

## ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.11

*І. В. Борщевський**кандидат юридичних наук,**доцент кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права**Одеського національного університету імені І. І. Мечникова*

### ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО СУЧАСНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

Аналізуючи питання, пов'язані з визначенням місця звичаю в системі джерел сучасного права України, насамперед зазначимо, що розуміння джерел права залишається предметом дискусії в теорії права та галузевих юридичних науках [1, с. 98]. У теоретичній науці під формою (джерелом) права розуміють форму висловлювання державної волі, форму, в якій міститься правове рішення держави. За допомогою форми право набуває свої невід'ємні риси і ознаки: загальнообов'язковість, загальновідомість і т.д. Це поняття джерела має значення ємності, в яку укладені юридичні норми [2, с. 287].

Першою історичною формою (джерелом) права є правовий звичай. Місце звичаю в системі джерел права в різні епохи було різним. Він займав домінуюче становище в процесі становлення правових систем, а в сучасних умовах ця форма права зустрічається досить рідко. Як відзначає Н.С. Толкачова, відношення до звичаю змінюється кожного разу, коли зростає чи спадає напруження між діючим позитивним, писаним правом і практикою відносин, що склалася. Крім причин економічного характеру, непостійність у поглядах на звичаєве право викликається ще й ідеологічними причинами, які частіше за все заважають сприймати точну картину змін, що відбуваються в структурі права [3, с. 29].

Аналіз проблем визначення звичаю як джерела права в Україні та його місця в сучасній правовій системі продовжує перебувати в центрі уваги наукової спільноти, однак значна їх частина дотепер залишається остаточно не вирішеною, а окремі з них є предметом дискусій. Увагу привертають роботи В. Авер'янова, О. Беляневич, С. Галунського, О. Івановської, В. Копейчикова, О. Києвець, М. Марченко, П. Музиченка, П. Недбайла, І. Новицького, Ю. Оборотова, Н. Толкачової, І. Усенко та ін. Водночас сучасна юридична наука недостатньо уваги приділяє проблемі правозастосування норм-звичаїв, у тому числі звичаїв у цивільному, сімейному, транспортному, господарському праві тощо [4, с. 202].

Метою даної наукової роботи є здійснення аналізу сутності поняття правового звичаю; з'ясування специфіки функціонування звичаєвого права

в Україні та на основі проведеного дослідження – визначення місця цього правового явища в системі джерел вітчизняного права.

Правова традиція та звичаєві норми є невід'ємними елементами етнонаціональної культури. На думку В. Озель (із цим важко не погодитись), будь-які процеси розвитку українського права повинні відбуватися з урахуванням власних правових традицій, усталених норм моралі, принципів, а особливо – звичаєвого права як джерела правового регулювання суспільних відносин [4, с. 201].

Категорія «звичай» у правових дослідженнях частіше за все розглядається як правило поведінки людей, що склалося в процесі їхнього співжиття, ввійшло у звичку, побут і свідомість певної групи чи всього суспільства. Тобто звичай – це усталені правила поведінки, природна життєва потреба людей. Як неодноразово із цього приводу зазначається в юридичній літературі, звичаї були і залишаються однією з форм регулювання суспільних відносин у суспільстві, і дотримання звичаю в основному забезпечується засобами суспільного впливу [1, с. 98].

Можна виділили декілька етапів формування правового звичаю: 1) виникнення в суспільстві ситуації, через яку постає необхідність створення нової норми; 2) створення суспільством норми, яка може врегулювати цю ситуацію; 3) багаторазове застосування цієї норми, сприйняття її суспільством як найбільш прийнятної і обов'язкової; 4) санкціонування норми державою. Три перші етапи під час формування правового звичаю проходять за участю суспільства, і тільки на останньому етапі в цей процес вступає держава. Завдяки високому рівню самоорганізації створена таким чином норма буде найбільш прийнятною, зрозумілою і близькою суспільству, задовольняючою потреби більшості населення. Водночас такий процес створення правової норми має декілька недоліків: для створення норми необхідний тривалий час, і неможливо передбачити результат такого процесу. Відповідно, знижується регулювання суспільних відносин із боку держави [3, с. 30].

