

Центральна Рада – Гетьманщина, Директорія. – 212 с.; Т.2. Кам'янецька доба – Зимовий похід. – 232 с. 17. Шанковський Л. Українська Армія в боротьбі за державність. – Мюнхен: Дніпрова хвиля, 1958. – 317 с. 18. Стефанів З. Українські збройні сили 1917-1921 рр.: У 2 ч. – Мюнхен: Укр. комбатант, 1947. – Ч.1. Доба Центральної Ради й Гетьманату. – 118 с. 19. Крип'якевич І., Гнатевич Б. Історія Українського Війська. – Львів: Вид-во Ів.Тиктора, 1936. – 568 с. 20. Колибаба Г.Н. Правовые основы советской военной службы: Дисс. ... канд. юр. наук / ВЮА. – М., 1955. – 402 с. 21. Побежимов И.Ф. Единоначалие, воинская дисциплина и законность в Советской Армии (опыт правового исследования): Дис. ... докт. юрид. наук. / Военно-юридическая академия Советской Армии. Кафедра административного права и военной администрации. – М., 1955. – 633 с. 22. Довбня В.А. Організаційно-правові засади діяльності військового формування Січових Стрільців у визвольних змаганнях в Україні у 1917-1920 років: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національна академія внутрішніх справ України. – К., 2003. – 233 с. 23. Подковенко Т.О. Становлення системи законодавства України в 1917-1920 роках (Українська Центральна Рада, Гетьманат П. Скоропадського, Директорія УНР). – Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2004. – 228 с. 24. Вовк О.І. Становлення військового права у Великому Князівстві Литовському (кінець XV – початок XVI ст.) // Тези доповідей III Міжнародної науково-практичної конференції "Військова освіта та наука: сьогодення та майбутнє" (11-13.10.2007 року). – К.: Військовий інститут Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 2007. –

451 с. 25. Кравчук М.В. Правові основи будівництва Національних Збройних Сил України в 1914-1993 рр.: (Організація, структура, штати): Історико-правове дослідження. – Івано-Франківськ: Вид. "Глай", 1997. – 292 с. 26. Григоренко Є.І. Конституційні засади проходження військової служби громадянами України: проблеми теорії та практики: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 213 с. 27. Шевченко Валентин Павлович. Конституційно-правові основи військового правосуддя в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2002. – 175 с. 28. Корж І.Ф. Військова служба в Україні: вступ, просування, припинення: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2005. – 222 с. 29. Пашинський В.І. Конституційно-правовий статус військово-службовців в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. / Київський національний університет внутрішніх справ. – К., 2007. – С. 205 с. 30. Прохоренко М.М. Система військового законодавства України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. / Харківський національний університет внутрішніх справ. – Х., 2007. – 218 с. 31. Богущий П.П. Військове право у системі права України: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. / Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2009. – 196 с. 32. Збірка наукових доповідей за матеріалами науково-практичної конференції "Актуальні проблеми розвитку військового права, удосконалення законодавства з правового та соціального захисту військовослужбовців та членів їх сімей". – К.: ВІКНУ, 2009. – 184 с.

Надійшла до редколегії 23.09.10

Н. Толкачова, канд. філол. наук

## ЗВИЧАЄВЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ

*Показано особливості українського права як самобутньої, самодостатньої та оригінальної правової системи, яка хоч і зазнала своєрідних впливів, проте еволюціонувала за внутрішніми закономірностями. Звичаєве право репрезентується як регулятор поведінки людей через повсякденне життя людей і через усі історичні форми життєдіяльності (сім'я, етнічні і соціальні групи, держава).*

*Ключові слова: звичаєве право, правова система.*

*Наводятся особенности украинского права как самобытной, самодостаточной и оригинальной правовой системы, которая, хотя и терпела своеобразное влияние, но вместе с тем эволюционировала по внутренним закономерностям. Обычное право репрезентуется как регулятор поведения людей через повседневную жизнь людей и через все исторические формы жизнедеятельности (семья, этнические и социальные группы, государство).*

*Ключевые слова: обычное право, правовая система.*

*The peculiarities of Ukrainian law as the original all-sufficient legal system though had been influenced, nevertheless evolved according to the internal mechanism of development, are described in the work. The customary law is represented as regulator of people behavior through the ordinary life as well as all historical forms of human activity (family, ethnical and social groups, state).*

*Key words: customary law, legal system.*

Упродовж багатьох віків провідну роль у правовій системі України відігравали санкціоновані державою та обов'язкові для населення давні звичаї. У своїй сукупності вони створювали звичаєве право, яке регулювало більшість суспільних відносин у ранньому феодальному суспільстві. Звичаєве право охоплювало систему історично напрацьованих й прийнятих суспільством норм і уявлень про поведінку та взаємовідносини людей в різних сферах життя. Основним джерелом його формування були народні юридичні звичаї – "звичаї пращурів", бережливе і поважне ставлення до яких український народ проніс через уся свою історію. В Україні до звичаєвого права ставилися особливо шанобливо. "Немає краю без свого звичаю. Звичай – це другий закон", – стверджує давнє українське прислів'я. Звичаєве право вважалося "давниною", "справді народним правом" і традиційно протиставлялося "новині", законодавству, нав'язаному значною мірою іноземними володарями.

Звернення до проблематики звичаєвого права обумовлено необхідністю вивчення витоків формування українського права, з'ясування впливів на його розвиток та місце в сучасній правовій системі України. Уявляється, що українське право є не просто самодостатньою правовою системою, а й розвиненою, самобутньою та оригінальною системою, яка, хоча й зазнала своєрідних впливів (як і будь-яка інша правова система), проте його еволюція обумовлена внутрішніми закономірностями та засадовими принципами. Необхідність дослідження звичаєвого права зумовлюється й тим, що в цій сфері знаходять своє відображення важливі питання культурного, соціально-економічного і політичного роз-

витку суспільства, адже як регулятор поведінки людей, звичаєве право репрезентується і через повсякденне життя людей, і через усі історичні форми життєдіяльності (сім'я, етнічні та соціальні групи, держава).

Поняття "звичаєве право" з'явилося і утвердилося в наукових працях представників Історичної школи права на початку XIX ст. і пов'язувалося з особливою увагою до народного звичаю, його важливою роллю як джерела права. Це була нова, прогресивна на той час тенденція в юридичній науці, що виникла як опозиція до попередньої наукової традиції возвеличення ролі закону, його отождення з правом, вирішального впливу римського права та інше. Відтоді, попри разючі відмінності в оцінці ролі звичаю в правовій практиці народів, термін глибоко укорінився в юридичну науку.

