

4. Винниченко В. Відродження нації (Історія української революції: марець 1917 р. – грудень 1919 р.). – У 3-х томах / В. Винниченко. – К. : Вид-во політ. літератури України, 1990. – Т. 2. – 154 с.
5. Романчук О. Ультиматум. Хроніка одного конфлікту між Раднаркомом РРФСР і Центральною Радою / О. Романчук. – К. : Знання, 1990. – [Серія: "Світогляд"]. – 62 с.
6. Історія України : навчальний посібник / В. Ф. Верстюк, О. В. Гарань, О. І. Гуржій та ін. ; за ред. В. А. Смолія. – К. : Альтернатива, 1997. – 424 с.
7. Антонов-Овсеєнко В. А. Записки о гражданской войне : в 3-х т. / В. А. Антонов-Овсеєнко. – М. : Высший военредсовет, 1924. – Т. 1. – 300 с.
8. Солдатенко В. Ф. Україна в революційну добу. Історичні есе-хроніки. Рік 1918: – У 4-х т. / В. Ф. Солдатенко. – К. : Світогляд, 2009. – Т. 2. – 410 с.
9. Вовк Ю. Формування та діяльність уряду радянської України у 1917–1922 роках / Ю. Вовк // Вісник Львівського університету. – Серія юрид. – 2010. – Вип. 51. – С. 27-34.
10. Российский Государственный Военный Архив в Москве. – Ф. 25860. – Народный комиссариат по военным делам УССР. – Оп. 1. – Спр. 345. – 27 арк.
11. Там само. – Оп. 1. – Спр. 258. – 153 арк.
12. Фельштинский Ю. Крушение мировой революции: Брестский мир: октябрь 1917 – ноябрь 1918 / Ю. Фельштинский. – М. : Терра, 1992. – 656 с.
13. Центральний Державний Архів Громадських Організацій України. – Ф. 5. – Оп. 5-1. – Спр. 16. – Арк. 421.
14. Захарченко П. Історія держави і права України / П. Захарченко. – К. : Атіка, 2005. – 367 с.
15. Ленін про Україну: збірник з праць : у 2-т. – Т. 1. – К. : Політвидав, 1977. – 723 с.

***Захарченко П. П. Третий Универсал Украинской Центральной Рады как акт провозглашения государственной независимости Украины.***

*В статье мотивируется позиция о юридической природе III Универсала УЦР как акта, который юридически оформил факт провозглашения независимости Украинской Народной Республики.*

***Ключевые слова:*** Украинская Центральная Рада, Украинская Народная Республика, III Универсал, большевицкая интервенция, Совнарком, гражданская война.

***Zaharchenko Petro. Third Universal of the Ukrainian Central Rada as an act of the proclamation of independence of Ukraine.***

*The article justifies the idea of the legal nature of the third UCC's Universal as an act that legalized the declaration of independence of the Ukrainian People's Republic.*

***Keywords:*** Central Council of Ukraine, the Ukrainian People's Republic, the Third Universal, Bolshevik intervention, Sovnarkom (Council of People's Commissars), civil war.

УДК 316.334.4

***Кобан О. Г.***  
***Київський національний університет***  
***імені Тараса Шевченка***

## **ВЧЕННЯ УКРАЇНСЬКОГО МИСЛИТЕЛЯ Є. ЕРЛІХА ПРО РОЛЬ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА В ПРАВОСУДДІ ТА У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ**

*Проаналізоване вчення вітчизняного науковця-юриста Є. Ерліха щодо джерел формування звичаєвого права, яке він пояснює на прикладах римського права. Розглянуті погляди мислителя про загальні риси та відмінності права і звичаїв. Досліджена можливість входження норм*

звичаєвого права у правосуддя, санкціонування звичаєвого права шляхом прийняття судових рішень. Викладений погляд Є. Ерліха щодо зворотного впливу звичаєвого права на прийняття судових рішень.

**Ключові слова:** звичаєве право, судові рішення, позитивна школа права, джерела походження звичаєвого права, санкціонування звичаєвого права.

