

УДК 346.1; 347.1

**Віталіна Озель,**

канд. юрид. наук,  
доцент кафедри теорії та історії держави і права  
Київської державної академії водного транспорту  
імені гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного

**ЗВИЧАЙ У СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ**

*Стаття присвячена проблематиці визначення місця звичаєвого права в системі права України шляхом дослідження форм застосування звичаїв для регулювання тих чи інших суспільних відносин. Встановлено нормативне визначення та закріплення в законодавстві України таких видів звичаю, як правовий звичай, звичай ділового обороту, міжнародно-правовий звичай та ін.*

**Ключові слова:** звичаєве право, джерела права, цивільне право, господарське право, правовий звичай, звичай ділового обороту, міжнародно-правовий звичай.

**Постановка проблеми.** Правова традиція та звичаєві норми є невід'ємними елементами етнонаціональної культури. На нашу думку, будь-які процеси розвитку українського права повинні відбуватися з урахуванням власних правових традицій, ustalених норм моралі, принципів, а особливо звичаєвого права як джерела правового регулювання суспільних відносин. Якщо звернутися до історії українського права, то можна зазначити, що звичай тут відігравав значну роль упродовж усього дорадянського періоду.

Якщо поглянути у глиб віків, 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, у XVI – XV ст., давньоруське звичаєве право залишалось основним джерелом регулювання суспільних відносин, а в XVI ст. Литовські статuti (1566 та 1588 рр.) 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, привнесло на наші землі західноєвропейські торгівельні звичаї, що містилися у «Сак-

сонському зерцалі» (1536), «Порядку прав цивільних магдебурзьких» (1559), «Праві цивільному хелмінському» (1584) тощо.

Козаки ж Запорозької Січі ґрунтували всі свої правовідносини виключно на звичаєвому праві, яке називали «козацьким правом» або «вольностями». Але якщо вже казати про Гетьманщину, яка починаючи вже з моменту свого заснування (1654 р.) підпала під владний вплив Москви, то спочатку збереження давніх звичаїв було запорукою української автономії. І пізніше із санкціонування Росії були створені такі кодифіковані збірки українського (здебільшого звичаєвого) права як: «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.) та «Зібрання малоросійських прав» (1807 р.). 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», що стали невід'ємною частиною Зводу законів Російської імперії 1832 р. Фактично після поширення на українські землі законодавства Російської імперії у 1840-х рр. закон вже відігравав роль основного джерела права. Водночас місцеві та торгівельні звичаї застосовувались волосними судами, мировими судьями та іншими судами у цивільних справах [1, с. 94].

Радянська правова доктрина заперечувала можливість застосування звичаєвого як джерела правового регулювання суспільних відносин, допускаючи його використання лише у міжнародному праві [2]. Але після набрання Україною незалежності, у процесі глибинного реформування всіх галузей права звичаєве право знову набуває все більшо-

го значення у національній системі права. Сучасне законодавство України закріплює можливість застосування звичаю у різних галузях права (цивільному, господарському, сімейному 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.

**Метою** статті є дослідження форм юридичної фіксації правового звичаю та його ролі серед джерел права України; виокремлення та нормативне визначення таких понять, як правовий звичай, звичай ділового обороту, міжнародно-правовий звичай.

**Ступінь дослідження.** Звичаєве право доволі глибоко досліджувалося українськими вченими вже починаючи із середини ХІХ ст., активізувалися ці дослідження на початку ХХ ст. Тут особливо слід відзначити роботи М. Грушевського, С. Дністрянського, М. Іванішева, О. Єфименко, П. Єфименка, Р. Лашенка, О. Левицького, Ф. Леонтовича, В. Охримовича, І. Франка, П. Чубинського, М. Ясинського, А. Яковліва та ін.

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 таких учених, як В. Авер'янова, В. Копейчикова, О. Івановської, Ю. Лободи, М. Марченко, П. Музиченка, Ю. Оборотова, Н. Толкачової та ін. Водночас сучасна юридична наука недостатньо уваги приділяє проблемі правозастосування норм-звичаїв, у тому числі звичаїв у цивільному, сімейному, транспортному, господарському праві тощо.

