноманітні співтовариства, групи, союзи, об'єднання, організації. Третім, найскладнішим рівнем соціальної саморегуляції, є держава. В межах указаних рівневих структур — сім'ї, суспільних організацій, держави і розглядаються звичаї як форма регулювання між ними і всередині них самих.

Також досліджується значення звичаю у виникненні права, в історичному аспекті аналізується його роль у розвитку правових систем.

У першому параграфі досліджується звичай у регулюванні сімейних відносин, у тому числі такі явища, як освячення шлюбу громадою, публічність шлюбу і роль у цьому церкви та держави, дошлюбні зв'язки з точки зору звичаєво-правових наслідків, успадкування за звичаєм та законом, аналізується входження сім'ї до правового регулювання. Показується, що сім'я з її глибоко специфічними особливостями виступає предметом права лише в чітко обумовлених випадках і видах відносин, які, як правило, встановлені законами про шлюб і сім'ю. Разом з тим право формується, конкретизується і доповняється за допомогою звичаїв морального змісту — **нравів**.

У другому параграфі розглядається роль звичаєвого регулювання в співтоваристві. При функціонуванні такого роду соціальних груп властиві шлюбно-сімейним зв'язкам звичаї локального впливу поступаються місцем звичаям всезагальним, якими керуються усі без винятку члени групи. Такий, наприклад, звичай ініціації при прийомі в співтовариство.

На рівні громадського устрою вже є ознаки, які вказують на формування доправової і передправової культур. Вони відрізняються тим, що *доправова культура* є більш широким поняттям і охоплює суму регуляторів суспільного життя (з моменту виникнення самого суспільства) в загальносоціологічному значенні. В той же час *передправова культура* припускає існування комплексу регулятивної системи, яка вже склалася, яка становиться потім базою для формування і кристалізації суспільства, а далі і держави з її правовою системою.

Концентрація влади призвела до створення нормативної системи заборонного, а потім і загальнорегулятивного характеру, до поступової зміни державних звичаїв, їх доповнен-

ня або санкціонованого захисту через волевисловлення держави. ✓ У третьому параграфі досліджується питання про роль звичаю в саморегулюванні суспільних відносин. У межах суспільства і держави як складних динамічних самоорганізуючих систем, між якими існує необхідний прямий і зворотний зв'язок. Звичай у роботі розглядається як інструмент закономірного формування правової системи в її співвідношенні з суспільними структурами. В своєму впливі на інші соціальні регулятори — мораль і право він може мати і творчий, і деструктивний напрям.

Для цінносної орієнтації особливе значення має система прийому та передачі інформації, її інтеграції і синтезу. Увесь механізм правової культури приводиться в дію за допомогою циркуляції (М. М. Рассолов). Звичай в цьому процесі відіграє роль носія і транслятора соціального попиту і роль стабілізатора суспільних відносин. У цьому зв'язку необхідно поліпшити урахування і використання звичаїв в структурах, які самоврядуються і самоорганізуються, в тому числі державних.

Держава є інтегруючим і консолідуючим інститутом суспільства, гарантом його стабільності. Його нормативна база включає в себе веління, дозволи, заборони, юридичну відповідальність. Санкції в неї виступають у вигляді механізму *зворотного зв'язку*, реакції держави на порушення законів. Правові норми повинні за змістом відповідати реальному стану справ у суспільстві і ефективно його регулювати. Результатом такого відбиття є видання правових законів.

✓ У процесах регулятивної самоорганізації можна спостерігати таку тенденцію співвідношення правових і звичаєвих норм. Навіть якщо звичай не признаний як джерело права, в правовому масиві для нього все одно є «ніші» в регулюванні. Це буває або тому, що держава за якою-небудь причиною не може забезпечити застосування правових форм регуляції, або тому, що за допомогою правових форм недоцільно регулювати ці відносини. ✓

Кристалізація суспільства, створення його жорсткої структури, правова активність держави призводить до витиснення звичаїв до нормативної «периферії» щодо держави і тих соціальних верств, які її підтримують. Ця периферія включає в себе як малозначні для держави відносини, так і норми маргінальних соціальних груп. Проведений аналіз формування і існування маргінальних осередків показує, що роль звичаю в регулюванні відносин всередині як таких груп, так і її членів з оточуючим суспільством дуже значна.

У цьому зв'язку в дисертації досліджуються практичні матеріали. Серед них — феномен *самосуду* як форми вирішення назрілого конфлікту. На історичному і сучасному матеріалі показано, як цілі і мотиви, що лежать в основі самосудів, можуть служити їх перетворенню в маючий правові перспективи звичай, а які оставляють самосуд формою свавілля.