Аналіз сучасної юридичної літератури свідчить про підвищення уваги науковців до питань походження звичаєвого права, його формування та входження до системи права. Актуальність вивчення проблематики звичаєвого права зумовлена наступними обставинами: значенням того, що правові звичаї були історично першою і пануючою у свій час формою права; неоднозначністю дослідження правового звичаю та звичаєвого права в правовій науці, різноманітних форм його санкціонування державою

До вагомих досліджень цього напрямку віднесемо наукові праці європейських (Р. Давід, К. Цвайгерт), англомовних (Г. Берман, Д. Ллойд, Л. Фуллер), російських (Д. Г. Грязнов, О. В. Малова, В. Г.), українських (М. Бедрій, М. Гримич, О. Іванівська, М. Жовтобрюх, Н. Толкачова, І. Усенко, О. Шевченко) правників. Особлива увага фахівцями приділяється недостатньо вивченій науковій спадщині вченого, що виріс на Буковині, Є. Ерліха. Він у своїх публікаціях та виступах відзначав роль та значення звичаю та звичаєвого права у формуванні законодавства та судових рішень, обґрунтовував хибність тверджень представників позитивістської школи права.

Найбільш загальним сучасним розумінням звичаю є його поняття як усталеного, стійкого правила поведінки, що склалося в результаті багаторазового застосування у певній сфері суспільних відносин, але не встановлене законодавством [1, с. 54]. Під звичаєвим правом розуміють систему прав і обов'язків соціальних суб'єктів, сформованих у процесі їхньої спільної життєдіяльності, закріплених у свідомості як правових норм, обов'язковість дотримання яких ґрунтується на загальному переконанні їхньої правильності та забезпеченні впливом зовнішнього авторитету [2, с. 32].

До аналогічного визнання правового звичаю та звичаєвого права представники правової науки прийшли не відразу. Тривалий час в юридичній літературі спостерігалася активна дискусія щодо ролі та значення звичаєвого права та форм його санкціонування. Більшість учених висловлювали та підтримували погляд щодо законодавчого санкціонування правового звичаю державою. Значно менше уваги приділялося вивченню інших форм санкціонування: правозастосовного, відомчого, договірною, мовчазного (шляхом дотримання звичаю в діяльності державних органів і закладів), визнання державою міжнародних звичаїв, та систематизації звичаїв, що здійснюються недержавними організаціями [3, с. 8].

Одним із перших науковців, який почав досліджувати різноманітні аспекти дії звичаєвого права у суспільстві (його джерела, співвідношення із правом та законом, державою), був Є. Ерліх, який вказав на доцільність та оптимальність санкціонування правового звичаю судовими рішеннями. Звернення науковця до проблематики звичаєвого права було зумовлене тим, що зазначене питання на той час було одним із найбільш обговорюваних в правовій науці. Європейськими (Ф. Жені, Г. Канторович, Е. Цительман), російськими (Й. Михайловський, Н. Новгородцев) та українськими (Б. Кістяківський) юристами розглядалися взаємодія та суперечливість позитивного та природного права, місце та роль походження та форми звичаєвого права в системі природного права. Так, відомий український правник Б. Кістяківський протестував проти ототожнення звичаю з нормою, вивчав звичаєве право на основі

безпосереднього контакту з народною традицією, розглядав його як модель суспільної поведінки [4, с. 29].

Вчення Є. Ерліха про звичаєве право було викладене ним в інавгураційній ректорській промові “Факти звичаєвого права”, виголошеній 2 грудня 1906 р. Здійснюючи короткий аналітичний огляд розвитку суспільного життя у стародавні часи, Є. Ерліх вказував на джерела, з яких походить звичаєве право. Його норми, на переконання мислителя, спочатку були викладені в перших судебниках, що містили правила судового переслідування, правового захисту, процедури вирішення спірних питань і тяжб тощо. До судебників не увійшла більша частина діючого права і, насамперед, у них не розкритий суспільний устрій. Під ним Є. Ерліх розумів “усе те, що створює основу як для раніше започаткованих норм, так і для нових, які нині виникають” [5, с. 14]. Відзначимо погляд сучасного російського дослідника звичаєвого права Д. Г. Грязнова, який вважає, що під час укладення таких збірників зміст значної частини звичаїв корегувався, внаслідок цього їх не можна розглядати як такі, що мають лише суспільне походження [6, с. 16].

