

УДК 340.141:342

## ДЕРЖАВНЕ САНКЦІОНУВАННЯ ЗВИЧАЮ – ПЕРЕТВОРЕННЯ У ПРАВО?

*Мар'ян Бедрій*

*Львівський національний університет імені Івана Франка,  
вул. Університетська, 1, Львів, 79000,  
e-mail: bedrimm@gmail.com  
ORCID ID: 0000–0003–4021–1980*

Досліджено проблему державного санкціонування звичаю у співвідношенні з явищем правового звичаю. З'ясовано, що реальне юридичне значення має санкціонування звичаю лише державою, а санкціонування звичаєвих норм іншими суб'єктами не варто розглядати в цьому контексті. Обґрунтовано думку, що державне санкціонування є додатковою (факультативною) ознакою правового звичаю, а не основною (обов'язковою). В історії українського та світового права відомо чимало прикладів, коли правові звичаї існували без державного санкціонування.

Виявлено, що у більшості випадків звичаєва норма спочатку стає усталеним правилом поведінки в певній сфері правовідносин, тобто правовим звичаєм, а тоді отримує державне санкціонування. Таке санкціонування не надає їй юридичної чинності (вона вже її має де-факто), а забезпечує додержання звичаєвої норми органами та посадовими особами публічної влади.

Досліджено класичні способи державного санкціонування звичаю – мовчазну згоду держави, застосування звичаю в судовій і адміністративній практиці, відсилання до звичаю в законі. Доведено, що жоден із них не здатний перетворити звичай у право. Однак кожен спосіб посилює роль звичаїв у конкретній правовій системі та сприяє їхній юридичній чинності. Розмежовано поняття правового звичаю та санкціонованого звичаю. Держава може санкціонувати не тільки правовий, а й інший звичай. В останньому випадку згаданий звичай набуває правової релевантності, але не завжди стає юридичною нормою.

*Ключові слова:* держава, звичаєве право, юридична чинність, судова й адміністративна практика, мовчазна згода.

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2024.79.046>

Дієве та комплексне оновлення правової системи України в сучасних умовах вимагає великого обсягу науково-практичної роботи та висококваліфікованих правничих кадрів. За вказаних обставин зростає значення як юридичної освіти та науки загалом, так і конкретних досліджень державно-правових явищ. Значний науковий потенціал містять проблеми звичаєвого права, яке перебуває у гармонійній відповідності українській правовій традиції. Центральним поняттям цієї дослідницької сфери є правовий звичай, який поступово очищується і від легістських надмірностей, і від народного романтизму. Задля розвитку об'єктивних знань про нього доцільно проаналізувати феномен державного санкціонування звичаю та зіставити з результатами новітніх досліджень звичаєвого права. Інакше кажучи, настав час розпочати пошук відповіді на питання, *чи державне санкціонування насправді перетворює звичай у право?*

Серед сучасних дефініцій правового звичаю існує група визначень, які позиціонують державне санкціонування його обов'язковою ознакою. Зокрема

П. Рабінович визначив юридичний звичай як санкціоноване і забезпечуване державою вже існуюче загальне звичаєве правило поведінки. На його думку, різновидом такого звичаю може бути, наприклад, релігійна норма, загальнообов'язковість якої почала забезпечуватися державою [11, с. 126]. О. Скакун окреслює правовий звичай як акт-документ, що містить норми-звичаї (правила поведінки, які склалися в результаті багаторазового повторення людьми певних дій), які санкціоновані державою і забезпечуються нею [13, с. 215].

О. Васянович запропонувала наступну дефініцію: «правовий звичай – це соціальна норма, що була визнана суспільством авторитетним її сприйняттям як корисна, необхідна, покликана вирішувати різноманітні розбіжності у житті, побуті, шляхом одноманітного її застосування протягом тривалого часу без змін і закріплена законодавцем на державному рівні як норма права для захисту інтересів певного суспільства, гарантування виконання їх прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції» [4, с. 50]. Докладніша характеристика визначень правового звичаю (у тому числі тих, які наполягають на необхідності державного санкціонування) міститься в іншій статті [3].

Насправді ж санкціонованість є додатковою (притаманна не усім, але багатьом) ознакою правого звичаю, адже не можна погодитися з тим, що звичаї стають правовими тільки після їхнього санкціонування державою. Інколи в юридичній літературі висловлюються погляди про те, що звичай може санкціонувати не тільки держава, але і її органи та посадові особи, недержавні організації, сторони договору, суб'єкти міждержавних відносин або суспільство загалом. Вказана позиція також не може бути прийнята, адже в разі такого значного розширення кола суб'єктів санкціонування звичаю розмивається сама суть згаданого явища та його призначення.

Якщо санкціонування не вважати єдиним можливим шляхом перетворення звичаю в право (а саме це заперечення впливає з моїх багаторічних досліджень), то буде втрачена і потреба шукати інших форм санкціонування, крім державних. Санкціонування звичаю як діяльність держави (у тому числі її органів, посадових осіб, як у внутрішньдержавному житті, так і в зовнішніх відносинах) справді має сенс, адже в такий спосіб вона інтегрує звичаєву норму в систему свого позитивного права, забезпечує його публічним примусом та захищає від протидії суб'єктів, які мають намір уникнути її виконання чи дотримання. *Держава не перетворює звичай у право, але через механізм санкціонування сприяє його юридичній чинності.* Ефект від так званого санкціонування звичаю іншими суб'єктами є незіставно меншим.

