

В.І. ЦЮПРИК

Володимир Ігорович Цюприк, студент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА В СУЧАСНІЙ СИСТЕМІ ПРАВА:
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ**

Звичаєве право завжди відіграло досить значну роль в історії українського народу. У додержавний період та Середньовіччя воно регулювало більшу частину суспільних відносин, було основою їх існування, оскільки визначало обов'язки й права індивіда. А всі перші зводи законів, царських указів і постанов були не чим іншим як відтворенням уже існуючих у формі звичаю правових норм із встановленням їх державного санкціонування. Такий хід з боку перших законодавців був зумовлений тим, що звичаї відображали розуміння певним етносом понять добра і зла, а також справедливості, відображали реальні потреби та особливості життя народу в умовах певного періоду. І якщо б законотворці не рахувалися зі вже існуючими нормами, тоді б їхні закони навряд чи були належним чином реалізовані через сприйняття населенням їх як ворожих, нав'язаних ззовні. Проте з часом, трактуючи звичаї на власну користь, правителі встановлюють абсолютну монополію держави на законотворчість, згодом іноді зовсім не рахуючись із нормами звичаєвого права. Утім, втративши панівну позицію, звичай продовжував відігравати значну роль у різних галузях права та широко застосовуватись як допоміжне джерело права.

Дана проблематика досліджувалася багатьма науковцями, серед яких: М.І. Козюбра, О.В. Зайчук, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко та інші вчені, які намагалися вивчити та розкрити її. Але залишаються питання, які потребують більш ретельного вивчення.

Розглядаючи дану проблематику необхідно звернути увагу на те, що формування правового звичаю відбулося завдяки виникненню в суспільстві ситуації, через яку постає необхідність створення нової норми; створення суспільством норми, яка може врегулювати цю ситуацію; багаторазове застосування цієї норми, сприйняття її суспільством як найбільш прийнятної та обов'язкової і санкціонування норми державою¹.

Якщо поглянути у глибокі віки, то слід констатувати, що найдавніші відомі договори Русі із Візантією (911, 944, 971 рр.), що ґрунтувалися на «законі руському» (неписаному звичаєвому праві Київської Русі), нормативно закріплювали стародавні звичаї у сфері цивільного права, а саме: майнові правовідносини між членами сім'ї, звичаї спадкування, торгівельні звичаї тощо. Така визначна збірка права Київської Русі XI–XII ст., як Руська правда, так само ґрунтувалася на звичаєвому праві, нормативно закріплюючи на рівні закону вироблену практику у сфері зобов'язального, спадкового та навіть кримінального права.

У часи панування на українських землях литовської та польської влади (XVI–XV ст.) давньоруське звичаєве право залишалося основним джерелом регулювання суспільних відносин, а в XVI ст. Литовські статuti (1566 р. та 1588 р.) зафіксували обов'язок суду у разі відсутності законодавчої норми права вирішувати справи на основі звичаєвих норм. Водночас магдебурзьке право, що на цей час вже було дуже поширене в українських містах, принесло на нашу землю західноєвропейські торгівельні звичаї, що містилися у «Саксонському зерцалі» (1536 р.), «Порядку прав цивільних магдебурзьких» (1559 р.), «Праві цивільному хелмінському» (1584 р.) тощо.

Уявляється цікавим період Гетьманщини, який починаючи з моменту свого заснування (1654 р.) підпав під владний вплив Москви. Спочатку збереження давніх звичаїв стало запорукою української автономії, але згодом було створено санкціоновані Російською імперією такі кодифіковані збірки українського (здебільшого звичаєвого) права, як «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.) та «Зібрання малоросійських прав» (1807 р.). Зокрема, козаки Запорозької Січі всі свої правовідносини будували виключно на звичаєвому праві, яке називали «козацьким правом» або «вольностями».

Дійсно, копні (селянські) суди Гетьманщини у своїй діяльності здебільшого ґрунтували свої рішення на правових звичаях. Особливу увагу привертає кодифікація під назвою «Місцеві закони Полтавської та Чернігівської губерній», яка стала невід'ємною частиною Зводу законів Російської імперії 1832 року. Фактично після поширення на українські землі законодавства Російської імперії у 1840-х рр. закон вже відіграв роль основного джерела права. Водночас місцеві та торгівельні звичаї застосовувались волосними судами, мировими суддями та іншими судами у цивільних справах².