В українській науці поняття "звичаєве право" пов'язується передусім з іменами П. Чубинського, О. Єфименка, О. Кістяківського а також з активною діяльністю "Комісії для виучування звичаєвого права Всеукраїнської Академії наук" і "Комісії з історії західно-руського права Всеукраїнської Академії наук", які діяли протягом 1918-1933 років та дали змогу зібрати, записати й проаналізувати правові звичаї українського народу, порівняти їх зі звичаєвим правом інших країн і на цій підставі зробити висновок про високий рівень правової культури наших пращурів. У радянський час звичаєво-правова наука традиційно не була надто популярним об'єктом дослідження ні етнографів, ні юристів, про що свідчить незначна кількість присвячених їй опублікованих праць. З настанням незалежності поживився інтерес до проблеми, однак тривала відсутність систематичних дослі-

дження далася взнаки: по-перше, у розумінні цього питання виявляються застарілі підходи XIX – початку XX ст., по-друге, немає узгодженості в розумінні і трактуванні звичаєво-правової традиції у представників різних галузей знань – історії права, теорії права, етнології, соціології права, соціальної антропології, соціальної історії. Існують принципові розбіжності у трактуванні поняття "звичаєве право", зокрема викладені у статті Марини Гримич "Дискусійні аспекти трактування терміна "звичаєве право" [2, с. 4-9]. Автор статті розглядає два основних типи визначень звичаєвого права з огляду на зв'язок звичаєвого права з державою. З однієї сторони, звичаєве право – це сукупність історично вироблених і прийнятих суспільством неписаних норм, правил поведінки і взаємовідносин людей у різних галузях виробничого, громадського і сімейного життя. З виникненням держави правлячі кола пристосовували звичаєве право до конкретних економічних і політичних умов, але визнавали тільки ті звичаї, які не суперечили інтересам і волі пануючих класів феодальної держави. Розповсюдженням способом санкціонування норм звичаєвого права з боку держави був вибірковий метод дозволу або заборони керуватися при вирішенні різних справ тим чи іншим звичаєм. Подібне бачення звичаєвого права мають й інші, зокрема українські, етнологи; воно зустрічається у працях культурологів. Таку думку висловлювали, до речі, і юристи в XIX ст. З іншого боку, звичаєве право – це система санкціонованих державою звичаїв правових, які є джерелом права у певній державі, місцевості або для певної етнічної чи соціальної групи. Утворюється звичаєве право шляхом постійного дотримання упродовж тривалого періоду звичаїв нормативного характеру, відображає правову культуру і правову свідомість народу, а водночас й інтереси панівних верств суспільства. Подібну думку висловлюють і дослідники нормативної етнології. Як бачимо, принципова відмінність полягає у таких аспектах: писані чи неписані закони, санкціоновані державою чи несанкціоновані, чи принципове розрізнення звичаю і правового звичаю. Обидві сторони до певної міри, звичайно, мають рацію.

Висхідною позицією при з'ясуванні природи звичаєвого права є наступна теза "де суспільство там і право". Цим виключається детермінуюче значення держави в процесі зародження права. Історично звичаєве право складалось в процесі довгого і одноманітного дотримання певних норм і правил, які втілювали в собі правові уявлення, що переважали в суспільстві. Саме регулярність перетворювала неписані норми поведінки в реально діюче право, яке регламентувало широке коло відносин – сімейних, майнових, адміністративних тощо. З цієї точки зору звичаєве право як систему обов'язкових дій і юридичних уявлень народу слід відрізнити від простих традицій і звичаїв, що зберігаються, наприклад, у формі обрядів. Звичаєве право – це результат природного розвитку права, що виникло в силу об'єктивної необхідності. На ранніх етапах розвитку суспільства право зароджувалось у формі неписаних звичаєвих правил. Оберігачами його являлись старійшини соціальних груп, найбільш поважні люди. По мірі розвитку суспільства звичаєве право поступово перетворюється у право позитивне, державне. Одночасно проявляються такі недоліки звичаєвого права як відсутність системності, обмеженість дії, окремих, приватний характер, консерватизм, відсутність юридичної техніки, неможливість внесення змін та доповнень тощо.

Історія права України починається з усних пам'яток (правових норм, незафіксованих у офіційних документах) подібно до того, як історія літератури починається

з усної народної творчості. Знаний фахівець з історії українського права П.П. Чубинський писав: "під історією джерел права розуміємо історію пам'яток, з яких ми пізнаємо право, а тому, що право в тім часі складається із закону і звичаю, то під історією джерел права розуміємо історію пам'яток, закону і звичаєвого права" [14, с. 11]. Неписаний характер звичаєвого права зумовив те, що кількість джерел давнього права є досить невеликою, це літописи, договори, устави, уроки, словесні формули – прислів'я, приказки, пам'ятки права як то "Руська Правда" тощо.

Найбільш поширеним підходом періодизації історії українського права є виділення певних етапів відповідно до розвитку державності: право Княжої доби України-Руси (IX – XIV століття), право Великого Князівства Литовського (XIV – XVI століття), перебування українських земель у складі Польщі (1569-1648 роки), доба Гетьманської України (1648-1781 роки), перебування українських земель у складі Росії й Австрії (з кінця XVIII ст. до 1917 р.), право періоду відновлення української державності (1917 – 1920 роки) та право радянського періоду. Безспірно ця хронологія розвитку українського права відповідає певним етапам історії українського народу, пов'язаним із існуванням чи відсутністю української державності. Проте, не можна не погодитись з думкою українського правознавця та громадського діяча Р.М. Лашенко, який писав, що "поділ історії українського права на відповідні періоди, безумовно, штучний: правна еволюція народу занадто складна річ, щоб її можна було "ділити" на якісь періоди" [8, с. 32]. Знаний історик українського права М.Д. Чубатий дотримується аналогічного підходу при характеристиці джерел та українського державного права [13]. Український правознавець, співробітник Комісії для вивчення історії західноруського і українського права ВУАН Л.О. Окіншевич [10] пропонує наступну періодизацію українського права: право феодальної епохи (X – XV ст.), право станової держави (XVI – середина XIX ст.) та право модерної держави. Уявляється, що періодизація, дана Л. Окіншевичем, відбиває існування найбільш характерних рис та закономірностей розвитку саме звичаєвого права, основні зміни в розвитку якого залежали не стільки від розвитку державності, скільки обумовлювалися генезисом суспільних відносин. Природа, властивості та риси, що були властиві звичаєвому праву доби Литовської зберігаються у звичаєвому праві Гетьманської доби, різняться ж вони за змістом, оскільки з'явилися нові відносини, і вони вимагали свого правового регулювання, наприклад, порядок ведення військових дій, нові види злочинів, пов'язані з козацьким рухом, вплив церковного права на шлюбні відносини тощо.

Звичаєве право сягає своїм корінням у часи формування звичаєво-правових норм в суспільстві східних слов'ян VI – IX століть. Внутрішнє життя східнослов'янських племен визначали звичаї нормативного характеру. В антив та склавинів вони регламентували їх життя в "народоправстві". За висловом М.Ф. Владимирського-Буданова "історія застає східних слов'ян у час панування у них звичаєвого права" [5, с. 199]. Відносини між окремими племенами і союзами племен унормовували правові звичаї усного характеру. До них належали недоторканість представників іншої сторони під час переговорів, вірність даній угоді, присяга як гарант дотримання домовленості. Міжплеменні відносини регулювались звичаєвими нормами "міжнародного" характеру: порядок викупу полонених, гостинність щодо чужинців, особиста відповідальність за безпеку того, хто приймав гостя, тощо.

З утвердженням військової демократії в суспільній організації антив продовжував діяти традиційний інсти-

тут управління – народні збори, рада старійшин, жерці, племінні вожді. Однак в результаті постійної воєнної активності і збагачення під час походів зростає значення військового вождя, пізніше – князя, навколо якого групується дружина. З появою князя формується інститут одноособової спадкової влади і дружини, а народні збори, як звичаєвий правовий інститут самоуправління, поступається місцем сходці озброєних воїнів. До виділення в окрему соціальну групу князя і його оточення, військові вожді й старійшини племен мирно співіснували в рамках племінного союзу і ділили між собою ідеологічну та судову функції. А вожді племінних союзів виконували переважно військову функцію. У мирний час внутрішнє життя східнослов'янських племен значною мірою було підпорядковане землеробським звичаям, які базувались на календарному циклі сільськогосподарських робіт. Вони визначали початок посівних робіт, обробку полів, жнива, їх строки, язичеські свята тощо.