Та чи варто називати санкціонуванням звичаю те, до чого держава не має стосунку? Під санкціонуванням розуміють дозвіл на чинність і можливість забезпечення санкціями. Коли йдеться про державу, то в неї є для цього відповідні повноваження та ресурси. Натомість інші суб'єкти не мають таких можливостей або ж мають у мінімізованому обсязі.

Якщо сторони договору домовилися про застосування певних звичаїв у їхніх відносинах (це практикується у сфері міжнародної торгівлі), то це не санкціонування в юридичному розумінні слова. Бо ці ж сторони можуть домовитися ще й про застосування в їхніх відносинах диспозитивних положень конкретних законів. Це аж ніяк не санкціонування, а узгодження умов договору. Автор цих рядків не знайомий з дослідженнями, які б стверджували, що сторони договору санкціонують закони, згадуючи їх у своїх угодах. Так само немає доцільності називати санкціонуванням визнання та фактичне виконання звичаю суспільством. Це зовсім інші явища, проаналізовані в іншій статті [1].

Правовий звичай насамперед ставав усталеним правилом поведінки у певній сфері правовідносин, а згодом санкціонувався державою. Причому це санкціонування не стільки надавало йому юридичної чинності (бо на той час він уже діяв у площині загальносоціального права), скільки забезпечувало його додержання органами та посадовими особами публічної влади. Історії українського та світового права відомі безліч випадків, коли правові звичаї були чинними в суспільстві без державного санкціонування. О. Волощенко пояснює описаний феномен тим, що виконання звичасво-правових норм забезпечує механізм, сформований самим суспільством. Коли ж держава санкціонує звичай, то цей механізм не усувається, а доповнюється публічно-примусовими елементами, що вмикаються в разі невиконання чи порушення санкціонованої норми [10, с. 55].

Державне санкціонування звичаю відбувається такими трьома основними способами: мовчазною згодою держави, застосуванням звичаєвих норм у практиці судових і адміністративних органів, а також відсиланням до звичаїв у законодавстві [15, с. 73]. Попри те, що вказані способи санкціонування є класичними для європейської юриспруденції, вони викликають низку сумнівів і заперечень. Передусім насторожує кількісна диспропорційність правових звичаїв, які *санкціоновані мовчазною згодою держави*. Їх незрівнянно більше, ніж правових звичаїв, що були санкціоновані в інший спосіб. Зрештою, це й не дивно, адже для мовчазної згоди не потрібно вживати жодних заходів – достатньо знати і не зреагувати на звичай. *Але тоді постає низка питань, з яких особливо гострими видаються наступні.*

По-перше, як швидко повинна зреагувати держава на певну практику, аби та не встигла вважатися такою, що санкціонована мовчазною згодою? Кілька днів, місяць, рік або інший термін? За таких умов невизначеності на мовчазну згоду могли би претендувати відверто шкідливі чи навіть злочинні практики, на які держава з якихось причин не встигла зреагувати.

По-друге, якою повинна бути реакція держави, щоб вона вважалася такою, що не допускає мовчазної згоди? У разі прямої заборони в нормативно-правовому акті резульат очевидний – мовчазної згоди немає. Та чи багато звичаїв таку заборону отримали? Ні, порівняно небагато. То чи всі інші звичаї вважатимуться такими, що санкціоновані мовчазною згодою? Дуже сумнівно. Ймовірно, мовчазну згоду можуть перервати також інші акти та дії органів і посадових осіб держави. Коли ці акти та дії мають загальний характер, це зрозуміло – мовчазна згода скасовується. А якщо йдеться, до прикладу, про одну посадову особу, яка займає низову ланку в системі органів державного управління? Чи її опору достатньо, щоб відкликати мовчазну згоду?

По-третє, чи в усіх випадках державі відомо про існування звичаїв? Можливо, у сучасному світі відповідь була би близькою до позитивної. Але в міру віддалення історичного періоду від сьогодення ставала б щоразу негативнішою з огляду на проблеми тогочасної комунікації. Прикладом незнання про звичай може бути ходіння під дерном в карпатських селах у часи Австро-Угорщини [9]. Того ж періоду стосується практика вирішення справ на підставі українського звичасвого права громадським судом у Добровлянах, про яку дрогобицький староста дізнався аж у 1873 р. та заборонив [16].

По-четверте, якщо визнати мовчазну згоду держави достатньою для перетворення звичаю в право, то навіщо розглядати інші способи санкціонування? Адже до того, коли держава застосувала звичай у судовій чи адміністративній практиці, або ж помістила посилання на нього в законі, він вже повинен був існувати в суспільній реальності з її мовчазної згоди. Тобто він уже був правом, бо в іншому

випадку він не зміг би існувати – держава б його опротестувала та заборонила. Якщо мовчазна згода держави справді перетворювала б звичай у право (а це насправді не так), то дві інші форми санкціонування (застосування в судовій та адміністративній практиці, посилення на звичай у законодавстві) за таких умов не могли би виконати цю функцію. Оскільки немає зрозумілого сенсу робити те, що вже зроблено.