З аналізу юридичної літератури вбачається, що категорії «звичай» та «правовий звичай» не

мають досить чіткої визначеності і часто підмінюються одна одною. Правовий звичай у науковій літературі тлумачать як:

1) санкціоновані державою правила поведінки, які раніше склалися в результаті довготривалого повторення людьми певних дій, завдяки чому закріпилися як стійка норма;

2) історично складене шляхом багаторазового повторення правило поведінки, котре взяте під охорону держави, одне з її джерел права;

3) санкціоновані державою правила поведінки, затверджені суспільством як простий звичай у результаті довготривалої в часі повторюваності, що стали традицією;

4) санкціоноване і забезпечуване державою звичаєве правило поведінки [1, с. 98].

Тобто звичай стає правовим тоді, коли з'являється держава. У цьому випадку він спирається на можливість застосування примусу з боку державних органів і стає обов'язковим. За словами М.В. Цвіка, звичаї, мораль, релігійні установлення реалізуються завдяки певним переконанням, моральному впливу, через звичку. Проте щодо великої групи суспільних відносин, то такі засоби утворення і реалізації норм виявляються недостатніми. Для забезпечення їх більш жорсткого й ефективного регулятивного впливу потрібна оцінка, підтримка та захист ззовні авторитетом влади. Зібрання звичаїв та їх подальше державне санкціонування є одним із перших способів утворення правових звичаїв. Крім означеного, існують ще й інші способи санкціонування звичаїв: відсилання до звичаю (вказівка на звичай у нормативно-правовому акті), використання звичаю як нормативної основи судового рішення [3, с. 30].

Із наведеного вбачається, що не кожний звичай стає правовим, а тільки той, що відповідає інтересам держави, спільноти або суспільства в цілому. Тобто основна відмінність під час визначення поняття «звичай» та «правовий звичай» вбачається у визнанні і санкціонуванні звичаю державою [1, с. 98].

Після набрання Україною незалежності, в процесі глибокого реформування всіх галузей права звичаєве право знову набуває все більшого значення в національній системі права [4, с. 201]. У зв'язку із цим увага до нього і серед дослідників сьогодні дуже активізувалась. Причиною цьому є те, що, по-перше, звичай як найдавніше джерело права вплинув на розвиток українського права, багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. А по-друге, деякі регіони України заселені представниками багатьох національностей, які зберігають свою культуру, звичаї, традиції. І даний факт потрібно враховувати для того, щоб зберегти їхню самобутність та забезпечити мир і злагоду в багатонаціональній державі [5, с. 52]. Безперечно, такі елементи правової системи, як традиції та зви-

чаї, несуть на собі відбиток автентичності певної нації. Вони неодмінно повинні зберігати свою чинність як джерела права з можливістю їх практичного використання в повсякденному регулюванні суспільних правовідносин, а судді повинні мати можливість посилалися на норми звичаєвого права, обґрунтовуючи свої рішення. Проте сама природа звичаю не дозволяє встановити чіткі рамки його застосування [4, с. 204].

Але серед українських юристів спостерігається досить незначна увага до проблеми застосування звичаєвого права як невід'ємної частини української правової системи. Проте, якщо ми кажемо про обрання Україною європейської моделі розвитку, то треба підкреслити, що одним з основних аспектів демократії є децентралізація всіх сфер суспільного життя. Саме на принципах саморегулювання суспільних відносин і ґрунтується сьогодні визнання звичаю джерелом права. Такий принцип набуває чинності тільки в разі відсутності відповідної норми матеріального або процесуального права, закріпленої відповідним нормативно-правовим актом. Водночас в українському праві існує певна колізія в питанні правозастосування норм звичаєвого права. Так, Конституція України не надає правовому звичаю статусу джерела права. Водночас, незважаючи на це, окремі законодавчі акти містять такі норми [4, с. 202].

Тобто сучасне законодавство України закріплює можливість застосування звичаю в різних галузях права (цивільна, цивільно-процесуальна, господарська, сімейна, кримінальна, трудова тощо). Проте водночас існує певна невизначеність як у застосуванні термінології, так і у встановленні практичної можливості застосування саме звичаєвого права для регулювання тих чи інших суспільних відносин [4, с. 202]. У сучасній науковій літературі поняття «правовий звичай» (звичаєво-правова норма) традиційно трактується як загальні правила поведінки, що діють у межах певної спільноти стосовно всіх її членів, які об'єднані змістом цих правил, таких, що усвідомлюються як правомірні й обов'язкові, відповідають і безпосередньо ґрунтуються на принципах природного права, виступають як результат тривалої, однакової і постійної практики вирішення правових ситуацій, що виникають на основі типових відносин у практичному житті людей, забезпечуються соціальною санкцією, а також можуть мати захист із боку державних органів влади та суду [4, с. 202].