В період існування східнослов'янських племінних союзів звичаєве право являло собою сукупність норм, що являлись не законодавчими актами, а традиційними звичаями, що санкціонувались з "мовчазної згоди" князівської влади. Більше того, сама князівська влада підпорядковувалась звичаєвим нормам. У праві того часу юридичні норми ще не повністю відокремились від релігійних уявлень і символічних ритуалів, моральних максим (чесність, справедливість). Ці моральні принципи зберігались і пізніше, про що свідчать багато прислів'їв: "Правда давніша між нами", "Правда світліша сонця", "Велике діло – гроші, а ще більше – правда".

Переломним етапом еволюції суспільно-політичних і правових відносин серед східних слов'ян стало VII ст. У цей час зникає з письмових джерел назва "анти", натомість все частіше згадується про слов'ян, організаційною формою яких був родовий союз, званий задругою. Звичаї нормативного характеру узгоджуються з інтересами нових суспільних та етнічних груп. У VII – VIII ст.ст. активізується процес відчуження князівської влади – князь стає монархом у племені, що обумовлює його діяльність та основні засади політики. Князівська влада також підпорядковується звичаєвим нормам середньовічного права.

Доба Київської Русі привертає особливу увагу при дослідженні звичаєвої культури, оскільки це були часи існування власної держави, основні закономірності правового розвитку якої визначили й подальшу долю української правової традиції попри усілякі впливи та негаразди, і саме з цією добою слід ідентифікувати себе сучасній Україні, як слушно зазначив професор М.І. Козюбра [7, с. 12].

В період становлення Київської Русі на правовідносини в середовищі східних слов'ян значний вплив справили нові соціально-економічні явища. На думку А. Яковліва, у праві Київської Русі можна побачити "звільнення індивіду від опіки суспільних зв'язків", індивідуальна діяльність якого в "значній мірі відбилася на нормах цивільного права" [16, с. 3]. Дійсно, наділення окремого індивіда здатністю самостійно (без посередництва сім'ї чи общини) та від власного імені виступати суб'єктом правовідносин (як публічно-правового так і приватно-правового характеру), може свідчити про ускладнення суспільних відносин, а відтак – і про існування досить розвиненої системи правових норм, покликаних ці відносини впорядковувати.

У хронологічних визначеннях початку держави серед дослідників виникають розбіжності. Більшість вчених, як минулого так і сучасних, відлік історичного розвитку Руської держави починають від перших київських князів, посилаючись на "Повість временних лет". Ва-

жається, що ранньофеодальна держава Київська Русь формувалася з IX до початку XII ст. Інші енциклопедичні джерела час виникнення держави, що охоплювала територію від Балтики до Чорного моря і від Закарпаття до Волго-Окського міжріччя, визначають рубіж VIII та IX ст. Академік Грушевський М.С. називав VII – IX ст. епохою початку державної організації слов'янських, у тому числі й українських, племен і ця організація у вченого мала назву – Київська держава, а юридичними кодексами цієї держави він вважав стародавні пам'ятки – "Руську Правду" у трьох редакціях, які скоріше фіксували звичаєві норми, ніж творили нові. Розбіжності переважно стосуються часу виникнення держави. Спорів щодо характеристики цього утворення не виникає. Дане утворення, як правило, визнається ранньофеодальним державою на чолі з єдиновладним монархом – Великим київським князем – з усіма властивими рисами та інститутами військової демократії. Особливість феодальної економіки полягає в поєднанні власності феодала (феодальної держави) на землю з господарюванням селянина на дрібній земельній ділянці, переданій йому в користування. Всі ці ознаки феодалізму були притаманні феодальній державі – Київській Русі. Винятковою ознакою Русі, як феодальної держави, була сільська територіальна община, яка мала назви "верв", "мир", "люди" і "село". Економічне значення верви полягало в общинному володінні частиною угідь – лісами, випасами, водоймами тощо.

Усі наглядові функції за "законністю" покладалися не тільки на Великого князя, а й на громаду тієї чи іншої землі у вигляді віча. Повноваження усіх посадових осіб, у тому числі й Великого князя, здійснювалися за звичаями, тобто "правдою батьків". Характер влади був змішаний, приватно-публічний. Влада князя була державною, але не суверенною, зокрема юрисдикційні повноваження у судочинстві він ділив із церковними установами. До того ж на чолі кожної уділу і кожної княжої волості стояв князь-монарх, що визнавав себе залежним від старшого князя. В державній владі князя перепліталися елементи як публічної так і приватної влади. Князівська публічна влада як володаря землі не відокремлювалась від влади володільця своїх дворів, тобто від приватного володіння. Державні податки та доходи з дворів князя йшли до однієї княжої казни, з якої й видатки покривалися як на приватні цілі так і державні публічні. Одні й ті ж люди були одночасно й державними урядовцями й приватними слугами монарха.

Із захопленням Києва князем Олегом починається етап стабільного співіснування князівської влади і звичаєвого права в умовах активного окняжіння територій. Перші зраки князівської правотворчості "устави" й "уроки" узгоджувались із звичаєвим правом і діяли на основі усної звичаєвої домовленості між князем і племінною верхівкою. Звичаєве право покладено в основу нововведень княгині Ольги у галузі регламентації даницьких відносин між київським князем і князями інших племен, однак в цей час стає наявним зародження елементів державного права.

Перші дослідники давньоруського права відмічали вплив на руське право скандинавського (норманського) чи германського права. Цей вплив розглядався ними як природний наслідок приходу варягів, або давніми зв'язками між руськими і германцями. Той факт, що варязькі дружини принесли на Русь нову військову організацію і передали слов'янам свій досвід ведення війни на морі й суходолі, не викликає заперечень. Однак питання про те, наскільки глибоким був вплив варягів поза військовою сферою, в тому числі й правовій, досі залишається спірним. В підручнику "Історія держави і права України"

[5, с. 46], виданому нещодавно, мова йде про неонорманізм, як відродження норманської теорії походження Київської Русі у деяких зарубіжних країнах.

Ідея значного (або ж визначального) впливу варягів на становлення й розвиток давньоруської держави й давньоруського права обстоювалася прихильниками так званої норманської теорії, що постала ще у XVIII ст. Створена німецькими вченими (дисертація Г.Ф. Міллера "Походження імені народу російського" та його учні й послідовники), ця теорія була прийнята й деякими російськими істориками (М.М. Карамзін, Ф.Л. Морошкін, К.Д. Кавелін), в тому числі й істориками-юристами (М.П. Погодін). Загальне висхідне положення норманської теорії, що зводилося, по суті, до тези про запровадження чи насадження варягами власних державних і правових інститутів серед підвладного слов'янського населення, при дослідженні давньоруського права втілювалося в ідеї повного (чи майже повного) запозичення східними слов'янами скандинавських правових норм та інститутів. Слід зазначити, що серед представників норманської теорії не було абсолютної єдності в поглядах на становлення давньоруського права й характер запозичення норм скандинавського і германського права. Всебічно вивчав цю проблематику й виклав на початку XX ст. у своїй праці "Норманська теорія в історії російського права" Ф.В. Тарановський.

Так, відомий історик М.М. Карамзін [6, с. 43] відмічав, що до приходу варягів древліани мали "обычаи дикие, подобно зверям", радимичі і в'ятичі "обитали во глубине веков". Аналізуючи "Руську правду", Карамзін неодноразово підкреслював, що "росияне получили свои гражданские уставы от скандинавов", що варяги "принесли с собою общие гражданские законы в Россию". Відмічаючи схожість норм Руської правди з германськими і скандинавськими законами, автор вважав, що слова "ти-вун", "віра" і деякі інші, що містяться в "Руській правді", скандинавського та німецького походження.