З іншого боку, під так зване санкціонування мовчазною згодою держави підпадають більшість звичаїв позаправового характеру – релігійних, етичних, побутових та ін. Держава, як правило, не реагує на них, а тому можна констатувати її мовчазну згоду. Виняток становлять тільки небезпечні антисоціальні звичаї, які держава прямо забороняє. Їх значно менше, вони становлять поодинокі випадки. Слідуючи хибній логіці окремих позитивістів, звичаї, які не регулюють правових відносин, можуть вважатися правовими, адже більшість із них начебто санкціонована мовчазною згодою держави. Помилковість цього висновку дозволяє піддати сумніву та значною мірою спростувати позитивістські підходи до розуміння мовчазної згоди як способу санкціонування правового звичаю.

Однак автор цих рядків не виключає можливості існування мовчазної згоди держави і навіть частково погоджується з тезою, що вона може вважатися способом санкціонування звичаю. Натомість за жодних умов не можна погодитися з тим, що мовчазна згода держави сама собою може перетворити звичай у право. Цього аж ніяк відбутися не може. Водночас мовчазна згода держави становить важливий фактор у формуванні правового звичаю і його чинності в суспільстві. І річ не в тім, що держава в такий спосіб його формує чи надає юридичну чинність – цього немає. Вона лише не перешкоджає тим процесам, які відбуваються фактично, у самому суспільстві, без її участі. Ба більше, історії відомо чимало випадків, коли навіть прямий протест держави не був спроможним зупинити звичаєву правотворчість суспільства.

Мовчазна згода держави на існування правового звичаю може відбуватися у двох різних варіантах: 1) виник звичай, який суперечить закону, а держава на нього «мовчки» погодилася; 2) присутня прогалина в позитивному праві. У першому варіанті звичай має статус *adversus legem* (охарактеризовано в іншій статті [19]) і може спричинити стосовно положень закону їхнє відмирання, тобто *desuetudo* (авторське дослідження буде опубліковано згодом). Така ситуація є доволі рідкісною, тим паче в сучасному світі. Частіше впродовж історії траплявся другий варіант – прогалина у позитивному праві, коли держава не врегулювала певні відносини, а замість неї це зробило суспільство, створивши правовий звичай. Згадані прогалини бувають двох типів: відсутність конкретної норми в законі та відсутність групи законодавчих положень у певній сфері правового регулювання. Прогалини в позитивному праві не завжди є дефектом правової системи, адже інколи держави умисно залишають певну сферу без законодавчого регулювання задля збереження її гнучкості [10, с. 45].

*Застосування звичаєвих норм у практиці судових і адміністративних органів* є більш дієвою формою їхнього санкціонування, ніж мовчазна згода держави. У той час, коли наявність такої згоди з легкістю можна піддати сумніву (про це згадувалося вище), факт застосування звичаю в судовій і адміністративній практиці є виразним і доказовим. Він фіксується у відповідних актах і протоколах, до нього можна покликатися та підтвердити наочним матеріалом. Зафіксований в описаний спосіб факт судового чи адміністративного застосування стає майже неспростовним аргументом в дискусії про існування звичаю та його зміст.

Однак застосування звичаю у судовій і адміністративній практиці є менш розповсюдженою формою санкціонування звичаїв, ніж мовчазна згода держави. Пояснення цієї різниці цілком зрозуміле. Нормальним станом є те, що звичаї творяться суспільством для нього самого, ним визнаються та реалізуються в повсякденні, а відтак судові й адміністративні органи втручаються в цей процес здебільшого тоді, коли у ньому відбуваються збої чи відхилення. Тобто виникає спір, який вирішується судом, вчиняється правопорушення чи існує потреба докласти публічного примусу задля належного виконання звичаєвої норми.

З цього випливає те, що звичаї, які відповідають запитам суспільства, визнаються його суб'єктами, нормально та безперервно реалізуються, вкрай рідко потрапляють на сторінки судових рішень і адміністративних актів. Тобто такі авторитетні та дієві звичаї, як правило, судовою чи адміністративною практикою не санкціонувалися, бо в цьому не було потреби. Натомість в актах органів судочинства та публічного управління здебільшого санкціонувалися звичаї, зміст яких оспорювався, не визнавався однією зі сторін, або ті звичаєві норми, які були порушені учасниками суспільних відносин (недотримання заборони чи невиконання обов'язку).

У такий спосіб держава надавала підтримку звичаю, який ще формувався, з певних причин ослаб або мав невиразний зміст. Якщо розглядати санкціонування як механізм державної підтримки конкретних правових звичаїв, то все має логічний вигляд. Адже вона надається тим звичаєвим нормам, які її потребують. Але зовсім інакше це позиціонується, якщо вважати державне санкціонування єдиним можливим шляхом перетворення звичаю в право (так стверджують деякі позитивісти). З цього випливає *цілком помилковий висновок*, що держава перетворює в право здебільшого слабкі, сумнівні та порушені звичаї.