Радянська правова доктрина заперечувала можливість застосування звичаєвого права як джерела правового регулювання суспільних відносин, допускаючи його використання лише у міжнародному праві³. Ситуація трохи змінилась із здобуттям Україною незалежності у 1991 р., оскільки було взято курс на інтеграцію в ЄС, постало питання й інтеграції української системи права, зокрема демократизації та децентралізації у сфері законодавства, що передбачає розширення сфери використання інших джерел права, окрім нормативно-правового акта.

Проте внаслідок панування радянської правової доктрини вітчизняна наука досі приділяє недостатню увагу звичаєвому праву і часто розглядає його лише в історичному аспекті як першоджерело права, яке на сьогодні, внаслідок потужних кодифікаційних процесів та розвитку суспільства, майже повністю втратило своє значення. Зокрема, В. Озель зазначає, що незначна увага українських юристів до проблеми застосування звичаєвого права як невід'ємної частини української правової системи сьогодні є наслідком радянського соціалістичного підходу до права і закону⁴. Це свідчить про необхідність та доцільність визначення нових напрямів застосування цього джерела права в системі права України та дослідження його ролі в сучасному українському праві.

Розглядаючи правовий прецедент як джерело права, на нашу думку, необхідно усвідомити роль правового звичаю в системі права України, визначити його поняття, а також розглянути види звичаїв, які мають юридичну силу в системі права України.

Правовий звичай – акт-документ, що містить норму-звичай (стійке правило поведінки, що склалося в результаті його багаторазового повторення), котра санкціонована державою і забезпечується нею⁵. Проте не кожен звичай є правовим, а лише той, що санкціонований державою. Дійсні донині якісні характеристики звичаю, які давали підстави вважати його правовим, сформулював ще у XVIII ст. англійський юрист В. Блекстон, серед яких слід назвати такі, як стародавність, безперервність, використання за згодою сторін, обов'язкова сила, визначеність, узгодженість, здоровий глузд тощо⁶. Але в деяких країнах сім'ї традиційного права поняття «звичай» і «правовий звичай» отожднюються.

Римські юристи розрізняли кілька видів правових звичаїв. По-перше, звичаї *secundum legem* (на додаток до закону), які відіграють найважливішу роль, сприяють розумінню змісту тих термінів та формулювань закону чи судового рішення, які вжито в особливому, відмінному від загальноприйнятого значення (зловживання правом, розумна ціна тощо). По-друге, звичаї застосовуються у випадку прогалин у праві/законодавстві, а також, по-третє, *contra legem* та *adversus legem* (проти закону), наявні при колізії закону та звичаю, відіграють незначну роль у правовій системі⁷.

У наш час існує дуже багато способів класифікації правового звичаю. Все залежить від головного критерію класифікації. Так, з точки зору застосування звичаїв до окремих етапів формування договірних відносин між господарюючими суб'єктами можна віднести⁸: 1) звичаї ділового обороту, які стосуються формулювання умов договору; 2) звичаї, що стосуються виконання договору (звичайні правила обслуговування клієнтів, звичайні способи перевірки, звичайні способи прийняття товару); 3) звичаї, які сприяють здійсненню професійної діяльності (наприклад, торгівлі окремими товарами) або звичаї з реалізації конкретної базової умови, у тому чи іншому порту, звичаї торгівлі певними товарами, банківські звичаї та ін.

Законодавство України залежно від характеру звичаю розрізняє наступні його види: місцеві звичаї, звичаї національної меншини, звичаї ділового обороту, міжнародні торгові звичаї, звичаї торговельного мореплавства, банківські звичаї, звичаї війни. За територією дії всі звичаї можна класифікувати на внутрішньодержавні й міжнародні. За способом фіксації розрізняють звичаї, що зафіксовані у відповідних документах та звичаї, що не зафіксовані у відповідних документах⁹.

