

13. Леонтьев Е. В. Судебная ошибка в гражданском процессе: понятие и характерные черты / Е. В. Леонтьев // Современные проблемы гражданского права и процесса. – Новосибирск, 2002. – С. 187.
14. Вопленко Н. Н. Ошибки в правоприменении: понятие и виды / Н. Н. Вопленко // Советское государство и право. – 1981. – № 4. – С. 41
15. Гультай М. Прогаляни і помилки при відправленні правосуддя / М. Гультай // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – 1 (24). – С. 209-210.
16. Материалы научно-практической конференции, посвященной 80-летию профессора М. А. Викут / отв. ред Н. В. Кузнецов. – Саратов : Издательство ГОУ ВПО «Саратая государственная академия права», 2003. – 176 с.

*Статья посвящается изучению и анализу вопроса об ошибке в применении права и об «ошибке» вообще. Рассмотрено соотношение указанных категорий с выделением определенной самостоятельности каждого. Определено смысловое наполнение данных понятий.*

*The article is dedicated to study and analyzing of the issue regarding the mistake in the application of the law and «mistake» in general meaning. It discusses the ratio of mentioned categories with distinguishing autonomy of each. It is defined the content of these concepts.*

Стаття надійшла до редколегії 23.09.2013

УДК 340.131:340.141

*Красюк І. А., НУ «ОЮА»*

## **ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ЗАКОНУ ПРИ ЗАСТОСУВАННІ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ**

*У статті досліджуються актуальні аспекти застосування правового звичаю в процесі регулювання суспільних відносин. На основі проведеного аналізу діючого законодавства робляться висновки про можливість застосування звичаїв при санкціонуванні законодавцем.*

В сучасному суспільстві відбуваються якісні перетворення, зумовлені переосмисленням ролі законодавства у суспільній свідомості. Саме в цей час проходить перегляд самої сутності, поняття форм права, їх значення у системі чинних форм права.

В правовій сфері відбувається інтерпретація цінностей, що забезпечуються правом, зміна багатьох правових понять. Ряд вчених правознавців призивають спиратися на природно-правову доктрину. Відповідно цьому підходові право представляється як система прав, а не система норм. Тут же стверджується, що право має не державне, а соціальне походження. В зв'язку з цим право не є привілеєм держави, а юридична наука наблизилася до аналізу проблеми множинності джерел права [1, 111].

Сучасні джерела права України різняться своєю багатоманітністю. Їх можна класифікувати за характером (сутністю) волевиявлення суб'єктів правотворчості, за змістом, за формою, за територією дії, за часом дії, за чинністю тощо. Але, незважаючи на всю багатоманітність джерел права, вони співіснують і взаємодіють між собою, поєднуючись в єдину систему джерел права України.

Система сучасних джерел права України набуває подальшого розвитку й за рахунок такого джерела права, як правовий звичай.

Якщо зробити аналіз юридичних праць, присвячених проблематиці визначення та дії звичаїв, то можна побачити, що в різні часи її окремі аспекти висвітлювалися в роботах С. Алексеєва, С. Зівса, В. Дудченко, М. Марченка, Ю. Оборотова, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, Н. Толкачової, І. Усенка та ін.

Також треба відмітити, що, в силу трансформації поглядів сьогодення на джерела права взагалі та ролі правового звичаю серед них зокрема, актуальності набуває питання дотримання принципу верховенства закону при застосуванні правового звичаю.

Як відомо, звичаї є найдревнішими соціальними регуляторами, а правовий звичай – це найстарше джерело права. Правовий звичай був незмінним супутником розвитку права на протязі всієї історії людства, а його авторитет спирається на формулу «так діяли всі і завжди». В процесі розвитку будь-якого суспільства звичаєве право обов'язково теж буде розвиватися та трансформуватися, пристосуючись до потреб суспільства, адже правовий звичай був і остається невід'ємною частиною традицій свого народу.

У первісному суспільстві людина діяла певним чином відповідно до зовнішніх обставин, а періодичне повторення таких дій протягом тривалого часу призвело до виникнення звичаю діяти саме таким чином. З поступовим ускладненням суспільних відносин звичай набуває характеру правила поведінки, якого в обов'язковому порядку дотримуються всі члени певної соціальної групи [2, 151].

Р. Давид писав, що «Відверто кажучи, вивчення звичаю ніколи не було здійснено належним чином, оскільки наука в минулому

надавала пріоритетне значення римському праву, а нині – національним кодексам. Звичай відіграв вельми важливу роль в еволюції романо-германської системи, але ця роль потребує відповідної легітимації... і досі ми ще не звільнились від римсько-каноничної концепції звичаю і намагаємось вмістити всі звичаї в межі закону, навіть якщо для цього доводиться зображувати як відповідні до закону звичаї, що в дійсності заповнюють прогалини чи навіть суперечать закону. Таким чином, за незначними винятками, звичай втратив у наших очах характер самостійного джерела права» [3, 95].