Цікавим фактом є те, що санкціонування звичаю в судовій практиці разом із санкціонуванням законодавцем було першим видом державного санкціонування звичаїв, виявленим у юридичній науці (йдеться про першу половину XIX ст.). Цей науковий здобуток належав британському вченому Дж. Остіну (1790–1859). Він першим заявив, що звичай може стати правом лише за умови його санкціонування державою. При цьому, він мав на увазі санкціонування звичаїв саме законодавцем або суддею [18, р. 37]. Британська правова традиція надає великого значення судовому прецеденту, тому якраз цьому джерелу права поряд зі законом Дж. Остін відводив визначальну роль у трансформації звичаю в право.

Його послідовники в інших країнах Європи розвинули цю думку, додавши можливість санкціонування звичаю ще й адміністративною практикою. Коли і ці форми санкціонування виявилися недостатніми, щоб «покрити» усі існуючі правові звичаї, була додана також мовчазна згода держави. Вона дозволила пояснити існування решти правових звичаїв, яких не санкціонували ні законодавець, ні суди, ні публічна адміністрація. Відтак за допомогою індуктивних умовиводів формувалася концепція державного санкціонування правового звичаю. Як відомо, такі умовиводи мають низький рівень вірогідності.

Із обґрунтованою критикою цього підходу виступив інший позитивіст (а точніше нормативіст) Г. Кельзен (1881–1973). Зокрема він вважав, що правозастосовні органи можуть використовувати у своїй діяльності норми звичаєвого права лише тоді, коли вони уповноважені на це. На його переконання, згадане уповноваження повинно відбутися в Конституції – і юридичній (бажано, але є рідкістю), і фактичній (необхідно для легального застосування звичаю) [6, с. 252]. Це особливо важливий аспект у концепції звичаєвого права Г. Кельзена, оскільки

він наголошував, що питання про те, чи «існує або ні факт звичаю може вирішувати лише правозастосовний орган» [6, с. 254].

Водночас він заперечував поширену думку про те, що суди створюють правові звичаї, санкціонуючи своїми рішеннями звичаєві норми. Г. Кельзен акцентував увагу на тому, що *суди здійснюють застосування вже існуючих правових норм*, і зокрема таких, які мають звичаєве походження: «як той орган, якому доводиться застосовувати певну створену шляхом узвичаєння норму, має визначити факт узвичаєності, себто вирішити питання, чи застосовувану ним норму справді вироблено шляхом звичаю, так мусить і орган, що йому треба застосувати норму, вироблену законодавчим шляхом, визначити факт прийняття відповідного закону». Відтак, суд або інший правозастосовний орган повинен у своїй діяльності встановити факт існування та конституційність правової норми незалежно від її походження – чи від закону, чи зі звичаю [6, с. 254].

Окрім того, у юридичній літературі досі триває дискусія щодо статусу звичаєвої норми, яка була застосована в судовому рішенні. Якщо припустити, що внаслідок цього вона набуває юридичної чинності (а це не так), тоді виникає інше закономірне питання – норма, що міститься в судовому рішенні, зобов'язує систему органів держави її враховувати при вирішенні аналогічних справ внаслідок санкціонування звичаю чи утворення судового прецеденту? Одні вчені вважають, що юридичної чинності набуває рішення, в якому зафіксований звичай, а не сам звичай, тобто вказують на утворення судового прецеденту. Інші ж, навпаки, переконані в тому, що юридичної чинності набуває сам звичай, згаданий у судовому рішенні [10, с. 49]. Ймовірно, це питання потребує додаткових досліджень, і відповідь на нього може відрізнятись у кожному конкретному випадку в залежності від особливостей відповідної правової системи.

Застосування звичаю в судовій і адміністративній практиці, без сумніву, є належним способом його державного санкціонування, але аж ніяк не перетворення у право. Якщо звичай регулює суспільні відносини, які перебувають поза предметом правового регулювання, то і застосовувати його у судочинстві чи публічному управлінні немає доцільності (за деякими винятками). Коли ж звичай фактично регулює правові (найбільш важливі) відносини, то він є правовим звичаєм незалежно від його застосування чи незастосування в судовій і адміністративній практиці.

Водночас застосування правового звичаю в судочинстві та публічному управлінні сприяє його чинності, але не спричиняє її. Ті норми звичаєвого права, що отримали судову чи адміністративну апробацію, стають більш чіткими, визначеними та збільшують тривалість свого існування. Зміст таких звичаїв, як і факт їхнього існування, значно легше доводити в разі виникнення спору чи інших розбіжностей. За таких умов правові звичаї краще інтегруються у функціональну складову системи позитивного права, а тому відіграють у державі більш вагомую роль.