Так, стаття 7 Цивільного кодексу України визначає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. У цій же статті надається визначення звичаю, під яким розуміється правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, в цивільних відносинах не застосовується [5, с. 53].

Крім того, в цій ж статті вказується на те, що звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Таким документом може бути, наприклад, постанова Пленуму Верховного Суду України або постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду, Кодекс торговельного мореплавства України. Проте фіксація звичаю в актах законодавства або в будь-якому документі не є правилом. У більшості випадків звичаї не фіксуються, а носять характер так званих правових аксіом [6, с. 45].

Слід наголосити на тому, що у випадках, коли звичай суперечить договору або актам цивільного законодавства, він не застосовується для врегулювання цивільних відносин. Норми ЦК України також містять загальне поняття звичаю, яке виявляється в його різновидах (наприклад, звичаї національних меншин, ст. 28; місцеві звичаї, ст. 333) і трансформується в юридичні формулювання, які регулюють спеціальні види відносин. Так, у ст. 673 ЦК України встановлено, що в разі відсутності в договорі купівлі-продажу умов щодо якості товару продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується. Дана норма свідчить про можливість врегулювання суспільних відносин на основі звичаїв ділового обороту.

Приблизно так само звичаї ділового обороту знайшли своє втілення і в окремих нормах Господарського кодексу України (далі – ГК України). Наприклад, у ч. 3 ст. 268 ГК України передбачено, що в разі відсутності в договорі умов щодо якості товарів остання визначається відповідно до мети договору, або до звичайного рівня якості для предмета договору, або до загальних критеріїв якості. З огляду на це не є вдалою ст. 7 ГК України, яка до джерел регулювання господарських відносин включає лише нормативно-правові і нормативні акти [7, с. 15].

У регулюванні міжнародної торгівлі, міжнародних перевезень, міжнародних розрахунків завжди значну роль відігравали торгові звичаї. Під торговими звичаями О.О. Мережко пропонує розуміти єдині (одноманітні), такі, що постійно дотримуються і широко відомі, правила поведінки в міжнародній торгівлі, за якими учасниками торгівлі визнається юридичний характер обов'язків [1, с. 100]. Фіксація звичаїв передбачена і Кодексом торговельного мореплавства України, де зафіксовано ряд звичаїв, яким надано статус правових: зокрема, ст. 78 визначає право начальника морського порту видавати (затверджувати) звід звичаїв порту; ст. 146 визнає чинні звичаї перевезення вантажів; ст. 293 згадує міжнародні звичаї торговельного мореплавства, що застосовуються в разі неповноти законодавства з питань загаль-

ної аварії; за ст. 71 капітан судна має право застосувати звичай віддання тіла померлого морю в разі, коли тіло не може бути збережене внаслідок тривалого перебування судна у відкритому морі [4, с. 204]; та ряд інших звичаїв, яким надано статус правових.

Закріплення звичаю як джерела права відслідковується і в нормах Сімейного кодексу України. Наприклад, врегулювання сімейного спору можливе за допомогою звичаю (ст. 11); надання права складення більше двох прізвищ під час укладення шлюбу у випадках, коли цього вимагає звичай національної меншини, до якої належить наречена і (або) наречений (ст. 35).

Також можливість застосування звичаю притаманна і кримінальному законодавству. Наприклад, встановлення кримінальної відповідальності за порушення звичаїв війни (ст. 348) [7, с. 15], проте без уточнення меж застосування звичаю. Ця норма є одним із проявів легалізації звичаєвого права. Але якщо ми кажемо про звичаї війни, то тут на перше місце виступають не національні звичаї, а міжнародно-правові [4, с. 204].

Стислий огляд законодавчого закріплення права громадян України застосовувати правовий звичай у суспільних відносинах дає змогу дійти висновку, що норми звичаєвого права завжди залишаються формальними. Вони є досить визначеними і традиційними, їх можна сприймати як найяскравіший виразник правової культури того чи іншого рівня суспільного розвитку. На відміну від законодавства, саме норми звичаєвого права можна вважати дуже динамічним віддзеркаленням усіх перетворень у суспільно-правовому житті [4, с. 204]. Система норм, створених суспільством, у порівнянні із системою норм, прийнятих державою, є більш стійким утворенням, більш природним для цього суспільства [3, с. 32].