Звичайно, не можна не врахувати ту роль, яку зіграли нормани в організації Київської держави та розвитку права. Однак сам прихід варягів і захоплення ними політичної влади ще не передбачає докорінної зміни правової системи і витіснення місцевого права привнесеним. Навіть якщо допустити, що норми іноземного походження були більш досконалішими за місцеві, вони не могли сприйматися цілком і беззаперечно та порушити внутрішні закономірності розвитку державно-правових явищ. Взаємовплив скандинавського права й руського полягав не у запозиченні норм, а у взаємодіях, у використанні термінології, юридичної техніки, окремих правил. Схожість звичаєвих правил поведінки варварських народів обумовлена насамперед впливом дійотнакових суспільно-історичних факторів, проте розвиток права не може не відображати власні тенденції генезису суспільних відносин.

Ще більшого впливу на українське право здійснило візантійське право, особливо після налагодження торгівельних відносин, укладання договорів та прийняття християнства на Русі й поширення норм церковного права. Переклад на старослов'янську мову священних та богослужбових книг, здійснений святими рівноапостольними Кирилом та його братом Мефодієм, сприяли рецепції норм канонічного права, що значно вплинуло на звичаєві норми, формування яких здійснювалось у суспільстві з язичеськими віруваннями. За висловом М.Ф. Владимирського-Буданова, прийняття християнства спричинило "справжній переворот в усіх сферах правового життя". Вплив візантійського права став необхідним й неминучим. Однак слід зауважити, що переворот цей призвів не до заміни в цілому місцевого русь-

кого права правом візантійським, а лише до "необхідного засвоєння церковного права і вільної рецепції деяких кодексів візантійського світського права" [1, с. 114]. В той же час, прийняття християнства і формування церковних інститутів стимулювало власну законотворчу діяльність руських князів, які раніше у правовій сфері задовольнялися роллю застосувачів (при відправленні правосуддя) діючого звичаєвого права.

Руське звичаєве право багато в чому суперечило християнській моралі і нормам церковного права: багатоженство, способи і умови здійснення шлюбу, відпущення дружини, наложництво та інше – все потребувало виправлення. З часом майже усі юридичні джерела повністю були приведені у відповідність до принципів християнської моралі, ідеології та норм поведінки. Це вимагало визначення повноважень, привілеїв та імунітетів церковної влади на території держави. Впровадженню візантійських правил сприяло й те, що греки, які прибули на Русь із Візантії, не бажали користуватись в особистих і майнових відносинах місцевими звичаями, надаючи перевагу своєму звичному візантійському праву.

Разом з православною вірою, яка зумовила рецепцію візантійського права, Давня Русь прийняла від Візантії й Номоканон (збірка церковних канонів та державних законів). Існуючі джерела дають можливість судити про те, що на той час на слов'янські мови та діалекти були перекладені два корпуси церковних норм: а) Номоканон Іоанна Схоластика [9] і б) Номоканон патріарха Фотія та поширені на Русі у вигляді "Кормочі книги" (назва походить від слова "кормило", "кормач"). Наприкінці IX ст. найбільш відомим став Номоканон патріарха Фотія, в якому паралельно церковним правилам були підібрані статті і коментарі до них із Кодексу і Новел імператора Юстиніана. Переклад Номоканону був зроблений святим Мефодієм, просвітителем слов'ян у IX ст.

Поширення норм візантійсько-цивільного права на Русі здійснювалось духівництвом через посилання на Номоканон та узаконення візантійських імператорів в принагідних випадках для підкріплення власних доводів. На основі цих джерел духівництво прямо чи опосередковано намагалося схилити руських князів до зміни установлень і звичаїв давньої Русі, не узгоджених з початками державними, чи з вченням нової релігії і візантійським правом. Воно, наприклад, піклується про знищення розбою установленням смертної кари на підставі "градського закону", забороняє князям віддавати своїх дочок заміж за іновірців, продавати християн, визнає незаконним багатоженство і вступ у четвертий шлюб чи в близьких ступенях родства і без священного обряду вінчання. Прийняття християнства призвело до встановлення християнських форм шлюбу і прийняття візантійського шлюбного права. Шлюбіві передували заручини, які отримували релігійне освячення в особливому обряді. За нормами візантійського права, заручини – це лише перша стадія шлюбу, яка веде до встановлення родинних зв'язків, це звичайний договір, що міг укладатися в письмовій формі. Церква ж вважала шлюб не тільки договором, а й таїнством, однак цей вплив ще довго не сприймався і звичаєві норми тривалий час домінували у шлюбних відносинах. Таким чином через церкву, через посередництво візантійського Номоканону юридичні поняття та інститути римського права проникають в руське законодавство, впливають на нього. Рецепція візантійського права, а разом з тим римського права збагатили українське право новими правовими поняттями й нормами.

Схожість норм давньоруського права і права сусідніх народів можна пояснити не стільки прямим запозиченням іноземних правових норм, а схожістю суспільно-

економічного устрою Русі та інших держав, природною інтеграцією суспільних політичних інститутів, взаємним проникненням культур. Однак можна впевнено говорити про закономірності внутрішнього розвитку руського народу, його культури в тому числі й правової.

Після занепаду Київської держави звичаєве право знову стало єдиним джерелом права на українських землях, що були "під татарами". Період монголо-татарського нашестя характеризується поступовим згортанням общинної демократії, послабленням князівської влади, затуханням вічевої діяльності в містах, а також призначенням руських правителів в Орді. Відтепер глава волості не обирався народом, а визначався ханом, що підтверджувалося виданими в його ставці ярликами. Однак на розвиток права "монголо-татарське іго в силу об'єктивних причин не справило такого впливу, який воно мало на землі Московської держави" [7, с. 12].

"Руська правда" і неписане право, що доповнювало її, зберігали свою силу і після монголо-татарської навали у Галицько-Волинському князівстві та у Великому князівстві Литовському в перший період його правової історії. Воно продовжувало бути чинним в Галицько-Волинській державі, навіть після прилучення її земель до Польщі, аж до кінця XV ст. (доба "руського права"). В склад Литовської держави українські землі увійшли зі своїм звичаєвим правом, "своєю старовиною". Проголосивши принцип "старовини не рушити, новини не заводити", великі литовські князі підтвердили українським землям звичаєве право й сприяли його дальшому розвитку. Незабаром воно було засвоєне в усій Литовсько-Руській державі. З появою Литовських статутів звичаєве право не втратило свого значення. Перший Литовський статут (1529) прямо вказував, що за умов відсутності законодавчого регулювання слід керуватися звичаями. Дещо негативне ставлення до звичаєвого права було зафіксоване в Другому Литовському статуті (1566), який орієнтувався виключно на писані джерела. Така позиція виявилася нежиттєвою, і в Третньому Литовському статуті (1588) було підтверджено роль звичаєвого права як допоміжного джерела. Крім того, Литовські статuti усіх трьох редакцій кодифікували чимало норм, які походили від прадавніх правових звичаїв. Можливість використання звичаєвого права передбачали і поширені в Україні збірки магдебурзького права. Виключно на підставі звичаєвого права діяли "копні" суди.

Основною характерною рисою становища земель, що входили до складу Великого князівства Литовського було те, що в них, в основному, були збережені традиційні руські правові інститути. Більше того, руські впливи загалом, за висловом М.С. Грушевського, "широкою хвилею покотилися в нуτρο Литовської держави" [3, 100]. Руське право у Великому князівстві Литовському дістало можливість самостійного вільного розвитку, воно сприймалось, шанувалось та засвоювалось литовцями. Закріплення звичаєвих норм руського права у Литовських статутах свідчило не тільки про його визнання державною владою, а й значущість регулятивної дії впродовж тривалого часу та взаємодії з іншими правовими системами.

