

ЗНАЧЕННЯ ТА ПРАКТИЧНА ЦІННІСТЬ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ ЯК НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЯТОРА СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

УДК 340.141

Постановка проблеми. Як відомо з історії права звичай є історично першим формальним джерелом права. Проте, з розвитком кодифікації та уніфікації законодавства практична цінність звичаю як регулятора суспільних відносин значно зменшилась. Тому актуальним на сьогодні постає питання дослідження ролі та значення звичаю в системі джерел права, зокрема сімейного права України.

Мета і завдання дослідження. Предметом дослідження виступає правова природа звичаю як регулятора сімейних правовідносин. Мета статті полягає в з'ясуванні значення та практичної цінності правового звичаю в системі джерел сімейного права України.

Стан дослідження. Питання значення та практичної цінності правового звичаю були предметом дослідження багатьох вітчизняних і зарубіжних вчених-дослідників радянського та сучасних періодів, зокрема таких як І.Б. Новицький [1], Р.Давід [2], М.М.Марченко [3], І.Б.Усенко [4], О.О.Щокіна [5], О.М.Ярошенко [6], І.М.Ситар [7] та ін.

Проте, в сфері сімейного права відсутні комплексні наукові дослідження особливостей правового звичаю як нормативного регулятора сімейних відносин, що й зумовлює актуальність цього дослідження.

Основний матеріал. Розпочинаючи аналіз правової природи звичаю варто зауважити, що проведене нами дослідження не ставить своєю метою всебічний аналіз всіх ознак правового звичаю. Проте, для визначення практичної цінності останнього необхідно виділити основні характерні риси.

Умовно ознаки правового звичаю як нормативного регулятора сімейних відносин ми поділили на дві групи – загальнотеоретичні та спеціальні.

До першої групи ознак можна віднести статичність, яка характеризується повторюваністю, одноманітністю, усталеністю та тривалістю формування правила поведінки [5, с.32, 36-37; 8, с.231; 9, с.68]. Тобто виявити правовий звичай можна за умов одноманітності його прояву протягом тривалого періоду. Якщо він буде виконуватись у різний спосіб, ідентифікувати звичай буде набагато важче, якщо взагалі можливо [4, с.41]. Наступні ознаки – це локальний характер, тобто звичай застосовується в рамках порівняно невеликих суспільних груп людей [10, с.49]. Джерелом виникнення звичаю визнається суспільство, в якому звичай виникає стихійно та спонтанно [11, с.13]. При цьому звичай засновується на усвідомленні його необхідності як правила поведінки, на переконанні, що слід вчиняти неодмінно так, а не інакше в інтересах спільного проживання [6, с.239]. Тобто, звичай повинен визнаватися, поважатись і дотримуватись населенням тієї території, на якій він діє як правовий звичай [3, с.602]. Зміст зви-

часового правила не повинен суперечити моралі [6, с.239]. Відповідно у звичаях відображається конкретний соціальний досвід і моральні корені [12, с.37].

Ще однією важливою ознакою звичаю є динамічність, яка полягає в тому, що виникнення і скасування звичаєвої норми не регламентовані формальною процедурою. В більшості випадків правові звичаї є неписаними нормами. Завдяки такому особливому механізму формування звичай здатний пристосовуватись до динамічності правового регулювання [5, с.77; 13, с.198-199].

Проте в цьому контексті варто зауважити, що джерелом права звичай стає після санкціонування його державою, коли він «перетворюється на складову позитивного права» [3, с.495].

Правового характеру (легітимності) звичаю надає держава в особі уповноважених органів державної влади двома шляхами: законодавчим і судовим.

Одні науковці, такі як І.Б.Новицький, М.І.Брагинський, С.І.Вільнянський надають перевагу законодавчому способу санкціонуванню. Під час такого санкціонування можливість використання звичаю забезпечується посиланням на нього у тексті нормативно-правового акта [1, с.63; 5, с.78; 7, с.79].

На думку інших вчених, зокрема таких як І. М. Ситар, Л. Еннексерус судовий спосіб санкціонування є основним. Як стверджують вищезазначені науковці звичаєве право виникає головним чином із судової практики [14, с.146]. Рішення суду, що засноване на звичаї, забезпечується примусовою силою держави. Фактично цей звичай санкціонується державою. Без судового визнання звичай не є обов'язковим і, отже, не може визнаватися правовим [7, с. 79].

На підставі аналізу наведених вище міркувань вважаємо за доцільне приєднатись до думки першої групи науковців, які вважають законодавчий спосіб санкціонування основним та найбільш ефективним. Оскільки, враховуючи особливості романо-германської правової сім'ї, до якої належить і наша правова система, домінуюча роль в регулюванні суспільних відносин належить нормативно-правовому акту. На сьогодні суди при вирішенні справ зобов'язані посилатися на відповідні норми законодавства. Так, зокрема, відповідно до п.3 ч.1 ст. 215 Цивільного процесуального кодексу України в мотивувальній частині рішення суду повинно бути зазначено назва статті, її частини, абзацу, пункту, підпункту закону, на підставі якого вирішено справу, а також процесуального закону, яким суд керувався [15]. Тобто, судова практика у відношенні до звичаїв скоріш за все є засобом доведення (підтвердження) факту існування звичаїв у сфері регулювання правовідносин, а не способом санкціонування.

Отже, узагальнюючи загальнотеоретичні властивості правового звичаю як формального джерела права можна визначити його практичну цінність. Зокрема, завдяки таким ознакам як статичність, збереження та акумулювання соціального досвіду і моральних засад, які формувалися протягом багатьох десятиліть, стихійність виникнення та неухильність дотримання в силу визнання та поваги людьми звичай з однієї сторони допомагає зберегти стабільність в суспільстві, традиційний лад. З іншої – завдяки динамічності допомагає подолати прогалини у діючому законодавстві та спрогнозувати його подальший ефективний розвиток.