**Виклад основного матеріалу.** Незначна увага українських юристів до проблеми застосування звичаєвого права як невід'ємної частини українського правової системи сьогодні є наслідком радянського соціалістичного підходу до права і закону. Проте, якщо ми вже 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 у разі відсутності відповідної норми матеріального або процесуального права, закріпленої відповідним нормативно-правовим актом. Водно-

час в українському праві існує певна колізія у 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.

Проводячи паралелі, треба зазначити, що у Західній Європі ставлення до звичаю як джерела права також не завжди було однозначним і «переживало» ряд циклів – від домінування звичаю до його тотального заперечення. Але в наш час звичаєве право розцінюється як одне з основних джерел права на рівні із законом [2].

Що ж таке правовий звичай? 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 з боку державних органів влади та суду [3, с. 13]. На нашу думку, найважливішою в цьому визначенні є дотримання концепції природного права.

Поряд із природно-правовими поглядами чільне місце також займає соціологічна концепція права. Якщо вивчити погляди О. Єфименко, провідної дослідниці звичаєвого права, представниці дорадянського покоління вчених, то очевидною стає «типова відмінність» норм звичаєвого права і норм права державного [4, с. 171]. Так, звісно, сама сутність звичаєвого права зосереджена саме на непідвладності оформлення у жорстку юридичну конструкцію, сталу, виважену правову структуру.

Якщо говорити про сучасну концепцію правового звичаю, то він набуває більш вираженої, означеної форми. Правовий звичай – це не тільки зовнішній вираз національних традицій, переконань, принципів у праві, він насамперед підтримується з боку держави шляхом диспозитивного або імперативного закріплення в законодавстві прямого посилення на можливість застосування звичаю для регулювання тієї чи іншої сфери суспільних відносин. Наприклад, у ст. 7 Цивільного Кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (далі – ЦК України) передбачається, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. У цій же статті надається нормативне ви-

значення звичаю, під яким розуміється правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

С. О. Харитонов, коментуючи ст. 7 ЦК України, підкреслював думку, що саме в цій статті вперше у вітчизняному законодавстві вказується на звичай як на джерело цивільного права і визначаються засади його застосування. Вчений залежно від характеру правового звичаю виокремив кілька його видів: міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві; судовий звичай; звичай ділового обігу (обороту) та загальні принципи права [5, с. 13].

З наведеного вище положення ЦК України випливає, що звичай ділового обороту визнається субсидіарним джерелом права і має «меншу» юридичну силу порівняно із законодавством та договором сторін [2]. Тобто в цивільному праві на щабель вище від звичаю поставлений договір. Так, за статтею 7 Цивільного кодексу, звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не може бути застосований.

Крім того, в ст. 7 ЦК України вказується на те, що звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Проте фіксація звичаю в актах законодавства або в будь-якому документі не є правилом. Здебільшого звичаї не фіксуються, а мають характер так званих правових аксіом або просто норм моралі. Треба зазначити, що документом, який фіксує звичай, може бути або нормативно-правовий акт (кодекс, закон, постанова тощо), або судовий прецедент – постанова вищої судової інстанції (Пленуму Верховного Суду України чи Пленуму Вищого спеціалізованого суду) тощо.

ЦК України також фіксує особливий звичай набуття права власності шляхом привласнення загальнодоступних дарів природи (ст. 333). Згідно із цією статтею особа, яка зібрала ягоди, лікарські рослини, зловила рибу або здобула іншу річ у лісі, водоймі тощо, є їхнім власником, якщо вона діяла відповідно до закону, місцевого звичаю або загального дозволу власника відповідної земельної ділянки.

Також доволі багато статей ЦК України передбачають можливість врегулювання цивільних відносин за допомогою звичаїв ділового обороту (наприклад, ст. 213, 526, 527, 529, 538, 539, 613 тощо). Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV (далі – ГК України) у ст. 32 передбачає право суб'єктів господарських відносин посилається на торгові та інші чесні звичаї.

В Україні не тільки цивільне та господарське право визнає звичаї джерелом регулювання правовідносин. У сімейному праві звичаї посідають вагоме місце. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III (далі – СК України) дозволяє врегулювання сімейного спору за допомогою звичаю. Так, згідно зі ст. 11 СК України суд за заявою зацікавленої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам Сімейного кодексу України або інших законів та моральним засадам суспільства. Це загальна норма щодо можливості застосування звичаїв.