*Відсилання до звичаїв у законодавстві* є найбільш рідкісним способом їхнього санкціонування. Сучасні законодавці віддають перевагу встановленню чітких норм із визначеними правилами поведінки, які мають чинність на території всієї держави. Натомість зазначення у законі можливості врегулювання правових відносин звичаєм (а особливо місцевим) створює ситуацію, коли в різних частинах держави правове регулювання має відмінності [10, с. 46] або ж суспільство створить звичаї, яких держава не очікувала та не схвалює. Попри ці труднощі, в законодавстві трапляються поодинокі випадки відсилання до звичаїв. У сучасній Україні кількість таких посилань є найбільшою в Цивільному кодексі [17].

Упродовж історії українського та світового права вказана тенденція не завжди домінувала. Для забезпечення юридичної чинності правового звичаю держави впродовж історії вдавалися до двох шляхів: створення спеціальних органів (зокрема судів), уповноважених приймати рішення на підставі звичаєвого права; впровадження до законодавчих текстів відповідних слів, термінів і формулювань невизначеного змісту, які відсилають до звичаїв [22]. Прикладом першого можна вказати створення волосних судів на українських землях у другій половині XIX ст. [12]. Натомість другий шлях був більш поширеним, адже в низці нормативно-правових актів, чинних на українських землях впродовж історії можна знайти посилання на звичай.

П. Волвенко цілком слушно звернув увагу на те, що на деяких історичних етапах публічна влада певної держави, посилаючись на звичаєве право у своїх актах, мала на меті не забезпечення юридичної чинності звичаїв, а в такий спосіб намагалася гарантувати суспільний авторитет і належну реалізацію своїх велінь [5, с. 212]. Особливо це стосувалося періодів становлення певної держави чи її влади на підкорених територіях, коли існував ризик невизнання, а відтак недієздатності (мається на увазі фактичну відсутність або неповноту юридичної чинності) відповідного законодавства.

Якщо норми звичаєвого права дослівно записувалися як статті нормативно-правових актів, вони автоматично втрачали звичаєвий статус і ставали нормами законодавства (це явище досліджено в іншій статті [2]). Натомість коли в законодавчих текстах диспозиція статті була бланкетною, а відтак відсилала до певного звичаю, не дублюючи його, така норма залишалася звичаєво-правовою та в такий спосіб санкціонувалася законодавцем. Наприклад, ст. 1 розд. VII Статуту Великого князівства Литовського 1566 р. передбачала, що можна здійснити розпорядження маєтками, які «батьківські і земські, материнські і вилучені, куплені і будь-яким звичаєм набуті» [14, с. 383-384]. При цьому, суть звичаю, яким майно було набуте стаття не подала, залишивши у просторі звичаєво-правового регулювання та непісаній формі.

Як і попередні два способи санкціонування, відсилання до звичаю в тексті закону, не перетворювало його в право, хоча й було до цього найбільш близьким. Річ у тому, що в разі відсилання законом до правового звичаю, він вже був фактичним регулятором відповідних відносин, і згадка про нього в нормативному тексті лише це підтверджувала. Коли ж звичай, про який згадував закон, не був правовим (побутовим, релігійним тощо), то і таке санкціонування не було здатним його трансформувати в право. Він ставав санкціонованим, але не правовим.

Для прикладу варто згадати § 3 ст. 922 чинного Цивільного кодексу Республіки Польща, відповідно до якого «до спадкових боргів належать кошти похорону спадкодавця у обсязі, в якому цей похорон відповідає звичаям, прийнятим у даному середовищі» [20, с. 224]. Якщо слідувати логіці окремих позитивістів і необачно визнати, що всі звичаї, санкціоновані законодавцем, перетворюються в правові, то можна дійти помилкового висновку, згідно з яким у Польщі всі поховальні звичаї стали правовими. А цього аж ніяк не відбулося, бо згадані звичаї не були правовими до їхнього санкціонування і такими залишилися після нього.

Але, разом з тим, варто визнати, що вказані звичаї, хоч і не стали правовими, але набули правового значення – з огляду на них визначаються обсяги боргових зобов'язань спадкоємця. Так само трапляється і в інших випадках, коли держава санкціонує в законі звичай, який не є правовим, тобто не регулює правову матерію – найбільш важливі суспільні відносини. Тоді звичаї не стають правовими, але впливають на стан правового регулювання. Згідно з класифікацією, запропонованою

Я. Ліцем [23, с. 186-187], такі звичаєві норми стають звичаями з правовою релевантністю – не є частиною системи права, але мають певне значення в процесі правозастосування.

Подібні приклади присутні також у чинному українському законодавстві. Зокрема у ст. 74<sup>1</sup> Основ законодавства України про охорону здоров'я народну медицину (цілительство) визначено як методи оздоровлення, профілактики, діагностики і лікування, що ґрунтуються на досвіді багатьох поколінь людей, усталені в народних традиціях і не потребують державної реєстрації [8]. Як видається, словосполучення «усталені в народних традиціях» є відсиланням до звичаю, оскільки він є насамперед усталеним правилом поведінки загального характеру. Та чи стали після цього санкціонування всі народні звичаї лікувально-оздоровчого змісту правовими (тобто перетворилися в правові норми)? Очевидно, що ні. Однак вони набули правового значення (правової релевантності), адже з огляду на них визначається та лікувальна діяльність, яка вважається цілительством (народною медициною) і не потребує державної реєстрації.