На думку Н. Толкачової, під звичаєм слід розуміти історично стійку, типову модель соціокультурної поведінки, яка вважається необхідним елементом життєвого світу конкретної спільноти. Звичай складається спонтанно, стихійно. Його наслідують тому, що «всі діють так», його визнають, він закріплює найбільш корисну поведінку у побуті, при вирішенні спорів, в інших сферах життя. При цьому звичаї є різноманітними за своїм походженням і сферою соціального регулювання – релігійні, ритуальні, етикетні, лексичні, військово-церемоніальні, судово-процесуальні тощо [4, 51]. Ця характеристика соціальних звичаїв поширюється і на такий їх різновид, як правові звичаї.

О. Васянович відмічає, що створення саме правового звичаю відбулося внаслідок розширення суспільства, появи грошово-обмінних відносин, відмежування норм моралі від звичаїв, які регулюють повсякденні відносини (соціальні, побутові), порушення звичаїв та появи санкцій, виникнення глобальної організації суспільства – держави, створення писемності, закріплення державою звичаїв у письмовому вигляді, що і зумовило їх юридичний, правовий характер. Також вона наголошує, що звичай лише тоді стає правовим та сприймається державою, коли не суперечить прийнятим законам [5, 8]. Сукупність правових звичаїв прийнято називати звичасвим правом.

Особливістю звичасевого права є те, що норми, які складають його зміст, не встановлюються рішенням правотворчих органів держави, а виникають у процесі громадської практики і спочатку існують у вигляді соціальних норм. Втім, Н. Пархоменко відмічає, що звичай встановлюється стихійно, непомітно, а на розвиток звичасевого права впливає діяльність органів та установ з управлінням родовим колективом, держави врешті-решт. Звичасево право тісно пов'язане з владою та має підзаконний характер [2, 153].

Досліджуючи ознаки та поняття правового звичаю, О. Васянович пропонує таке визначення правового звичаю, як «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 та закріплена законодавцем на державному рівні; як норма права для захисту інтересів певного суспільства, гарантування виконання прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції» [5, 9].

М. Коркунов відмічав, що до другої чверті XIX ст. звичаї не визнавались самостійними джерелами права, але такі вчені, як Томазіє та Грольман допускали можливість визнання звичаю в якості джерела права, на якому ґрунтується договір чи закон. В той же час М. Коркунов доводив, що обов'язкова сила позитивного закону та правового звичаю обумовлювалась їх походженням – волею народу. Цим, на його думку, і пояснювався зміст поняття про «мовчазне встановлення закону» [6, 350].

У перші роки радянської влади вчені не розцінювали правовий звичай як дієве джерело права. П. Стучка стверджував, що звичаї завжди належать минулому [7, 101].

Розвиваючи положення радянської державно-правової доктрини, яка заперечувала перспективність таких джерел права, що не відносяться до нормативно-правових актів, А. Шебанов писав, що з побудовою соціалізму радянське право взагалі не знає випадків існування правових звичаїв. Одиночні випадки існування таких звичаїв були можливими лише у перші роки радянської влади. Він критично висловлювався щодо існування правового звичаю, зазначаючи, що невідзначеність і розпливчастість норми, що міститься в правовому звичаї, відкриває можливість вільного її тлумачення, і, як наслідок – вільного застосування суддями та адміністраторами [8, 47-48].

Л. Зівс також стверджував про повне витіснення звичасового права із правової дійсності Радянського Союзу [9, 153], таким чином повністю поділяючи думку А. Шебанова.

В той же час Р. Давид відмічав, що звичай зберігав у СРСР певну значущість тією мірою, в якій він був необхідний чи корисний для тлумачення і застосування закону, або у тих нечисленних випадках, коли сам закон відсилає до звичаю, відводячи останньому певну сферу правового регулювання [3, 188].

На сучасному етапі правового життя закони України визнають дію правового звичаю, можливість використання якого прямо зафіксована в Цивільному, Сімейному кодексах України, в Господарському процесуальному кодексі України тощо.

Правовий звичай має такі риси:

– природну основу виникнення. Створюється певною масою людей, пов'язаних спільністю економічних та правових умов життя, мови та національності, побуту та географічних умов;

– визначеність, тобто наявність конкретних ознак правила поведінки;

– юридична сила як визнання правила певною спільнотою та його санкціонування державою;

– неписаний характер;

– тісний зв'язок з релігійними нормами, обрядами тощо;

– поступовість формування забезпечує врахування змін, що відбуваються в суспільних відносинах;

– входить у звичку людини, що не дає можливості сумніву в його необхідності [2, 153-154].

Р. Майданик виділяє ще такі риси правового звичаю, як

– звичай є загальновизнаним правилом поведінки, що склалося внаслідок неодноразового і тривалого однакового застосування;

– не є обов'язковою фіксація звичаю в якихось документах [10, 68].

В теорії права виділяють дві форми санкціонування правового звичаю: законодавче санкціонування та правозастосовне санкціонування.