Зокрема, у Цивільному Кодексі України (далі – ЦК України) згадуються такі види звичаїв: звичай національної меншини (ст. 28); звичай ділового обороту (ст. ст. 213, 526, 529, 531, 532, 538, 539, 613 тощо); місцевий звичай (ст. 333); звичай як такий (ч. 1 ст. 444)¹⁰. Наприклад, звичаї національної меншини, про що йдеться у ст. 28 Кодексу, у якій вказано, що особа має право не використовувати ім'я батька в паспорті, якщо звичаєм його нації це не передбачено, на нашу думку, є дуже важливим для побудови демократичної держави. Так, визнання і юридичне закріплення правових звичаїв національних меншин може допомогти останнім зберегти власні традиції, самобутність та захистити їх права. Те саме вказує ст. 12 Закону України «Про національні меншини в Україні». Також правовим звичаєм може регулюватись самоуправління національних меншин, яке будується на їх власних правових уявленнях про управління ресурсами, висування лідерів, охорони природного і культурного спадку. Правовими звичаями можуть регулюватися й деякі питання сімейного права і спадкування¹¹. На можливість врегулювання сімейного спору за допомогою звичаю вказує ст. 11 Сімейного кодексу України, згідно з якою суд за заявою заінтересованої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства¹². При цьому застосування звичаїв і традицій національних меншин не повинно привести до порушення прав людини, прав іншого населення¹³.

Зокрема, ст. 7 Цивільного кодексу України зазначає, що «цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту»¹⁴, але водночас варто зазначити, що ст. 7 ЦК України не містить загальних правил застосування звичаїв.

Аналіз ст. 7 Цивільного кодексу України дає підстави для висновку, що визначальними рисами звичаю як правила поведінки, яким можуть регулюватися цивільні відносини, є такі: 1) його усталеність у певній сфері цивільних відносин; 2) невстановленість актами цивільного законодавства. При цьому умовою застосування звичаю є його несуперечливість договору й актам цивільного законодавства (ст. 7 (2) ЦК України).

Зауважимо, що у Конституції України про роль правового звичаю як джерела права нічого не сказано, проте згідно із деякими законами правовий звичай джерелом права все-таки визнається.

Правові звичаї як джерела права використовуються не лише в ЦК України, а й в інших кодексах і законах, зокрема в Господарському кодексі та Кодексі торговельного мореплавства України.

Наприклад, ст. 6 Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМ України) дозволяє включати до договорів звичаї торговельного мореплавства, якщо сторони, відповідно до КТМ України, можуть відступати від його правил, а ст. 78 КТМ України передбачає видачу начальником морського порту зводу звичаїв порту¹⁵.

Цікавими вбачаються і статті Господарського кодексу України (далі – ГК України). Зокрема, у ст. 32 даного кодексу згадується про «торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності», а ст. 265 ГК України встановлює можливість використання відомих міжнародних звичаїв для визначення умов договору поставки¹⁶.

Наприклад, ч. 4 ст. 265 Господарського кодексу України передбачає, що сторони для визначення умов договорів поставки мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо або у виключній формі цим Кодексом чи законами України; ч. 3 ст. 344 ГК України передбачає, що міжнародні розрахунки регулюються нормами міжнародного права, банківськими звичаями і правилами, умовами зовнішньоекономічних контрактів, валютним законодавством країн-учасниць розрахунків. Для визнання торгового звичаю не має значення, чи зафіксовано відповідне правило у будь-якому документі¹⁷.

Формалізацію (уніфікацію) торгових звичаїв здійснюють різні організації: міжнародні міжурядові (УНІДРУА, ЮНСІТРАЛ), регіональні (ЄЕК ООН), а також неурядові (МТП)¹⁸. Головною умовою застосування звичаю ділового обороту як джерела господарського договірної права є відсутність у законодавстві норм, які б регулювали відповідні господарські відносини¹⁹.

З огляду на обраний Україною проєвропейський шлях розвитку необхідно також звернути увагу на ситуацію із застосуванням права в системах права європейських країн для того, щоб зрозуміти, чи положення цього джерела права у вітчизняному праві відповідає його ролі в Європі.

Якщо розглядати французьке законодавство, то слід звернути увагу на особливе значення звичаю у французькому цивільному праві. В окремих випадках він прирівнюється до закону. Так, відповідно до ст. 1135 Цивільного кодексу Франції угоди зобов'язують не лише до того, що в них виражено, а й до всіх наслідків, виконання яких, відповідно до характеру цього зобов'язання, вимагають справедливості, звичай або закон²⁰. Загалом українське законодавство, як вже було зазначено раніше, в деяких випадках також ставить правовий звичай на рівні закону, і тому варто підкреслити, що у вітчизняній системі права присутній аналогічний акт, який за змістом повністю відповідає вищезгаданому положенню. Отже, в цьому аспекті роль звичаю в системі права України та Франції збігається.