Історія розвитку права свідчить про поступове підвищення ролі держави в правовому регулюванні. Особливістю сьогоденного етапу розвитку суспільства є доцільність, зберігаючи ведучу роль права, підвищувати значення звичаїв як саморегулятивної, але діючої вже за новою основою форми.

У роботі робиться висновок про необхідність обліку звичаїв при створенні правових норм, які стосуються основ організації і діяльності структур, які саморегулюються. Це дозволить уникнути можливих фатальних наслідків вимушеного регулювання, зокрема, потенційних соціальних конфліктів.

У четвертому параграфі розглядається роль звичаїв у виникненні права. Як відомо, у розвитку суспільства звичай завжди виступав найважливішим засобом між людьми. Ще до появи санкціонування звичаїв і звичаєвого права по мірі ускладнення соціальної організації з'являються системи звичаїв, які внаслідок неподільності, синкретичності первісного мислення являли собою конгломерат із побутових, технологічних та інших норм. У цьому зв'язку в дисертації аналізуються *табуїстичні заборони*. Останні є явищами доправової культури, спеціальним психологічним механізмом заборонів та стримань містико-релігійного характеру, виступаючим у формі звичаю. Будучи продуктом магічного сприйняття світу, табу ґрунтується на глибокій внутрішній усвідомленості індивідом встановлених ним заборон. У подальшому, з переходом влади до протодержавних структур, табу трансформується в правовий звичай, однак зберігло свій «божественний» статус. Так зароджувалась і розвивалась основа соціальних обмежень, яка в тому чи іншому вигляді у різних суспільствах і цивілізаціях діє і до сьогодення.

З розвитком протодержавної структури система звичаєвих норм починає охоронятися за допомогою примушуючої сили і тим самим *фактично* санкціонується. Щодо протодержави, то під санкціонуванням треба розуміти не видання писаних законів, а реальну підтримку владою норм звичаїв. Можна назвати цю групу звичаїв *квазіправовими*, тому що вони ще не були правовим продуктом, однак вже відігравали вирішальну роль у регулюванні суспільних відносин.

У п'ятому параграфі дається історичний аналіз ролі, і місця звичаю у низці правових систем зі стародавності до сьогодення. У їх числі стародавні Месопотамія, Китай, Греція, Рим, країни середньовікової Європи, Англії, Франції, Німеччина, Угорщина, Чехословаччина, Польща, а також США, Росія.

На основі історичних матеріалів показана динаміка еволюції звичаю в залежності від економічної формації і типу держави. Якщо співвідношення звичаю і права в стародавності було на користь звичаю, то з розвитком державності право стало витискувати звичай з регулятивної практики. Свого апогею цей процес досяг у двадцятому столітті в тоталітарних державах.

Особлива увага приділяється аналізу ролі звичаю у виникненні й історії права України, в тому числі запорізького козацтва. Козацькі традиції, обряди і норми звичасвого права були широко відомі серед українського населення. У роботі розглянуто застосування звичасвого права копними (громадськими) судами, які діяли довгий час у різних місцевостях України і які тільки в XVI ст. були санкціоновані державою в законодавчому порядку. Історія цих судів є одним з найбільш яскравих прикладів усіх трьох форм перетворення звичаю в правові норми: *мовчазна згода* держави, *фактичний розгляд* справ у суді на основі норм звичасвого права і *закріплення* існуючих звичаїв у законі. Крім цього аналізуються історичні і правові причини еволюції правових звичаїв в Україні.

У шостому параграфі розглянуто звичай як форму регулювання економіко-правових структур. У рамках «прикордонних» відносин, там, де пролягає межа між правовим і неправовим регулюванням, звичай має велике значення. Це торгівля і виробництво, транспорт і надання послуг і т. д. Наприклад, в умовах конкуренції саме звичай є лімітатором соціального конфлікту (Дж. С. Мілль). Він також є формою соціальної кооперації (Г. М. Андреева). В цілому звичай відіграє значну роль у підтримці економічних зв'язків. Ще в Стародавньому Римі календарні звичаї (нундіни) привносили в господарське життя регулярність, виявляючи дні ярмарок і торгів.