За законодавчим санкціонуванням, звичай перетворюється в елемент національного права. Воно може бути загальним, при якому Конституція держави містить посилання на звичай як джерело права та (або) коли у звичайному законодавстві є дозвіл законодавця керування звичаями, та особистим, коли дозволено застосування звичаю у разі прямого посилання у конкретній нормі нормативного акта. Слід звернути увагу на те, що при санкціонуванні державою звичаю в нормативно-правовому акті, предметом санкції є не звичай як конкретне правило поведінки, а лише можливість його використання у визначеному порядку строго встановлених питань. При цьому в нормативно-правовому акті повинна йтися мова про те, що при регулюванні відповідного виду суспільних відносин необхідно керуватися звичаями, що діють.

Правозастосовне санкціонування можна поділити на:

Судове – при якому суд у своїх рішеннях санкціонує звичай, надаючи йому правовий характер; правозастосовне санкціонування органів виконавчої влади.

Відомче санкціонування та санкціонування іншими органами держави;

Договірне санкціонування, при якому закон передбачає, що сторони можуть визначити, яким звичаєм регулювати відносини;

«Мовчазне» санкціонування шляхом дотримання звичаїв у діяльності державних органів; визнання державою міжнародних звичаїв,

які використовуються для регулювання приватних відносин і мають міжнародний характер [2, 153].

При санкціонуванні звичай забезпечується не тільки заходами суспільного впливу, а й можливістю примусу з боку держави. Щодо співвідношення правового звичаю з законом, то можна зробити вивід, що правовий звичай може виступати «в доповнення к закону» або діяти «крім закону». Головною умовою застосування правового звичаю є вимога несуперечливості закону. Взаємовплив звичаю та права полягає в тому, що корисні звичаї стимулюються правом, держава не заперечує застосування потрібних звичаїв.

Цивільний кодекс України зазначає, що звичай може бути формою норм цивільного права. У залежності від характеру правового звичаю розрізняють кілька його видів: звичаї ділового обороту, міжнародні звичаї, звичаї внутрішньодержавні, звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві, судові звичаї та ін. Зазначається, що звичаї можуть бути зафіксовані у відповідному документі, але у більшості випадків звичаї мають характер правових аксіом, що звичайно беруться до уваги учасниками цивільних відносин, судами тощо.

Звичай, який суперечить актам цивільного законодавства або договору, не застосовується. Не може також застосовуватись звичай, який суперечить моральності суспільства, публічному інтересу тощо. Таким чином, правові звичаї за юридичною силою поступаються договорам, актам законодавства, а також загальним засадам законодавства [11, 14].

Якщо зробити аналіз Сімейного кодексу України, то можна побачити, що ст. 11 при вирішенні сімейного спору вказує на можливість урахування місцевого звичаю, а також звичаю національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам Сімейного кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства [12].

Господарське законодавство вказує, що при відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї [13].

Не можна заперечувати те, що на сучасному етапі розвитку українського права державно-нормативне регулювання не в змозі охопити всі суспільні відносини. Тому правовий звичай, який офіційно закріплений в якості джерела права зберігає певне значення при врегулюванні суспільних відносин. Обов'язковою умовою застосування звичаю є його несуперечливість законодавству, договору або моральним засадам суспільства.

*Бібліографічний список*

1. Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / [Оборотов Ю. Н., Колесниченко В. В., Долматов И. В., Завальнюк В. В., Дудченко В. В. и др. ] ; под ред. Ю. Н. Оборотова. – О. : Феникс, 2011. – 436 с.
2. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія / Пархоменко Н. М. – К. : Юридична думка, 2008. – 336 с.
3. Давид Р. Основные правовые системы современности / Давид Р., Жоффре-Спинози К. ; пер. с франц. В. А. Гуманова. – М. : Мысль, 1999. – 400 с.
4. Толкачова Н. Є. Звичаєве право: навч. посіб. / Н. Є. Толкачова. – К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський Університет». – 2005. – 230 с.
5. Васянович О. А. Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – «Теорія і історія держави і права; Історія політичних і правових вчень» / О. А. Васянович. – К., 2010. – 20 с.
6. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Коркунов Н. М. [2-е изд.] ; [Пред. И. Ю. Козлихина]. – СПб., 2004. – 350 с.
7. Стучка П. И. Введение в теорию гражданского права // П. И. Стучка Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права / П. И. Стучка. – Рига, 1964. – 825 с.
8. Шебанов А. Ф. Форма советского права / Шебанов А. Ф. – М. : «Юридическая литература», 1968. – 120 с.
9. Зивс Л. С. Источники права / Л. С. Зивс. – М. : «Юридическая литература», 1981. – 340 с.
10. Майданник Р. Правовий звичай як джерело цивільного права / Р. Майданник // Юридична Україна. – 2009. – № 6. – С. 67-72.
11. Цивільний Кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. Є. О. Харитоновна та ін. – [3-тє вид., перероб. та доп. ] – К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. – 752 с.
12. Сімейний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.
13. Господарський процесуальний кодекс [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.

*В статье исследуются актуальные аспекты применения правового обычая в процессе регулирования общественных отношений. На основе проведенного анализа действующего законодательства делаются выводы о возможности применения обычаев при санкционировании законодателем.*

*In the article the actual aspects of application of legal consuetude are probed in the process of adjusting of public relations. On the basis of the conducted analysis of current legislation drawn conclusion about possibility of application of consuetudes at sanctioning a legislator.*