У праві ФРН важливим правовим регулятором є звичаї ділового обороту. Так, окремі параграфи Німецького цивільного уложення визначають їх як один із можливих критеріїв для оцінювання поведінки особи на предмет добросовісності (наприклад, § 157 встановлює, що договори потрібно тлумачити відповідно до вимог доброї совісті, беручи до уваги звичаї ділового обороту; згідно із § 31 боржник зобов'язаний виконати зобов'язання добросовісно, як цього вимагають звичаї ділового обороту; § 310 (1) прямо встановлює, що практика та звичаї, які застосовуються в діловому обороті, беруться до уваги до загальних умов правочинів, що укладаються між підприємцями тощо).

Визначення поняття добросовісності за допомогою звичаю є досить цікавим рішенням, оскільки за своєю природою звичаєве право має здатність дуже швидко змінюватись і пристосовуватись до умов та поглядів певного часу. Разом з тим воно відображає поняття справедливості певного народу, і з цього випливає, що застосування цього джерела права в ідеалі надає законіві більшої гнучкості та водночас не дає йому стати несправедливим і, як наслідок, протиправним.

Отже, з огляду на зазначене вище можна констатувати, що правовий звичай як джерело права в сучасній системі права має тенденцію до розширення меж власного застосування у зв'язку з інтеграційними процесами в українському законодавстві. На даний момент він відіграє роль переважно у сфері цивільних і економічних відносин, що регулюються відповідними кодексами. Застосування цього джерела права – досить важливий крок на шляху до покращення гнучкості українського законодавства і проведення політики децентралізації у законодавстві. Це пояснюється тим, що, по-перше, звичаєве право формується поза впливом держави і найчастіше відображає потреби й розуміння справедливості народу, який його формує, в тій чи іншій сфері чи навіть в окремій конкретній ситуації.

По-друге, звичай в сучасних реаліях має відносно хорошу гнучкість, що забезпечується відносно швидкою реакцією населення на необхідність регулювання певних ситуацій, які оминаються чи не передбачені законом, а у зв'язку з неоперативною діяльністю законодавчих органів, швидше за нормативний акт «реагує» на нові тенденції у світі.

По-третє, це джерело права через свою природу дає змогу вирішувати різні ситуації, враховуючи особливості певної місцевості, соціальної групи, а також народні традиції етносу, що проживає в цій місцевості. Це створює сприятливі умови для децентралізації права: надає можливість враховувати більше фактів, які оминаються чи просто неможливі до затвердження на загальнодержавному рівні нормативними актами, а існують лише в цій місцевості, і винесенню справедливого рішення (зокрема визначення умислу з урахуванням світоглядних особливостей певної етнічної групи).

Проте слід враховувати, що далеко не всі звичаї сприяють вищезазначеному результату, тому варто дуже уважно оцінювати наслідки застосування певного звичаю в певній ситуації, і з огляду на це слід надавати юридичної сили лише тим звичаям і лише в тих сферах, де результат від його застосування буде кра-

щим, ніж від інших джерел права. На нашу думку, найбільш перспективним є застосування не правових звичаїв безпосередньо, а творення відповідних нормативних актів на основі чи з урахуванням норм звичаєвого права. У такому разі за умов якісного процесу законотворчості можливо створити закон, що вбере в себе всі переваги як правового звичаю, так і правового акта.

¹ Борщевський І.В. Правовий звичай як джерело сучасного права України / І.В. Борщевський // Теорія та історія держави і права. – 2016. – № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pjv.nuoua.od.ua/v5_2016/3.pdf

² Озель В. Звичай у системі права України / В. Озель // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 201–205.

³ Толкачова Н.С. Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту – форми права сучасної України: проблеми застосування / Н.С. Толкачова // Соціологія права. – 2011. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/soc_gum/socpr/2011_2/Tolkachova.pdf

⁴ Озель В. Вказана праця.

⁵ Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підруч. : 2-ге вид. / Ольга Федорівна Скакун. – К.: Алерта, 2010. – 520 с.

⁶ Загальна теорія права / М.І. Козюбра, С.П. Погребняк, О.В. Цельєв, Ю.І. Матвєєва. – К.: Ваіте, 2015. – 392 с.