Треба звернути увагу на специфічну умову, встановлену ст. 11 СК України. Тут передбачена обов'язкова відповідність звичаю моральним засадам суспільства, оскільки поняття «моральні засади суспільства» також є категорією звичаєвого права. Можна припустити, що у цій статті йдеться про надання переваги загальносуспільним, загальнонаціональним автентичним звичаям перед звичаями місцевими. На думку І.В. Суханова, звичай, на відміну від традиції, завжди дає детальний припис вчинку в конкретній ситуації і разом із тим не ставить вимог до духовних якостей людини [6, с. 8].

Сімейне законодавство України містить норми, що конкретизують можливість застосування звичаєвих традицій. Так, ст. 35 СК України дозволяє особі мати подвійне прізвище, проте поєднання більше двох прізвищ не допускається. Водночас допускаються винятки у питанні визначення імені громадянина України, яке за ст. 28 ЦК України складається з прізвища, власного імені та по батькові. У цих питаннях звичаї національної меншини, до якої належить особа, набирають сили за ч. 2 ст. 35 та ч. 2 ст. 146 СК України. Звертаючись безпосередньо до тексту Закону України «Про національні меншини в Україні» від 25.06.1992 № 2494-XII, ми бачимо, що законодавець надає право кожному громадянину України на національні прізвище, ім'я та по батькові (ч. 1 ст. 12). Також за ст. 12 (ч. 2 -3) громадяни мають право у встановленому порядку відновлювати свої національні прізвище, ім'я та по батькові; а громадяни, у національній традиції яких немає звичаю зафіксувати «по батькові», мають право записувати в паспорті лише ім'я та прізвище, а у свідоцтві про народження – ім'я батька і матері.

Таким чином, звичаєво-правові норми сімейного права уособлюють моральні устої, принципи, традиції українців, а також визначають особливості сімейних відносин національних меншин.

На відміну від побутових звичаїв, сферою регулювання звичаєвого права є найбільш важливі суспільні відносини. До типових напрямів такого регулювання належать питання ведення війни. Так, у чинному Кримінальному кодексі України від 05 квітня 2001 р. встановлена кримінальна відповідальність за порушення законів і звичаїв війни (ст. 348), 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.

Міжнародні звичаї вагоме місце посідають у сфері правового регулювання торговельних відносин. Наприклад, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 № 959-ХІІ надає у ч. 1 статті 6 право суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності використовувати відомі міжнародні звичаї під час складання тексту зовнішньоекономічного договору (контракту). Відповідно до цього ч. 5 ст. 4 Господарсько-процесуального кодексу України передбачає, що у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосувати міжнародні торгові звичаї. Тут треба підкреслити, що законодавець не зобов'язує суд користуватися звичаєвими нормами, а лише надає йому право.

Диспозитивність застосування звичаїв також простежується і в Кодексі торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. № 176/95-ВР (далі – КТМ). Тут зафіксовано ряд звичаїв, яким надано статус правових: 1) за ст. 71 капітан судна має право застосувати звичай віддання тіла померлого моряка. Такий звичай застосовується лише у разі, коли тіло не може бути збережене внаслідок тривалого перебування судна у відкритому морі; 2) за ст. 78 начальник морського порту має право видавати звід звичаїв порту. Такий звід можна розцінювати як нормативну фіксацію звичаїв, внаслідок чого вони набувають обов'язкової сили для всіх учасників правовідносин; 3) ст. 117 містить посилання на звичайну практику морського агентування, якої повинен дотримуватися морський агент, а ст. 118 дозволяє застосовувати звичайні повноваження морського агента; 4) ст. 146 визнає чинні звичаї перевезення вантажів; 5) ст. 293 згадує міжнародні звичаї торговельного мореплавства, що застосовуються в разі неповноти законодавства з питань загальної аварії; 6) ст. 295 не визнає загальною аварією навіть у разі наявності її ознак та заперечує відшкодування вартості вантажу, що перевозився на судні без дотримання правил і звичаїв торговельного мореплавства.