Відтак звичай, якого санкціонувала держава в тексті нормативно-правового акту, є санкціонованим звичаєм, якого не варто ототожнювати з правовим звичаєм. Санкціоновані державою звичаї бувають двох видів (правовими та релевантними праву) залежно від їхньої природи – тої, яку вони мали до свого санкціонування. Внаслідок санкціонування звичаю в законі нормативні положення уточнюються чи пояснюються, тому звичаєва норма однаково отримує правове значення, проте не перетворюється в право тільки через це.

Авторський каталог способів санкціонування правових звичаїв пропонує О. Васянович, поділяючи його на законодавче і правозастосовне. Законодавче санкціонування звичаю правознавиця класифікує на загальне та конкретне (дозвіл застосування звичаю у випадку прямого посилання в конкретній нормі нормативно-правового акту). Загальним санкціонуванням окреслюються ті випадки, коли Конституція визнає звичай джерелом права в державі, а також тоді, коли кодекс чи інший закон уповноважує звичай на регулювання конкретної галузі правовідносин. Натомість до правозастосовного санкціонування О. Васянович відносить: судове (суд застосовує звичаєву норму в конкретній справі), адміністративне (звичай застосовується органами публічного управління), відомче (внутрішньоорганізаційний звичай сформувався в практиці державного органу), договірне (сторони договору домовляються, які звичаї застосовуються в їхніх відносинах), мовчазне (аналог мовчазної згоди держави), визнання державою міжнародного звичаю [4, с. 43-44].

Ю. Лобода пропонує інший погляд на досліджувану проблему. Зокрема він акцентує увагу не на державному санкціонуванні, а на юридизації звичаєвого права державою, виокремлюючи три ступені цього процесу: держава допускає застосування норм звичаєвого права у громадах та інших соціальних спільнотах, не визнаючи при цьому їхнього юридичного значення в ході правозастосування компетентними органами публічної влади; держава визнає юридичне значення звичаєвого права, його норм, процедур і результатів їхнього застосування самими громадами, але не забезпечує їхню чинність публічним примусом; держава забезпечує застосування норм звичаєвого права комплексом своїх організаційних, виховних та примусових засобів [7, с. 168].

Як відомо, звичай твориться стихійно (у суспільному розумінні цього слова). На думку Є. Врублевського, роль держави в процесі звичаєвої правотворчості зводиться до того, щоб розмежувати звичаї, які з погляду компетентного органу є раціональними та корисними, тому на їхній підставі слід приймати владні рішення,



від тих, яких не варто враховувати чи навіть треба їм протистояти. Протистояння таким звичаям часто становить складне завдання для держави загалом і законодавця зокрема [24, с. 22].

Водночас участь держави у формуванні та розвитку суспільних (і разом правових) звичаїв є дещо ширшою. Державний юридичний вплив на звичасву модель поведінки може мати на меті: 1) стимулювання й уточнення змін, що відбуваються у звичаях суспільства; 2) створення умов для того, щоб могли відбутися зміни у звичасвих моделях поведінки; 3) легалізація змін у звичаях суспільства; 4) поступове гальмування змін, які відбуваються у звичаях; 5) утримання «статусу кво» у звичасвих моделях поведінки; 6) викоринення зі суспільного життя звичаїв, які є шкідливими [21, с. 159].

З цього слідує, що вплив держави на формування, розвиток, зміну та припинення звичасвого права є суттєвим. Він не обмежується санкціонуванням, а виявляється у широкому спектрі заходів, які різняться залежно від оцінки змісту звичаю державою. Але попри вагомість державного впливу на звичасве право, він не має визначальної ролі, адже у звичасвій правотворчості провідна позиція належить суспільству, і результати дослідження державного санкціонування правового звичаю це переконливо підтверджують.

**Висновки.** Підсумовуючи результати дослідження, можна дійти до низки висновків. По-перше, державне санкціонування не перетворює звичай у право. Однак таке санкціонування сприяє його належному застосуванню та охороні відповідними органами і посадовими особами. По-друге, лише санкціонування звичаю державою має реальний юридичний сенс, і здатне посилити його позиції у конкретній правовій системі. По-третє, держава може санкціонувати як правовий звичай, так і інший. У разі санкціонування неправового звичаю він набуває правової релевантності (впливає на правозастосування), але не завжди стає саме юридичною нормою.

#### Список використаних джерел

1. Бедрій М. М. Основні та додаткові ознаки правового звичаю у контексті пошуків його дефініції. *Science Rise: Juridical Science*. 2018. № 1 (3). С. 25–33.
2. Бедрій М. М. Систематизація українського звичасвого права: історико-юридичний аспект. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2024. № 2. С. 17–22.
3. Бедрій М. М. Сучасні підходи до визначення поняття правового звичаю. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 4. С. 15–19.
4. Васянович О. А. Правовий звичай у правових системах сучасності. Київ : КНЕУ, 2014. 183 с.
5. Волвенко П. В. Українське звичасве право і традиції в сучасному правовому дискурсі: в контексті комунікативної теорії джерел права. *Методологічні проблеми історико-правових досліджень* : матер. XXIII Міжнар. історико-правової конф. 24–26 вересня 2010 р., м. Алушта / ред. кол. : І. Б. Усенко (гол.) та ін. Київ ; Сімферополь : ДОЛЯ, 2011. С. 209–217.
6. Кельзен Г. Чисте правознавство. 3 дод. (Проблема справедливості) / пер. з нім. О. Мокровольського. Київ : Юніверс, 2004. 496 с.
7. Лобода Ю. П. Правова традиція українського народу (феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу). Львів : Світ, 2009. 280 с.
8. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#n3>.
9. Охрімівич В. Знадоби до пізнання народніх звичайів та поглядів правних. *Житє і слово*. Львів, 1895. Т. 3. С. 296–307; 387–401.

10. Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І. Б. Усенка. Київ : Наукова думка, 2006. 280 с.
11. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. Львів : Край, 2008. 224 с.
12. Селіхов Д. Волосні суди в Україні: організація, діяльність та місце в селянському самоврядуванні після аграрних реформ 1860–1866 років. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. 1 (48). С. 117–128.
13. Скакун О. Ф. Теорія держави і права. Київ : Алерта, 2014. 524 с.
14. Статути Великого князівства Литовського : у 3-х томах / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. Т. 2. Статут Великого князівства Литовського 1566 року. Одеса : Юридична література, 2003. 560 с.
15. Толкачова Н. Звичаєве право. Київ : ВПЦ «Київський університет», 2006. 367 с.
16. Франко І. Громада Добровляни (матеріали до монографії). *Іван Франко*. Збір. тв. : у 50 т. Київ : Наук. думка, 1984. Т. 44. Кн. 1. С. 496–504.
17. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
18. Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law: in two volumes. Vol. 1. London : John Murray, Albemarle Street, 1869. 528 p.
19. Bedrii M., Syrko M. The classification of the legal customs of the Ukrainian people: historical-legal aspect. *Wroclawsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze*. 2024. 14. S. 115–126.
20. Kodeks cywilny. Stan prawny: 12 stycznia 2016 roku. Bielsko-Biala: Od.Nowa, 2016. 284 s.
21. Kojder A. Prawo jako narzędzie zmiany zachowań zwyczajowych. *Studia socjologiczne*. Wrocław, 1973. 2 (49). S. 145–160.
22. Leszczyński L. Ewolucja odesłań pozaprawnych w systemach prawa stanowionego. *Studia z historii państwa, prawa i idei. Prace dedukowane profesorowi Janowi Malarczycowi* / pod red. A. Korobowicza, H. Olszewskiego. Lublin : Wydawnictwo UMCS, 1997. S. 217–230.
23. Lic J. Zwyczaje i prawo zwyczajowe. *System prawa handlowego* / pod. red. S. Włodyki. T. 1. Prawo handlowe – część ogólna. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck, 2009. S. 146–273.
24. Wróblewski J. Zasady teorzenia prawa. Warszawa: PWN, 1989. 179 s.

## References

1. Bedrii, M. M. (2018). Osnovni ta dodatkovii oznaky pravovoho zvychaiu u konteksti poshukiv yoho definitsii. *Science Rise: Juridical Science*, 1 (3). 25–33.
2. Bedrii, M. M. (2024). Systematyzatsiia ukrains'koho zvychaieivoho prava: istoriko-iurydychnyj aspekt. *Analychno-porivnial'ne pravoznavstvo*, 2. 17–22.
3. Bedrii, M. M. (2023). Suchasni pidkhody do vyznachennia poniattia pravovoho zvychaiu. *Analychno-porivnial'ne pravoznavstvo*, 4. 15–19.
4. Vasianovych, O. A. (2014). *Pravovyi zvychai u pravovykh systemakh suchasnosti*. Kyiv : KNEU.
5. Volvenko, P. V. (2011). Ukrains'ke zvychaieve pravo i tradytsii v suchasnomu pravovomu diskursi: v konteksti komunikatyvnoi teorii dzherel prava. Usenko, I. B. (editor-in-chief). *Metodolohichni problemy istoriko-pravovykh doslidzhen'* : mater. XXIII Mizhnar. istoriko-pravovoyi konf. 24–26 veresnia 2010 r., m. Alushta. Kyiv : Simferopol: Dolia. 209–217.
6. Kelsen, H. (2004), Mokrovols'kyi, O. (transl.). *Chyste pravoznaznavstvo. Z dod. (Problema spravedlyvosti)*. Kyiv : Yunivers.
7. Loboda, Yu. P. (2009). *Pravova tradytsiya ukrains'koho narodu (fenomen ta obyekt zahal'noteoretychnoho diskursu)*. Lviv : Svit.
8. *Osnovy zakonodavstva Ukrayiny pro okhoronu zdorovya*: Zakon Ukrayiny (19.11.1992) nr 2801-XII. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#n3>.