⁷ Майданик Р. Правовий звичай як джерело цивільного права / Р. Майданик : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.actio.com.ua/ru/publ-katc/pravovii-zvichai-iaak-dzherelo-tciv-lnogoprava>

⁸ Стрілець О.М. Звичаї ділового обороту як особлива форма права / О.М. Стрілець // Право. – 2014. – № 24 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://enpuir.npu.edu.ua/bitstream/123456789/7378/1/Str%D1%96lets.pdf>

⁹ Стрельникова І.Ю. Місце звичаю в сучасному праві України / І.Ю. Стрельникова, Є.В. Погорелов // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. – 2010. – Т. 23 (62). – № 2. – С. 52–56. – (Серия «Юридические науки»).

¹⁰ Цивільний кодекс України // Верховна Рада України. – 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹¹ Кодекс торговельного мореплавства України // Верховна Рада України. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80>

¹² Господарський кодекс України // Верховна Рада України. – 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

¹³ Толкачова Н.С. Вказана праця.

¹⁴ Цивільний кодекс України // Верховна Рада України. – 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

¹⁵ Господарський кодекс України // Верховна Рада України. – 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

¹⁶ Там само.

¹⁷ Стрілець О.М. Вказана праця.

¹⁸ Там само.

¹⁹ Діковська І.А. Правовий звичай як джерело регулювання суспільних відносин різних країн / І.А. Діковська // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2015. – Вип. 32. – Т. 2. – С. 29–31 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/4420/>

²⁰ Там само.

Резюме

Цюприк В.І. Правовий звичай як джерело права в сучасній системі права: теоретико-правовий аналіз.

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу проблем правового звичаю як джерела права в сучасній системі права. Зокрема, звертається увага на етапи формування правового звичаю. Зазначається, що правовий звичай виник завдяки ситуації, через яку постає необхідність створення нової норми, яка зможе врегулювати ситуацію; створення суспільством цієї норми; багаторазове її застосування, сприйняття її суспільством як найбільш прийнятної та обов'язкової для санкціонування норми державою. Акцентується увага на застосуванні звичаєвого права у деяких статтях нормативно-правових актів національного законодавства, зокрема у Цивільному, Господарському кодексах України. Зроблено висновок, що далеко не всі звичаї сприяють вищезазначеному результату, тому варто дуже уважно оцінювати наслідки застосування певного звичаю в певній ситуації, і з огляду на це слід надавати юридичної сили лише тим звичаям та лише в тих сферах, де результат від їх застосування буде кращим, ніж від інших джерел права.

Ключові слова: звичаєве право, правовий звичай, норми звичаєвого права, джерело права, право, законодавство, закон.

Резюме

Цюприк В.І. Правовой обычай как источник права в современной системе права: теоретико-правовой анализ.

Статья посвящена теоретико-правовому анализу проблем правового обычая как источника права в современной системе права. В частности, обращается внимание на этапы формирования правового обычая. Отмечается, что правовой обычай возник благодаря ситуации, из-за которой возникает необходимость создания новой нормы, которая сможет урегулировать ситуацию; создание обществом этой нормы; многократное ее применения, восприятие ее обществом как наиболее приемлемой и обязательной для санкционирования нормы государством. Акцентируется внимание на применении обычного права в некоторых статьях нормативно-правовых актов национального законодательства, в частности в Гражданском, Хозяйственном кодексах Украины. Сделан вывод, что далеко не все обычаи способствуют вышеуказанному результату, поэтому стоит очень внимательно оценивать последствия применения определенного обычая в определенной ситуации, и в связи с этим следует предоставлять юридическую силу только тем обычаям и только в тех сферах, где результат от их применения будет лучше, чем от других источников права.

Ключевые слова: обычное право, правовой обычай, нормы обычного права, источник права, право, законодательство, закон.

Summary

Tsyuprik V. Legal custom as a source of law in the modern legal system: theoretical and legal analysis.

The article is dedicated to theoretical law analyses of legal custom as a legal source of modern law system. By the way, the author points out the legal custom formation stages and it is also noticed that legal custom arose because of the necessity appearance to create a new regulation with an ability to govern the situation. Furthermore, the author also observes the way of legal custom from the creation and repeatable application of the regulation by particular society and recognizing it to be the most valuable and, as a result, necessity to enforce it with the help of the state. The legal custom is applied in several provisions of the national legislature that is the Civil Code and Commercial Code of Ukraine. Consequently, only several customs facilitates the noticed earlier results, that is why it is important to estimate all consequences of legal custom application in particular situation and, judging by this, to enforce this kind of legal source only in the case its application will have better results than the application of other kinds of legal sources.

Key words: custom law, legal custom, custom law regulations, legal source, law, legislature, laws.