Із об'єднанням Литовської і Польської держав почався процес поширення норм польського права на українські землі, однак у більшості випадків ліквідація руських правових інститутів прямо за мету не ставилась, й руське право продовжувало діяти поряд із польським та литовським. Колонізація поляками та німцями східних українських земель, зокрема Галичини, привела до потіснення руського права. Польські урядовці у своїй адміністративній та управлінській діяльності спиралися на норми польського, а не місцевого руського права. Міс-

цеве українське населення у повсякденному житті все частіше стикалося з іноземним правом, яке все більше обмежувало сферу застосування права місцевого. Поширенню польського права на українські землі сприяли й домагання української шляхти щодо зрівняння її у правах зі шляхтою власне польських земель, що призвело до чинності польського земського права шляхом видання спеціального привілею у 1433 р. на території українських земель. В цілому ж польський вплив на українських землях, що були включені в склад Литовського князівства чи Королівства Польського, виразився не стільки у запровадженні власне польських правових інститутів та норм, скільки у поширенні норм права німецького (наприклад, магдебурзького) у вигляді привілейних грамот.

Пізніше Запорозька Січ стала місцем виникнення великої кількості правових звичаїв, які в сукупності склали нове поняття – козацьке право. Це право не знало писаних джерел і пропонувало за будь-яких обставин керуватися нормами "стародавніх військових звичаїв, словесного права і здорового глузду". А в часи Гетьманщини збереження "давніх прав", в тому числі й звичаєвого козацького права, розглядалося як важлива гарантія відносної автономії України у складі Російської імперії.

За Козацької доби звичаєве право виявило себе в самій державній організації та в чинності органів, створених на основах звичаєвого права. Держава запорозьких козаків та її органи і стали пам'ятками звичаєвого права цієї доби. Важливу роль відіграло в цей час звичаєве право і в козацькому судовому праві, як процесуальному, так і в матеріальному, цивільному й карному. В судовому процесі воно виявилось в різних символічних обрядах, в домінуючій ролі в процесі потерпілого, в публічності суду й карання, в участі громадськості в суді. В матеріальному праві воно виявилось в застосуванні судом норм звичаєвого права, часом і проти або на заміну писаного закону. Характерною рисою козацького права було утвердження свободи від феодалних повинностей та податей. Пам'ятками чинності звичаєвого права були судові акти та декрети різних судів Козацької держави, що зберігаються в Архіві Коша Запорозької Січі.

На Січі, як між іншим і в інших державах Середньовіччя, не було писаної конституції в сучасному розумінні слова, однак тут існував неписаний конституційний лад на основі постанов Кола, рішень Коша, судових прецедентів і, головне, звичаїв. На відміну від загальновибраного сьогодні принципу поділу влади на три гілки (законодавчу, виконавчу й судову), в Запорозькій Січі державний лад тривався на військовій, управлінській чи адміністративній владі, а також на судовій та церковній владі. Представницьким органом влади на Січі можна вважати Козацьку Раду (Коло), на якій право голосу мали тільки козаки; гласно та відкрито проходили її зібрання та голосування, що вважалося ознакою вольностей. Січові ради відтворювали староруські традиції народних віче, це був орган козацького самоврядування у вигляді загальних зборів козаків. Будь-яке питання внутрішнього життя та військових дій могло бути поставлене на обговорення Кола. По суті, це була своєрідна форма народоправства, оскільки вища влада на Січі належала зборам, а не уповноваженим чи обраним представникам. Поряд з обранням отамана та старшини, вирішенням питань війни та миру, на Колі "кидалися лясси", тобто проводилось жеребкування на право користування земельними ділянками та угіддями. Однак у демократизмі козаків можна віднайти ряд вад, що були властиві тогочасному суспільству. Голосування було примітивним, рішення приймалися без належного обговорення, своє ставлення козаки виражали криком, під-

киданням шапок. Розбіжності іноді вирішувались бійкою, траплялися випадки крайньої нетерпимості.

Вивчення документів свідчить, що козацьке право було становим, корпоративним правом. Захищаючи військово-політичну організацію запорозького козацтва, воно встановлювало різний правовий статус окремих груп населення Запорозьких Вольностей: січовиків (козаки, які постійно проживали на території Запорозької Січі), сидняків (козаки, які проживали на території Запорозьких Вольностей у зимівниках), посполитих (селяни, піддані Війська Запорозького, які за користування землею платили податок Кошу), сторонніх осіб. Про це, зокрема, свідчить система покарань за окремі види злочинів. Наприклад, у Запорозькій Січі у відповідно до звичаїв, убивство військового товариша розглядалося як найтяжчий злочин і каралося смертю, убивство людини, що не належала до запорозької громади, вважалося менш тяжким злочином. До козаків, особливо січовиків, не застосовували калічицькі покарання.

Козацьке право визначається не тільки як суто звичаєве, а ще й щиро національне. Воно майже не знало чужих впливів, ні права польського, руського чи татарського. Козацьке право є продуктом відносин чисто козацького суспільства, в його нормах втілені їх уявлення про право, справедливість, свободу, рівність. Національна обрядовість виявлялась принагідно у організації військових походів, обранні на певну посаду, в тому числі і кошового отамана, в побуті козаків, весільних святах тощо. Різноманітна, змістовна й образна обрядовість надавала звичаєвому праву характер життєвості й публічності; викликала увагу до судового процесу й співучасть у ньому не тільки безпосередньо зацікавлених осіб, але й громадськості; сприяла збереженню в народній пам'яті звичаєвих норм; засвідчувала правильність вживання звичаїв і підносила правотворчість народу.

На обрядовий характер, мальовничість норм звичаєвого права запорозьців вказував М. Слабченко: "В умовах козацької республіки всі найважливіші справи, як військові (походи, оборона), так і мирні (мисливство, рибальство, промисли) вирішувалися, як правило, гуртом, групою. Тому індивідуальне сприйняття світу окремим козаком нівелювалося до групового світосприймання. Крім того, козаки кожне явище сприймали як конкретне, не абстрагувалися від нього. На цьому ґрунтувалася запорозька судова практика. В умовах запорозького життя ту практику пізнавали козацькі маси не з окремих карних предметів чи актів, а з цілої обставини. Шибеницю, наприклад, в Січі асоціювали і з заряддям кари, і з ритуалом проїзду під нею злочинця власним конем, проводів тощо. Без мальовничості звичай не міг би утриматися... Мальовничість призводила до того, що в Січі могли розвинутися тільки певні інститути, що відповідали цілому потокові козацького життя, не розкладали основних його засад" [12, с. 285-286].

Демократичність козацького права проявилася у відсутності привілеїв для окремих соціальних груп, щорічний перерозподіл землі тощо. Найбільш демократичні засади козацького суспільства знайшли своє відображення пізніше у Конституції Пилипа Орлика (1710 р.).

До характерних рис козацького права можна віднести його суворість, яка була зумовлена військовим устроєм життя запорозьців. Знаний дослідник козацтва Д.І. Яворницький підкреслює суворість козацького права, що має певне пояснення. Однак, підкреслює Д.І. Яворницький, незважаючи на суворість, а інколи і нещадність норм звичаєвого норм козаків, в ньому була "чесність велика". Суворість покарань у запорозьких козаків, на його думку, пояснювалася трьома причинами: тим, що в Січ приходили люди високої моралі; вій-

сько жило без жінок і не знало їх пом'якшуючого впливу; козаки майже постійно вели військові дії, і тому підтримання порядку у війську вимагало особливо суворих заходів. Запорозьці поблажливо ставилися до минулого життя осіб, які прагнули записатися в козаки, але за порушення запорозьких порядків встановлювали суворі покарання: смертну кару (як просту, так і кваліфіковану), тілесні покарання, вигнання злочинців за межі Запорозьких Вольностей.