Є. Ерліх звертає увагу на підстави чинності живого права. “Для того, щоб звичай став легальним і обов’язковим для виконання, – стверджував вчений, – його необхідно дотримуватися так довго, щоб пам’ять людей не могла пригадати випадків, які йому суперечать; звичай мусить продовжуватися (не перериватися) і використовуватися в мирних цілях, він мусить бути раціональним, надійним, обов’язковим; не можна, щоб звичаї суперечили один одному” [5, с. 19]. Власне, науковцем виділяються такі ознаки звичаєвого права як: тривалість та безперервність застосування, його обов’язковість щодо суспільного визнання, відповідність практичним завданням суспільства. Відзначимо, що під поняттям “чинність” звичаєвого права в правовій науці розуміють властивість звичаєво-правових норм діяти за певних умов і мати юридичну силу [7, с. 10].

Своє розуміння звичаєвого права Є. Ерліх пояснює прикладами із римського права. У римлян звичаєве право ототожнювалося із юриспруденцією, з вченням місцевих юристів. Класичні римські юристи мали на увазі римське звичаєве право тоді, коли вони говорили про цивільне право, а не узагальнено про звичаї. Аналізуючи три імператорські конституції, що містяться у кодексі Юстиніана, Є. Ерліх зазначає, що в ньому є і звичаєве право, яке є провінційним партикулярним правом, чинним для народів “найрізноманітнішої ідентичності, раси і походження, яким римські звичаї і римське право здебільшого були чужими і які володіли своїм власним правом і своєю традицією” [5, с. 17-18]. Окрім римської практики, учений аналізував і звичаєве право, яке свідомо продовжувало бути чинним джерелом права у німців та англійців. Звичаєве право науковцем характеризується фактично з тих же позицій, що і сьогодні. Його Є. Ерліх уявляє як багатогранний соціокультурний феномен [8, с. 13].

Більша частина доповіді Є. Ерліха присвячена порівнянню права і звичаїв, їх схожості та відмінностям. Під правом він розумів відповідні суспільні інституції і приписи, які приймаються представниками влади як основа державного, суспільного та економічного устрою. При цьому має значення лише те, чи вони сприймаються як основа цього устрою, а не те, чи є вони такою основою насправді. Звичаєве право впливає із самодостатнього суспільного розвитку [5, с. 8, 16]; воно є продуктом соціального розвитку суспільства, а не держави; нерозривно пов’язане із людською природою. Сучасний український правник О. О. Шевченко, аналізуючи джерела

походження звичаєвого права в Україні, зазначав, що "... українське звичаєве право виникло задовго до появи держави і функціонувало незалежно від держави. В Україні звичаєве право функціонувало за мовчазною згодою населення, а розвивалось воно завдяки широкій участі різних верств населення ..." [9, с. 29]. Право і звичай, за словами науковця, відрізняються один від одного так само, як відрізняються норми звичаєвого права від моральних та релігійних норм, правил поведінки. Своєю чергою Є. Ерліх, аналізуючи співвідношення між законом і звичаєвим правом, вказував, що закон є владним правом, адміністративною постановою, яка матеріально створює нове право, а звичаєве право є правом суспільства. Досліджуючи звичаєве право, Є. Ерліх використовує різні терміни, які вживає як аналоги, зокрема – звичаєве право, суспільні інституції тощо. У доповіді вони не завжди збігаються за смисловим значенням, відсутнє авторське визначення і умови розмежування.

Значну увагу в своїй доповіді Є. Ерліх присвячує розгляду проникнення норм звичаєвого права у судочинство. Науковець одним із перших позитивно оцінив санкціонування правового звичаю судовим рішенням, тим самим припускаючи, що для застосування норми звичаєвого права не обов'язковою є пряме відсилання до закону. Вихід з ситуації, яка склалася у юриспруденції у разі виявлення прогалин у законодавстві, учений бачив у застосуванні принципів "вільного" права, створення нових правових норм суддями на основі використання правових звичаїв. На противагу звичаєвому праву, норми прийняття судових рішень є постійними, "бо вони не є чимось випадково внесеними у право, а обґрунтованою суттю суддівської діяльності, вимогою того, що кожне рішення суду по якійсь справі повинне узгоджуватися з уже ustalеними нормами прийняття судових рішень". Навіть там, де судді дозволено прийняти рішення на свій розсуд, він цим може скористатися лише у тому разі, коли юридичний матеріал має прогалини. На сучасному етапі розвитку держави санкціонуюча роль суду щодо правового звичаю значно звужена: 1) держава не застосовує таке джерело права, як правовий звичай; 2) у вищих за юридичною силою правових документах його визнають рівноправним джерелом; 3) в діючому законодавстві наведені посилання на звичаєве право. Тому звичай, що застосовується судом, уже завжди санкціонований державою [10, с. 19].