9. Okhrimovych, V. (1895). Znadoby do piznannia narodnikh zvyhajiv ta pohliadiiv pravnykh. *Zhytie i slovo*. Vol 3. 296–307, 387–401.
10. Usenko, I. B. (ed.) (2006). *Pravovyi zvychai yak dzherelo ukrains'koho prava IX–XIX st.* Kyiv : Naukova dumka.
11. Rabinovych, P. M. (2008). *Osnovy zahal'noyi teoriiy prava ta derzhavy*. Lviv : Krai.
12. Selikhov, D. (2007). Volosni sudy v Ukraini: orhanizatsiya, diial'nist' ta mistse v selians'komu samovriaduvanni pislia ahrarnykh reform 1860–1866 rokiv. *Visnyk Akademiyi pravovykh nauk Ukrainy, 1 (48)*. P. 117–128.
13. Skakun, O. F. (2014). *Teoriya derzhavy i prava*. Kyiv : Alerta.
14. Kivalov, S., Muzyhenko, P., Pankov, A. (eds.) (2003). *Statuty Velykoho kniazivstva Lytovs'koho u 3-kh tomakh*. Vol. 3. *Statut Velykoho kniazivstva Lytovs'koho 1566 roku*. Odesa : Yurydychna literatura.
15. Tolkachova, N. (2006). *Zvychayeve pravo*. Kyiv : VPC «Kyivs'kyj universytet».
16. Franko, I. (1984). Hromada Dobrovliany (materialy do monohrafiyi). *Ivan Franko*: Zibr. tv. u 50 t. Vol. 44, 1. Kyiv: Nauk. dumka.
17. *Tsyvil'nyi kodeks Ukrainy* (16.01.2003) nr 435-IV. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
18. Austin, J. (1869). *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*: in two volumes. Vol. 1. London : John Murray, Albemarle Street.
19. Bedrii, M., Syrko, M. (2024). The classification of the legal customs of the Ukrainian people: historical-legal aspect. *Wroclawsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze, 14*. 115–126.
20. *Kodeks cywilny*. Stan prawny (12 stycznia 2016 roku). Bielsko-Biala : Od.Nowa.
21. Kojder, A. (1973). Prawo jako narzędzie zmiany zachowań zwyczajowych. *Studia socjologiczne, 2 (49)*. 145–160.
22. Leszczyński, L. (1997). Ewolucja odesłań pozaprawnych w systemach prawa stanowionego. Korobowicz, A., Olszewski, H. (eds.). *Studia z historii państwa, prawa i idei. Prace dedukowane profesorowi Janowi Malarczycowi*. Lublin : Wydawnictwo UMCS. 217–230.
23. Lic, J. (2009) Zwyczaje i prawo zwyczajowe. Włodyka, S. (ed.). *System prawa handlowego*. Vol. 1. Prawo handlowe – część ogólna. Warszawa : Wydawnictwo CH Beck.146–273.
24. Wróblewski, J. (1989). *Zasady tworzenia prawa*. Warszawa : PWN.

## STATE SANCTIONING OF A CUSTOM – TRANSFORMATION INTO LAW?

*Maryan Bedrii*

*Ivan Franko National University of Lviv,  
1, Universytetska Str., Lviv, Ukraine, 79000,  
e-mail: bedriimm@gmail.com*

ORCID ID: 0000–0003–4021–1980

The article is dedicated to the issue of state sanctioning of a custom in relation to the phenomenon of customary law. The idea of the need for state sanctioning of a custom in order to transform it into law was introduced by the British positivist John Austin (1790–1859). He was the first to assert that a custom can become law only if sanctioned by a legislator or judge. Followers of this approach further developed his ideas, adding the possibility of sanctioning a custom by administrative practice or through the state's tacit consent.

It is determined that a real legal significance lies only in the state's sanctioning of a custom, and the sanctioning of customary norms by other entities should not be considered in this context. The article argues that state sanctioning is an additional (optional) characteristic of

customary law, rather than a fundamental (obligatory) one. Historical examples from both Ukrainian and global legal systems show that many legal customs existed without state sanctioning.

It is revealed that, in most cases, a customary norm first becomes an established rule of conduct in a specific area of legal relations (i.e., a legal custom) and only later receives state sanctioning. Such sanctioning does not grant it legal force (it already has *de facto* legal force) but ensures that public authorities and officials observe the customary norm.

The article examines the classic methods of state sanctioning of a custom: the state's tacit consent, the application of a custom in judicial and administrative practice, and the reference to a custom in the legislation. It is proven that none of these methods can transform a custom into law. However, each of them strengthens the role of customs within a specific legal system and contributes to their legal force. The distinction between legal custom and sanctioned custom is clarified. The state can sanction not only legal customs but also other customs. In the latter case, the sanctioned custom acquires legal relevance but does not always become a legal norm.

It is specified that when customary law norms are literally recorded in the articles of legal acts, they lose their customary status and become legislative norms. However, in cases where a statutory provision refers to the custom without detailing its content, the norm retains its customary status and is sanctioned by the legislator. General sanctioning refers to instances when a constitution recognizes a custom as the source of law in a state, or when a code or other law authorizes the custom to regulate a specific area of legal relations.

*Keywords:* state, customary law, legal force, judicial and administrative practice, tacit consent.

*Стаття: надійшла до редакції 16.09.2024  
прийнята до друку 19.11.2024*