Доба Гетьманщини, що знаменувалась піднесенням національно-визвольного руху, активізацією козацької боротьби, загостренням соціальних протиріч, була бурхливою й піднесеною добою в історії українського народу. В роки відновлення української державності в середині XVI ст. її главою став гетьман. Ця посада з'явилась у другій половині XVI ст. й означала главу реєстрових козаків, тобто козаків, що знаходились на військовій службі у польського уряду. На кінець 1648-го – початок 1649 років Україна, що отримала офіційну назву Військо Запорозьке, мала всі основні ознаки державності: населення, територія, органи влади і управління, військо, право та ін. На думку О. Гуржія [4, с. 52] є усі підстави твердити про правове оформлення на середину 80-х років XVII ст. кордону між трьома державами: Річчю Посполитою, Україною (Гетьманщина, Малоросія) та Росією. Тоді ж визначився і західний рубіж власне українських і російських земель. Згідно з "Трактатом про вічний мир" 1686 р. досить чітко розмежувалися лівобережний і правобережний регіони, які мали риси практично автономних утворень у складі різних великих утворень, з тією лише різницею, що Правобережжя юридично не відокремлювалося від Польщі на протигагу Лівобережжю, розмежованому з Росією. Скасовано гетьманство на Правобережній Україні в 1704 р., а на Лівобережній – остаточно в 1764 р. (за правління російської цариці Катерини П). Поступове обмеження автономних прав України зумовило неабияке звуження політичних і економічних зносин з іншими державами, а остаточна їх втрата привела до втрати Україною ще остаточно не сформованого суверенітету і взагалі перестала існувати як державність. Водночас гетьман стає визнаним як всередині країни, так і за її межами главою держави. Навіть Польща в кінці 1648 р. офіційно визнає Богдана Хмельницького гетьманом, а в лютому 1649 р. до Києва прибули польські послы, щоб вручити йому відзнаки гетьманської влади.

Юридичну основу влади гетьмана складали норми усного звичаєвого права – "давні права та вольності", пристосовані до державного статусу Гетьманщини. Характер гетьманської державності базувався на нормах звичаєвого права як козаків, так і усієї людності на українських землях, та гетьманських універсалах. На деякий час призупинена була дія Литовських статутів та обмежено дію магдебурзького права. Звичаєве право було головним чинником правової системи Гетьманщини, ним користувались як судові так і адміністративні органи. Звичаєве право застосовувалося у процесі врегулювання правовідносин і мало великий вплив на писані джерела, що регулювали юридичний побут Гетьманщини.

Джерелом гетьманської влади слід вважати й законодавчі акти, видані державою. Так, у червні 1648 р. загальна військова рада прийняла "Статті про устрій війська Запорозького", що по своїй суті стали тим конституційним актом, спираючись на який гетьман видавав універсали, скликав раду, вершив суд та ін. На жаль, важливе юридичне джерело середини XVII ст. – "Статті про устрій Війська Запорозького" – до нашого часу не збереглося та зважаючи на особливості законотворчого процесу того часу, можна стверджувати, що в основу "Ста-

тей" було покладено норми усного звичаєвого права, напрацьовані головним чином в першій половині XVII ст. в низовому та городовому козацькому військові.

Суттєву увагу мали норми звичаєвого права на етапі входження України до складу Московської держави, коли царський уряд офіційно визнав збереження "давніх прав", у тому числі й звичаєве право як своєрідну гарантію автономії України. Польсько-литовська судова система була скасована, а нові судові органи орієнтувалися виключно на "давні права", які лише згодом стали уточнюватися у нормах гетьманського законодавства. У жалуваній грамоті, наданій Б.Хмельницькому і старшині 27 березня 1654 р. російський цар Олексій Михайлович закріпив право українського народу судитися за своїми звичаями: "Их права и вольности войсковые, как издавна бывали при великих князех русских и при королах полских, что суживали и волности свои имели в добрах и судах, и чтоб в те их войсвоие сули нехто не уступался, но от своих би старшин судились, подтврдити; и прежних би их прав, какови дани духовного и морского чину людем от великих князей русских и от королей полских, ненарушить".

У настійних спробах кодифікувати чинне на території Гетьманщини право всі підготовлені проекти, починаючи із відомої пам'ятки "Права, за якими судиться малоросійський народ" (1743 р.), віддавали належне звичаєвому праву України, використовуючи його як одне з джерел кодифікації, а також закріплюючи можливість його застосування для регулювання певних відносин у галузі шлюбно-сімейного і спадкового права та в деяких інших випадках.

З поширенням на Україну російського загальноімперського законодавства давні українські права збереглися у вигляді окремих норм, зокрема "Місцевих законів Полтавської та Чернігівської губерній", що містилися у Зводі законів Російської імперії. Російський Статут цивільного судочинства (1864 р.) допускав використання звичаєвого права у спадкових, родинних та земельних правовідносинах, щодо яких не було відповідного законодавчого регулювання. Окремі випадки застосування звичаєвого права при вирішенні питань, пов'язаних з користуванням громадськими пасовиськами й лісами, деякими аспектами трудових, шлюбних та спадкових відносин, мали місце навіть на початку XX ст. Аналогічно обмежене застосування норм звичаєвого права допускалося на українських землях Австро-Угорщини. Однак, починаючи з другої половини XVIII ст. у розвитку українського права вплив російського права постійно зростає і, зрештою, призведе до майже повного його витіснення. Слід звернути увагу, що ці дві правові системи, українське та російське право, були дуже схожими, з огляду на спільні витоки права слов'янських племен, ментальність народів, вплив християнства та візантійського права. Однак існували й певні відмінності між ними, зокрема характерною рисою розвитку права в Московській державі вже у XV-XVI ст.ст. стає тенденція домінування серед джерел права актів законодавчого характеру, зокрема судебників та "указних книг". Однак норми звичаєвого права застосовувались ще довго, тим більше що волосні суди могли посилатися на звичаї при розгляді селянських спорів ще й навіть після проведення судової реформи 1864 р.

Незважаючи на подальше витіснення звичаєвого права разом з іншими "давніми правами" загальноімперським законодавством, окремі випадки використання норм звичаєвого права траплялися навіть на початку XX ст.

Українське право є органічною частиною загальнолюдського права. Своєрідність цього положення залежить від того, що українська нація в силу цілого ряду

історичних причин втратила свою державність. У зв'язку з цим, якщо говорити про діюче до XIX ст. українське право, то таким було тільки право звичаєве, утворює автор статті "Історія дослідження українського права" Л.Окіншевич в Енциклопедії Українознавства [10, 630], в такій мірі, наскільки воно збереглося та регулювало відносини між собою членів окремих груп українського населення (передусім, звичайно, селянства) у межах певних галузей (наприклад, у родинному праві, спадковому тощо).

Українське звичаєве право епохи Середньовіччя характеризувалося природним характером виникнення, різноманітністю звичаїв, партикуляризмом, обрядовістю, символізмом; майже кожен процесуальний акт мав свої обряди, символи, що сприяли закріпленню в народній свідомості правових норм. До того ж правові акти здійснювалися при участі багатьох свідків. Відомою мірою це було властиве й звичаєвому праву XVI-XVIII століть, яке діяло поряд із державним законодавством, що розвивалося все більше й більше. Навіть після проведення в Росії судової реформи 1864 р. волосним судам дозволялося при розгляді справ у випадку необхідності керуватися нормами звичаєвого права ("по закону, по звичаєвості та внутрішньому переконанню") [11, с. 243].