На сучасному етапі свого розвитку українська держава, що зіткнулася з важкими випробуваннями як на внутрішньому, так і на зовнішньополітичному рівні, як ніколи раніше потребує впровадження та зміцнення ефективних механізмів побудови правової держави та належного захисту прав і свобод громадян. Процеси формування в Україні сучасного демократичного громадянського суспільства, запозичення іноземного позитивного досвіду, вдосконалення дієвих, підтверджених практикою факторів щодо зміцнення верховенства права та законності в майбутньому, безперечно, матимуть позитивний вплив на розвиток держави в цілому [4, с. 204].

Правовий звичай є одним із найбільш старовинних джерел права, під яким розуміється правило поведінки, яке виникло в процесі його фактичного застосування протягом довгого часу. Підставою санкціонування державою звичаїв є відповідність спрямованості їхнього регулятивного впливу на су-

спільні відносини цілям, завданням, інтересам держави. Санкціонування державою звичаю зумовлює придбання ним таких ознак, як загальнообов'язковість, охорона державою від порушень. Ці ознаки правових звичаїв властиві і нормам права, безпосередньо встановленим державою [8, с. 34].

У результаті проведеного дослідження можна зробити висновок, що багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах нашої держави, але їхня роль значно вужча, ніж та, що відіграють інші джерела права, такі як нормативно-правові акти, і за юридичною силою звичаї поступаються останнім та можуть застосовуватися, якщо вони не суперечать законодавству, договору, моральним засадам суспільства. Але звичаї продовжують відігравати певну роль у регулюванні суспільних відносин в Україні, про що свідчить той факт, що багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. І це дає нам підстави вважати звичай одним із джерел сучасного права в Україні.

### Література

1. Гриняк А.Б., Проценко В.В. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин / А.Б. Гриняк, В.В. Проценко // Приватне право і підприємництво. Збірник наукових праць. Вип. 14, 2015 р. / Редкол. : О.Д. Крупчан (гол. ред.) та ін. – К. : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2014. – С. 98–102.
2. Теория государства и права (учебник для юридических вузов и факультетов) / Под ред. Корельского В.М., В.Д. Первалова. – 2-е изд., изм. и доп. – М. : Инфра-М, 2002. – 616 с.
3. Корунчак Л.А. Формування правового звичаю: історично-синергетичний погляд / Л.А. Корунчак // Право і суспільство. – 2013. – № 62. – С. 29–32.
4. Озель В. Звичай у системі права України / В. Озель // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 201–205.
5. 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. – Серия «Юридические науки». – 2010. – Том 23(62). – № 2. – С. 52–56.
6. Черномаз О.Б. Правовий звичай як джерело адміністративного права / О.Б. Черномаз // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. – 2015. – № 2(98). – Ч. 2. – Книга 2. – С. 43–46.
7. Шапенко Л.О., Ковтун О.С. Місце звичаю в системі джерел права України / Л.О. Шапенко, О.С. Ковтун // Актуальні питання публічного та приватного права. – 2015. – № 1. – С. 13–16.
8. Мельник А. Доповнюючі джерела українського права / А. Мельник // Юридична Україна. – 2013. – № 11. – С. 30–36.

### Анотація

**Борщевський І. В. Правовий звичай як джерело сучасного права в Україні.** – Стаття.

У статті здійснено аналіз сутності поняття правового звичаю; з'ясовано специфіку функціонування звичаєвого права в Україні, на основі проведеного дослідження визначено місце цього правового явища в системі джерел вітчизняного права.

**Ключові слова:** правова норма, правовий звичай, джерело права, держава, законодавство.

### Аннотация

**Борщевский И. В. Правовой обычай как источник современного права в Украине.** – Статья.

В статье проведен анализ сущности понятия правового обычая; выяснена специфика функционирования обычного права в Украине, на основе проведенного исследования определено место этого правового явления в системе источников современного права.

**Ключевые слова:** правовая норма, правовой обычай, источник права, государство, законодательство.

### Summary

**Borshevsky I. V. The legal custom is like the source of modern law in Ukraine.** – Article.

There is the analysis of the concept of legal custom in this article, also the specific character is clarified of the operation of customary law in Ukraine and on the basis of the study determined the place of the legal phenomenon in the system of the sources of modern law.

**Key words:** legal norm, legal custom, source of law, state, legislation.