Відзначимо, що в своїх поглядах науковець недостатньо послідовний. З одного боку ним зазначається, що впродовж усієї історії права протистоять одне одному суспільне звичаєве право, яке існує у суспільних інституціях, та юридичні норми прийняття судових рішень; з другого – вказує на їхній постійний взаємовплив [5, с. 19]. Зокрема, норми прийняття судових рішень, які виникають із суспільних відносин, здійснюють зі свого боку зворотний вплив на нього. Норми судових рішень (Є. Ерліх на підтвердження цього приводить приклади із римської історії права) можуть справляти могутній вплив на суспільні інституції, але наскільки звичаєве право спроможне із свого боку чинити зворотній вплив на норми прийняття судових рішень?

Ставлячи таке запитання, Є. Ерліх відкрито виступав проти основних положень позитивного права. Як відомо, позитивізм XVIII ст. обстоював обмеження судового провадження рамками закону. Судді у своїй діяльності майже не застосовували принципи природного права. "Значення природного права зводилось до формування у свідомості судді правових ідеалів з метою належного обґрунтування позитивного права, що, на думку позитивістів, не могло позначитися на змісті судового рішення", –

відзначає сучасний дослідник Д. І. Попов [11, с. 453]. Представники російського позитивізму XIX ст., зокрема Г. Ф. Шершеневич (1863–1912) критично відносилися до застосування у правосудді положень природного права, вказуючи, що воно не може бути “вищим за законодавство” [12, с. 272]. На думку Є. Ерліха, якщо під звичаєвим правом розуміти форми життєвого укладу, які стали основою державного, економічного та суспільного устрою без втручання держави, завдяки самотійно діючим у реальному житті силам, то воно постійно перебуває у вічному потоці змін та взаємозв’язку. Саме тому виникають нові форми життєвого укладу, вони є новим звичаєвим правом. Разом із тим, варто розмежовувати звичаєве право минувшини, яке було цілісною системою звичаєво-правових норм і те, що маємо на сьогодні. Як стверджує один із сучасних російських дослідників звичаєвого права, це норми суспільного походження, що включені в правову систему, базовану вже на законі [6, с. 15].

Зазначені наукові положення Є. Ерліха суголосні з ідеями українських науковців: М. Бедрія, М. Гримич, О. Іванівської, М. Жовтобрюха, Н. Толкачової, І. Усенка, О. Шевченка та інших. Так, М. Жовтобрюх у своєму дисертаційному дослідженні зазначає, що звичаєве право є первісною, давньою формою права, “котра функціонує і сьогодні, виявляючи свої універсальні властивості, ілюструючи здібності тієї чи іншої групи людей та суспільства в цілому самотійно виробляти найбільш доцільні норми життєдіяльності” [7, с. 3]. О. Івановська та П. Івановський вказують, що звичай закріплюючи те, що усталилося в результаті тривалої суспільної практики, відбиває моральні, духовні цінності народу на певному етапі його культурного розвитку [13, с. 333].

**Висновки.** Підводячи підсумок, відзначимо актуальність вчення Є. Ерліха про звичаєве право, необхідність його врахування у історико-правових дослідженнях цього напрямку, що буде сприяти більш повному і всебічному формуванню сучасного права. Відзначимо важливість та актуальність поглядів мислителя щодо створення нових правових норм суддями на основі використання правових звичаїв