КТМ України застосовує специфічну термінологію для визначення звичаю: морські звичаї, звичаї порту, чинні звичаї, міжнародні звичаї торговельного мореплавства тощо. Водночас зазначені вище норми тісно пов'язані з юридичною конструкцією ділового обороту. Тому, повертаючись до ст. 7 ЦК України, необхідно підкреслити положення, що передбачає можливість фіксації звичаю у формальному документі. До таких документів можна віднести: «Міжнародні правила тлумачення торгових термінів Міжнародної торгової палати – ІНКОТЕРМС 2010, Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів, Уніфіковані правила по інкасо, Принципи міжнародних комерційних договорів тощо. На банківські звичаї прямо вказує ст. 344 ГК України.

Висновки. 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, і на відміну від законодавства саме норми звичаєвого права можна вважати дуже динамічним віддзеркаленням усіх перетворень у суспільно-правовому житті. 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, удосконалення дієвих, підтверджених практикою, факторів щодо зміцнення верховенства права та законності у майбутньому, безперечно, матимуть позитивний вплив на розвиток держави в цілому.

Безперечно, такі елементи правової системи, як традиції та звичаї, несуть на собі відбиток автентичності певної нації. Вони неодмінно повинні зберігати свою чинність як джерела права з можливістю їх практичного використання у повсякденному регулюванні суспільних правовідносин, а судді повинні мати можливість посилатися на норми звичаєвого права, обгрунтовуючи свої рішення. Проте сама природа звичаю не дозволяє встановити чіткі рамки його застосування.

Отже, доцільним буде визначити найбільш перспективні напрями майбутніх досліджень у сфері означеної нами про-

блематики: по-перше, визначення окремих звичаїв, що практично застосовуються в сучасній Україні, та вивчення міри їх впливу на реальне регулювання суспільних відносин; по-друге, дослідження практики застосування правових звичаїв фізичними, юридичними особами, державними органами та судами.

#### Список використаних джерел:

1. Общая теория права: Элементарный очерк / Хвостов В.М. – 6-е изд., испр. и доп. – С.-Пб.: Н. П. Карбасников, 1914. – 160 с.
2. Толкачова Н.Є. Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту – форми права сучасної України: проблеми застосування [Електронний ресурс] / Н.Є. Толкачова // Соціологія права. – 2011. –

№ 2. – Режим доступу : [http://www.nbu.gov.ua/old\\_jrn/soc\\_gum/socpr/2011\\_2/Tolkachova.pdf](http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/soc_gum/socpr/2011_2/Tolkachova.pdf)

3. Жовтобрюх М. М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: автореф. дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.12 «Філософія права» / М. М. Жовтобрюх ; Нац. акад. внутр. справ України МВС України. – К., 2002. – 19 с.

4. Ефименко А.Я. Исследования народной жизни. Обычное право / А.Я. Ефименко. – М.: «Русская» типо-литография, 1884. – XVI. – 382. – С. (5)3.

5. Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. : зі змінами та допов. станом на 26 берез. 2010 р. / Харитонов Є. О. [та ін.] ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. Харитонova Є. О. [та ін.]. – К.: Правова єдність, 2010. – 749 с.

6. Суханов И.В. Обычаи, традиции в преюмственности поколений / И.В. Суханов. – М.: Политиздат, 1976. – 215 с.

*Стаття посвячена проблематиці определения места обычного права в системе права Украины путем исследования форм использования обычаев для регулирования тех или иных общественных отношений. В статье установлено нормативное определение и фиксация в законодательстве Украины таких видов обычая, как правовой обычай, обычай делового оборота, международно-правовой обычай.*

**Ключевые слова:** обычное право, источники права, гражданское право, хозяйственное право, правовой обычай, обычай делового оборота, международно-правовой обычай.

*The article is dedicated to the problems of determination of place of customary law in Ukrainian law system by studying the forms of customs use for different kinds of social relations. The normative definition and fixing of such kind of customs like legal customs, business customs, international legal customs etc. in Ukrainian legislation are determined.*

**Key words:** customary law, legal sources, civil law, economic law, legal customs, business customs, international legal customs.