Українське право, не дивлячись на великий вплив права інших народів, було глибоко національним. Значення правового європоцентризму не було вирішальним, і зовсім незначним був його вплив, зокрема, на козацьке право. Запорозька Січ виникла з неписаного досвіду народного життя, яке й створило властиві йому закони та необхідні установи. Січ узаконила давні звичаї, місцеві обряди і й народні традиції, надала їм загального значення й обов'язковості, тобто визнала їх офіційно, перетворивши у державно-правові норми. Лише необачна людина наважувалась порушувати рівновагу суспільного устрою козаків, за що піддавалася суворому покаранню. На рівнозвізі примусу і моральних норм, що прийняли форму звичаїв, й тримався суспільний лад Козацької держави. Національні демократичні ідеї козацтва здійснили вплив на правову систему й правову думку усієї України. Так, М.П. Драгоманов стверджував, що Конституція Пилипа Орлика (1710 р.), розроблена під впливом кошового отамана Костянтина Гордієнка, насправді була запорозьким проектом і могла виникнути в такому демократичному суспільстві як козацька спільнота.

На особливості українського звичаєвого права вказує А.І. Яковлів у статті "Звичаєве право" що ввійшла до збірки "Українська культура" [16, с. 230]. Він, як і багато інших вчених, вважає, що "основним і найважливішим джерелом українського права є неписане звичаєве право, що утворилося шляхом постійного дотримання протягом віків народних звичаїв та підпорядкування звичаєвим правилам правного життя й побуту". Норми неписаного, загалом, звичаєвого права зберігаються в народній пам'яті у формі певних психологічних переживань, почуття правди й свідомості обов'язку чинити так, як указують звичаї, й назовні ці норми виявляються тільки в принагідні моменти у формі чину відповідно до внутрішнього змісту звичаєвої норми. Чин як зовнішня форма вияву звичаєвого права супроводиться іноді особливими обрядами, завдання яких полягає в тому, щоб шляхом різноманітних зовнішніх актів зафіксувати в народній пам'яті правовий чин, а разом з ним і його юридичну форму, яку цей чин здійснював. Правові акти здійснювалися при участі багатьох свідків і не тільки в давню добу, а й у XIV – XVIII ст.ст., коли звичаєві правила діяли поряд з іншими джерелами, в тому числі й державним законодавством.

Обрядовість – ще одна риса українського права, на яку вказує А. Яковлів. Вона значною мірою присутня в усіх галузях права, однак надто багата в царині процесуального права, що вимагає найбільшої активної чинності. Майже не існує процесуальної дії чи інституту, які б не мали свого обряду-символу застосованого протягом віків. Наприклад, обряд "личкування" (обряд особистого свідчення, що підтверджувався показом лица – речі-доказу ще до початку суду комусь з представників влади) при розшуку майна при крадіжці, "закид шапки" при укладанні договору закладу, обряд "поволання" у кримінальних злочинах тощо. Обрядовість надавала українському праві життєвості, публічності, притягувала увагу до судового процесу, викликала співучасть у громадськості, сприяла збереженню звичаєвих норм у народній пам'яті. Шляхом постійного вживання протягом тривалого часу певні речення, в яких формулювалися правові дії, викристалізувалися в принципи звичаєвого права й народної правосвідомості у вигляді формул, приказок. Наприклад у "Руській правді" та інших джерелах зустрічаємо: "невільна людина не може бути свідком", "за холопа не платять віри", "своя хата – своя й правда", "правда не втоне в воді, не згорить в огні", "всі за одного, один за усіх", "наше – не наше, але й не ваше", "копа переможе й попа", "карай та назад оглядайся", "силою не дають, силою однімають" тощо.

Після повалення російського царату і австрійської монархії звернення до "дійсно народного права" стало одним з політичних гасел нової доби. В часи Української Центральної Ради, Гетьманської держави, Директорії та Західноукраїнської Народної Республіки окремі норми земельного, шлюбно-сімейного та спадкового права свідомо відтворювали норми звичаєвого права, які вважалися такими, що найбільше втілювали риси національного права. Зокрема ст. 8 Земельного кодексу УРСР передбачала, що одним із джерел земельного права був звичай, який, щоправда, міг застосовуватися лише в тій мірі, в якій не суперечив чинному законодавству. Радянському земельному та цивільному праву був відомий інститут "селянського двору", під яким розумілося спільне селянське господарство кількох осіб, що, як правило, перебували у родинних стосунках. Оскільки майно двору належало всім його членам, питання прийняття нового суб'єкта набувало важливого значення. Законодавство, однак, не давало чіткої відповіді на порядок та умови такого прийняття, хоча й передбачало можливість жінки набути такого статусу при одруженні незалежно від волі решти членів господарства. Щодо інших випадків, то тут доводилося звертатися до положень звичаєвого права, яке передбачало, що для прийняття так званих "приймаків" необхідна згода усіх членів родини.

За радянської влади спершу допускалася допоміжна роль звичаєвого права у деяких цивільних, земельних та інших правовідносинах, з'явилась навіть концепція "революційного звичаєвого права" академіка О.О. Малиновського. Він вважав, що в перехідний революційний період, коли зруйновано старий правовий порядок, звичаєве право стає основною формою права. Це право формує революційна правосвідомість відповідно до уявлень про свободу, рівність і справедливість, воно затверджується законодавчою владою, однак джерелом його є громадянське суспільство. За державою зберігаються законодавча функція та функція забезпечення виконання законів.

Український народ протягом довгого часу не міг творити свого права в найдосконалішій формі – писаного законодавства за винятком короточасного відновлення української державності 1917-20 років. Пра-

вниче минуле вивчалось лише як матеріал, що входив складовою частиною до правового розвитку інших націй. Його розглядали як частину історії розвитку правових норм Росії або Польщі.

Однак, згодом наприкінці 20-х років ХХ ст. сфера дії норм звичаєвого права суттєво звузилась, основним джерелом радянського права стали нормативні акти і звичаєве право майже повністю втратило своє значення, використовуючись лише у сфері міжнародного права та при регулюванні деяких відносин у торгівельному мореплаванні і в ряді інших випадків.

Еволюція соціальних відносин на українських землях поступово змінювала значення звичаєвого права. Упродовж віків воно було основним джерелом права, завдяки місцевим законам, звичаям та порукам" набувало державного авторитету, однак за посиленням ролі владних установ, ускладненням суспільних відносин та зростанням регулятивного значення писаних законодавчих актів, уступає провідне місце нормативно-державному законодавству.

В останні десятиліття розвитку вітчизняної юриспруденції із встановленням багатоаспектного підходу до розуміння права як явища, перш за все, загальносоціального віддається належне історії розвитку звичаєвого права та місця правового звичаю в системі джерел та форм права. Зокрема, у новому Цивільному Кодексі України (2003 р.) законодавець закріпив норму, за якою визнається звичай (наприклад, звичай ділового обороту) серед форм права в цивільному праві (ст. 7). Сімейний кодекс України (2002 р.) також містить аналогічну норму, за якою при вирішенні сімейного спору може враховуватися місцевий звичай, а також звичай національної меншини (ст. 11). Кримінальний кодекс України (2001 р.) встановлює відповідальність за порушення законів та звичаїв війни (ст. 438), зокрема жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами.

Однак, типовим для сучасного права є не посилення на звичай (санкціонування звичаю в нормативному акті), а нормативне закріплення самого звичаю, тобто пряме перетворення його в норму, встановлену законодавчим актом оскільки правовий звичай може існувати як в теоретичних так і історичних конструкціях. Соціальна значущість і ефективність правил поведінки, закріплених у звичаях, викликають необхідність забезпечення реалізації цих норм зі сторони держави та суспільства. Звичай історично і фактично передував закону. Він і в наш час виконує функцію, регулюючи такі соціально значущі відносини, де втручання законодавця або передчасно, або небажано. Закон у ряді випадків для свого розуміння потребує доповнення звичаєм. Поняття, які використовує законодавець, також часто потребують пояснень з точки зору звичаю. Неможливо, наприклад, не звертатись до звичаю, сказати, коли поведінка певної особи помилкова, чи є даний знак підписом, чи може правопорушник посилатись на пом'якшуючі обставини, чи є певне майно сімейним сувеніром, чи були моральні підстави для отримання письмового підтвердження зобов'язання. У таких випадках звичай виконує роль "додатку до закону".