У наші дні звичаї в договірній практиці можуть мати юридичні і неюридичні форми. До неюридичних форм відносять так звані *джентльменські угоди*, ділові *узвичасності* тощо. Торгові звичаї і звичаї громадянського звороту закріплюються законодавством деяких країн (наприклад, Австрія, Німеччина, Іспанія). Будучи систематизованими,

вони за допомогою судової практики санкціонуються державою. Яскравим прикладом уніфікації звичаїв служать умови «Інкотермс». По суті, на долю звичаїв в економічній галузі припадає значна частина нормативного регулювання. Фактично без звичаю, його взаємодії з правом ефективно економічні зв'язки неможливі. Вивчення, аналіз і узагальнення дії звичаїв дозволяють уніфікувати й удосконалити правові норми, що необхідно для підвищення ефективності як правотворчості, так і правореалізації.

ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ ДИСЕРТАЦІЇ МІСТЯТЬСЯ В ТАКИХ ОПУБЛІКОВАНИХ РОБОТАХ:

1. Обычай в правовой системе: желаемое и действительное // Законодательство Украины: состояние, проблемы, перспективы. — Харьков, Украинская юридическая академия, 1994. — С. 9—11.

2. Обычай в правовой системе: некоторые аспекты // Юридическая наука и проблемы формирования демократического правового государства Украина. Тематический сборник научных трудов. — Киев, Институт системных исследований образования Украины, 1993. — С. 10—16.

3. О роли обычая в формировании правовой системы // Научно-практическая конференция «Человек и политика». Тезисы докладов и сообщений. — Харьков, 1993. — С. 191—193.

4. О роли обычая в соотношении гражданского общества и его государства // Актуальные вопросы правотворческой и правоприменительной деятельности. Тематический сборник научных трудов. — Киев, УМК ВО, 1992. — С. 8—12.

5. Обычай как источник права: некоторые аспекты // Правовое регулирование государственного строительства в Украине и проблемы совершенствования законодательства. — Харьков, 1992. — С. 4—6.

6. О проблеме немотивированных запретов в правореализации // Проблемы совершенствования законодательства Украины и практики его применения. — Харьков, УЮА, 1991. — С. 22—24.

TITARCHUK A. A. Custom and Law (Interdependence and Interaction). The thesis in the form of the manuscript for a Candidate of Law degree on the specialized field 12.00.01 — Theory and history of the State and Law; history of the political and legal thoughts; philosophy of Law. The National Law Academy of the Ukraine. Kharkov, 1995.

Theoretical issues of Law and Custom interdependence and interaction are defended. The concept and principles of a Custom, the distinguishing features of the Legal Custom and the Customary Law are introduced. A historical review of Law and Custom interaction from ancient times till nowadays is presented. A conclusion was drawn of the significance of Customs' usage in the creation of Law and Law realization in the Ukraine. Aspects of self-organization of society and state, the role of a Custom in these processes are considered. The role of the Custom as a means of increasing the effectiveness of legal regulations of the functioning of economic structures, self-regulating communities, family and so on is studied.

ТИТАРЧУК А. А. Обычай и право (вопросы взаимосвязи и взаимодействия). Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.01 — теория и история государства и права; история политических и правовых учений; философия права. Национальная юридическая академия Украины. Харьков, 1995.

Защищаются теоретические положения по вопросам взаимосвязи и взаимодействия права и обычая. Выведены понятие и признаки обычая, особенности правового обычая, обычного права. Сделан исторический обзор соотношения обычая и права с древности до наших дней. Сделан вывод о целесообразности использования обычаев в правотворчестве и правореализационной практике Украины. Рассмотрены аспекты самоорганизации общества и государства, роли обычая в этих процессах. Рассмотрена роль обычая как средства повышения эффективности правового регулирования функционирования экономических структур, самоуправляющихся сообществ, семьи и др.

Ключові слова: звичай, звичаєве право, виникнення права.
Відповідальний за випуск доцент С. М. Олійников.

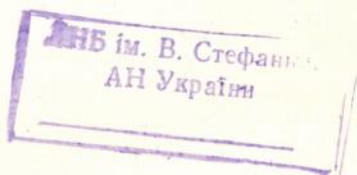
Автореферат

ТИТАРЧУК
Олександр Анатолійович

ЗВИЧАЙ І ПРАВО
(Питання взаємозв'язку і взаємодії)

Підписано до друку 22.08.95. Формат 84 × 108 1/32.
Умов. арк. 0,0. Зам. № 146.

ВИДАВНИЦТВО ТА ДРУКАРНЯ «ТАВРЦА»
333700, м. Сімферополь, вул. Генерала Васильєва, 44



AB 33.314