#### **Використані джерела:**

1. Стрельникова І. Ю., Погорелов Є. В. Місце звичаю в сучасному праві України / І. Ю. Стрельникова, Є. В. Погорелов // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – 2010. – Том 23(62). № 2. Серия “Юридические науки”. – С. 52-56.
2. Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І. Б. Усенка. – К. : Наукова думка. – 280 с.
3. Малова О. В. Правовой обычай как источник права : автореф. дисс. ... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.01 “Теория права и государства: история политических и правовых учений” / О. В. Малова. – Екатеринбург, 2002. – 24 с.
4. Гримич М. Звичаєве право у дослідженнях Олександра Кістяківського / М. Гримич // Етнічна історія народів Європи : збірник наукових праць // Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2001. – № 9 : Історико-етнологічні дослідження і національна ідея. – С. 28-33.
5. Ерліх Є. Факти звичаєвого права : інавгураційна ректорська промова, виголошена 2 грудня 1906 року / Є. Ерліх ; пер. з нім. І. Я. Яцюка ; пер. з латині Т. Д. Попової ; передм. та наук. ред. пер. М. В. Никифорака // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. праць. – Чернівці, 2006. – Вип. 311 : Правознавство. – С. 5-23.
6. Грязнов Д. Г. Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке : автореф. дисс. ... кандидат юрид. наук: спец. 12.00.01 “Теория и история права и государства; история политических и правовых учений” / Д. Г. Грязнов. – М., 2001. – 21 с.

7. Жовтобрюх М. М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: автореф. дис. ... кандидат юрид. наук: спец. 12.00.12 "Філософія права". – К., 2002. – 19 с.
8. Толкачова Н. С. Методологічні засади визначення поняття звичаєвого права / Н. С. Толкачова // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2007. – Вип. 427. Правознавство. – С. 11-17.
9. Шевченко О. О. Звичаєве право України IX–XIX століть: монографія. – К.: Вид. СПД Свиначук Р.В., 2012. – 199 с.
10. Малова О. В. Правовой обычай и его виды / О. В. Малова // Сибирский Юридический Вестник. – 2001. – № 1. – С. 16-21.
11. Попов Д. І. Застосування природного права при здійсненні судового угляду у філософсько-правових дослідженнях XVII–XX ст. / Д. І. Попов // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. – 2001. – № 3. – С. 448-459.
12. Ярославцев В. Г. Нравственное правосудие и судебное правотворчество / В. Г. Ярославцев. – М.: Юстицинформ, 2007. – 304 с.
13. Івановська О., Івановський П. Звичаєве право: методологія, джерельна база, текстологія / О. Івановська, П. Івановський // Літературознавчі студії. – 2013. – Випуск 37. Частина 1. – С. 332-337.

***Кобан О. Г. Учение украинского мыслителя Е. Эрлиха о роли обычного права в правосудии и в правовой системе.***

*Проанализировано учение отечественного ученого-юриста Е. Эрлиха об источниках формирования обычного права, которое он объясняет на примерах римского права. Рассмотрено учение мыслителя о взаимосвязи обычного права с государственным правом, сопоставление права и обычая, их общим чертам и особенностям. Исследована возможность вхождения норм обычного права в правосудие, санкционирования обычного права путем принятия судебных решений. Изложен взгляд Е. Эрлиха об обратном влиянии обычного права на принятие судебных решений.*

***Ключевые слова:*** обычное право, судебное решение, позитивная школа права, источники формирования обычного права, санкционирования обычного права.

***Koban O. The doctrine of ukrainian thinkers E. Ehrlich about the role of customary law in justice and the legal system.***

*The doctrine of national scholar-lawyer Ye. Erliha on sources of customary law, which he explains with examples of Roman law is analyzed. The views of thinkers about commonalities and differences between law and morals is considered. The possibility of occurrence of customary law in justice sanction of customary law by judicial decisions is investigated. Ye. Erlih's look back on the impact of customary law on court decisions is outlined.*

***Keywords:*** customary law, judicial decisions, positive school law, the sources of customary law, customary law authorizing

УДК 347.957(4-15)

**Степанюк А. Г.**  
**Київський апеляційний адміністративний суд**

## СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ КАСАЦІЇ В КРАЇНАХ ЗАХІДНОЇ ЄВРОПИ

*Стаття присвячена виникненню та еволюції інституту касації у Франції, його поширенню у країнах Європи. Роки Французької революції (1789–94 рр.) показані як період набуття інститутом касації завершених, класичних форм.*

***Ключові слова:*** інститут касації, ордонанс, судове провадження, касаційна скарга, Французька революція.