Сьогодні в процесі формування сучасної національної правової системи України звернення до витоків українського права, звичаєвих традицій та з'ясування впливів на його формування набуває особливо актуального значення. Дискусії з приводу класифікації правових систем

сучасності і місця України в постсоціалістичному просторі правових систем є тому підтвердженням.

1. Владимирський-Буданов М.Ф. Обор истории русского права. – Ростов-на-Дону, 1995. 2. Гримич М. Дискусійні аспекти трактування терміна "звичаєве право" // Етнічна історія народів Європи. Збірник наукових праць. Випуск 8. – К., 2001. 3. Грушевський М.С. Історія України-Руси. У 11-ти томах. – К., 1993. т. 4. 4. Гуржій О. Українська козацька держава в другій половині XVII-XVIII ст.: кордони, населення, право. – К., 1996. 5. Історія держави і права України. Академічний курс у 2-х томах. За редакцією В.Я. Тація та А.Й. Рогожина. – К., 2000. 6. Карамзин Н.М. История государства Российского. – М., 2003. 7. Козюбра М.І. "Євразійська або слов'янська правова сім'я: реальність чи міф" // Українське право. 2003. № 1. 8. Лашенко Р. Лекції по історії українського права. – К., 1998. 9. Номоканон Іоанн Схоластика (схоластик – поняття, яке в

давнину означало "адвокат") – один з найбільш відомих систематизованих канонічних збірників, укладений патріархом Іоанном у Візантії в VI ст. та поширений, ймовірно, святим Мефодієм на Балкани та Русь в IX ст. 10. Окіншевич Л. Наука історії українського права. – К., 1957. 11. Праці Комісії для вивчення звичаєвого права ВУАН. Т. 4. 12. Слабченко М.Е. Соціально-правова організація Січі Запорозької // Праці комісії для вивчення історії західноруського і українського права. – Вип. III. – К., 1927. 13. Чубатий М.Д. Огляд історії українського права: історія джерел та державного права. – К., 1994. 14. Чубинський П.П. Очерк народних юридических обычаев и понятий в Малороссии. – С-Пб. 1869. 15. Енциклопедія Українознавства. – К., 1995. 16. Яковлів А. Українське право. //Українська культура. Лекції за редакцією Д. Антоновича. – К., 1993.

Надійшла до редколегії 16.12.09

В. Коваленко, здобувач

## ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФІНАНСОВИХ РИЗИКІВ

*Розглянуто питання щодо необхідності формування загального підходу до правового регулювання фінансових ризиків в економічній діяльності, проаналізовано наявну в цій справі дилему між необхідністю гарантувати свободу підприємства й одночасно забезпечити його учасників від загрози спричинення фінансового збитку діями інших осіб.*

*Ключевые слова: ризик, свобода підприємництва, фінансове право, фінансовий ризик.*

*Рассмотрен вопрос относительно необходимости формирования общего подхода к правовому регулированию финансовых рисков в экономической деятельности, проанализировано присущая этому процессу дилемма между необходимостью гарантировать свободу предпринимательства и одновременно обезопасить его участников от угрозы причинения финансового ущерба действиями других лиц.*

*Ключевые слова: риск, свобода предпринимательства, финансовое право, финансовый риск.*

*This article addresses the necessity of establishing a common approach to the legal regulation of financial risk management in economic activity It shows the inherent dilemma within the process between the need to guarantee free enterprise while at the same time protecting market participants from the threat of financial loss caused by the actions of others, and the need to impose statutory requirements for risk management.*

*Keywords: risk, free enterprise, financial law, financial risk.*

На сучасному етапі розвитку Української держави не сформовано цілісної теорії фінансових ризиків ні в економічній науці, що розробляє методи їх попередження і подолання, ні у правознавчій, яка мала б об'єднати комплексну систему правових методів захисту громадян від їх негативного впливу. І це попри те, що життя кожної людини в сучасному суспільстві залежить від наявності грошей. Володіння грошима звільняє від ризику голоду, холоду й інших природних негараздів, однак породжує небезпеку втратити цей важливий актив через зміну незалежних зовнішніх обставин, тобто покладає на їх власника новий ризик – фінансовий.

Для сучасного економічного середовища України характерним є посилення впливу факторів невизначеності в господарсько-фінансовій діяльності всіх учасників ринкових процесів, що актуалізує важливість фінансово-правового регулювання мінімізації ризиків, які супроводжують практично всі різновиди діяльності людини. Різноманітність форм, частота і характер вияву невизначеності зумовлюють необхідність дослідження причинно-наслідкових зв'язків та розроблення дієвих методів мінімізації негативних наслідків вияву ризиків на фінансових ринках України.

Дослідження ризиків саме у фінансово-правовому контексті стає особливо актуальним із проведенням економічних реформ, лібералізацією внутрішньої торгівлі та глобалізацією товарних ринків, а також розвитком внутрішньої і зовнішньої конкуренції. При цьому найважливішою умовою прогресивного розвитку ринкових відносин є створення відповідної нормативної бази, недосконалість якої нині призводить до значних утрат, а також спонукає до вчинення протиправних діянь у фінансовій сфері. Серед пріоритетів докорінних структурних перетворень гостро постає завдання уточнення та поглиблення наявних категорій і понять як загальної, так й особливої частини фінансового права, що мають першочергове загальнотеоретичне і практичне значення.

У прикладному аспекті актуальність проблематики фінансових ризиків зумовлена об'єктивною необхідністю ідентифікації, аналізу, вимірювання та управління ризиком у діяльності суб'єктів господарювання, зокрема, фінансових інститутів. Сучасний розвиток фінансових ринків породжує нові завдання врахування ризику в системі корпоративного управління фінансових інститутів, головними з яких є завдання інтегрованої оцінки ризику всього фінансового інституту, визначення розміру капіталу, необхідного для покриття потенційних ризиків на заданому акціонерами (учасниками) рівні надійності, оцінки ризику ліквідності тощо. Відповідно до цього необхідно розглянути фінансові ринки як об'єкт формування та вияву економічних ризиків та їх правове регулювання фінансовим правом України.

У науковій літературі існує велика кількість дефініцій, які в кінцевому підсумку стверджують, що ризик суб'єкта на фінансовому ринку – це невизначеність його фінансових результатів у майбутньому. Тому завдання фінансово-правової науки – з'ясувати, які заходи має вжити держава, щоб захистити суб'єктів економічної діяльності від невизначеностей, що можуть згубно вплинути на результати та перспективи суспільно корисної діяльності. Важливо підкреслити, що йдеться не про реальну шкоду, а про ймовірність спричинення такої шкоди.

Роберт Енгл, лауреат Нобелівської премії з економіки 2003 року, у своїй Нобелівській лекції зазначив: "Існують ризики, які ми приймаємо, бо винагорода за їх прийняття перевищує можливі втрати. Оптимальна поведінка передбачає прийняття ризиків, які дають високий результат" [1]. Нобелівською премією з економіки нагороджено Гаррі Марковіца. Його перша революційна праця, у якій було викладено засади та принципи формування ефективних портфелів цінних паперів, мала назву "Вибір портфеля: ефективна диверсифікація інвестицій" з так званою моделлю "дохідність – ризик", що вийшла друком 1952 року.