Однак, крім загальних, правовому звичаю як джерелу сімейного права притаманні й спеціальні ознаки. Вони пов'язані насамперед із особливостями суспільних відносин, які врегульовуються звичаєвими нормами. Зокрема, правовий звичай регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачем та усиновленою ним дитиною, між іншими членами сім'ї та між суб'єктами сімейного права, що пов'язані із влаштуванням дітей, позбавлених батьківського піклування у сім'ю [16, с.6].

Сімейні правовідносини характеризуються особисто-довірчим, тривалим характером, який відслідковується у їх меті (створенні та зміцненні сім'ї як особистого немайнового блага, що позбавлене майнового змісту в силу своєї природи – не засобу для отримання матеріальної вигоди, а форми особисто-довірливих відносин) та відсутністю визначених часових меж. Виникнення, зміна або припинення сімейних прав та обов'язків не залежить від передачі майна або сплати грошових коштів на користь того чи іншого суб'єкта сімейних правовідносин. Завдяки таким особливостям сімейні правовідносини характеризуються в більшості випадків безоплатністю. Однією з важливих рис сімейних правовідносин є також невідчужуваність сімейних прав та обов'язків. Адже, останні настільки тісно пов'язані з особою, яка ним наділена, що не можуть бути передані іншим особам ані добровільним (купівля-продаж, дарування, міна), ані примусовим шляхом, за винятком застосування такої сімейно-правової санкції, як позбавлення батьківських прав [17, с. 113-115].

Підставою виникнення сімейних правовідносин є конкретні життєві обставини, з якими закон пов'язує виникнення, зміну або припинення сімейних правовідносин (шлюб, родинність, материнство і батьківство, усиновлення і патронаж) [18, с. 44-45].

Отже, правовий звичай як джерело сімейного права регулює суспільні відносини, які характеризуються конкретно визначеним суб'єктивним складом, особисто-довірчим, тривалим характером, безоплатністю, невідчужуваністю сімейних прав та обов'язків і виникають на підставі специфічних юридичних фактів.

Одним з проблемних питань на сьогодні залишається питання самостійності правового звичаю як джерела сімейного права в процесі легалізації. Мова йде про ситуацію, коли у нормативно-правовому акті розкривається зміст звичаєвих норм (правил поведінки). Тоді звичай перетворюється на норму законодавства, виступає свого роду джерелом законодавства. Самостійно правовий звичай як джерело сімейного права функціонує у випадку посилання на нього у нормах законодавства. При цьому не повинен гарантуватись захист з боку держави конкретним звичаєвим нормам.

В контексті дослідження варто зауважити, що керуючись нормами Сімейного кодексу України (далі – СК України), можна стверджувати, що правовий звичай існує як самостійний регулятор сімейних правовідносин. Прикладом можуть слугувати ст. ст. 11, 35, 146 СК України, в яких зазначені два основні види звичаїв. Зокрема, мова йде про місцевий звичай та звичай національних меншин [19]. Як вказує ст. 11 СК України при вирішенні сімейного спору суд за заявою заінтересованої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини. Ст. ст. 35, 146 СК України визначають можливість складення

більше двох прізвищ нареченими, або двох імен дитини, якщо це передбачено звичаєм національної меншини [19].

Але про можливість застосування звичаю згадується тільки у трьох із вищезазначених статтях СК України та деяких статтях інших норм сімейного законодавства (ст.5 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 року та в п.2 Концепції державної сімейної політики від 17 вересня 1999 р) [20; 21].

Відповідно в практиці правозастосування постає проблема, щодо законності застосування звичаю, якщо про це не зазначено в конкретних нормах законодавства.

Варто зазначити, що серед науковців сьогодні немає однозначної відповіді на це питання. Однак, досить цікавою, на наш погляд, є думка з цього приводу вчених у сфері міжнародного приватного права. Зокрема, І. С. Зікін, О. О. Щокіна вважають, що допустимість застосування торговельних звичаїв базується не на прямому посиленні закону, а на позиції законодавства в цілому. На думку О. О. Щокіної, відсутність у законодавстві України заборони керуватися у відносинах цивільного характеру торговельними звичаями слід розглядати як підставу їх застосування [5, с.79-80].

Вважаємо, за доцільне погодитись із твердженнями вищезазначених науковців, оскільки, у сфері регулювання сімейних відносин це правило може бути цілком доцільним. Тим більше, що судова практика пішла саме таким шляхом вирішення проблеми застосування звичаю.

Так, Сокальський районний суд Львівської області у своєму рішенні від 10.03.2011 року №14189442 по справі № 2-257/11 послався на звичай, відповідно до якого, під час святкування одруження подарунки передаються двом із подружжя, а не одному. І на підставі цього визнав подарований телевізор спільною сумісною власністю подружжя [22]. Таким чином звичай був застосований для доповнення і тлумачення ст. 60 СК України, яка визначає підстави набуття права спільної сумісної власності подружжя. Хоча ст.60 СК України не передбачає можливість застосування звичаю.

Стахановський міський суд Луганської області у рішенні від 02 жовтня 2009 року № 18663734 по справі №2-2572 за 2009 р. ухвалив рішення, використовуючи ст. 11 СК України, за яким задовольнив позов про зміну імені дитини, враховуючи звичай національних меншин (“національні традиції”) [23]. При цьому варто зауважити, що в ст.146 СК України не зазначено право застосування звичаю при вирішенні спору між батьками щодо імені дитини. Відповідно до ч.3 ст. 146 СК України спір може бути вирішений органом опіки та піклування або судом. Право застосування звичаю суду надає ст. 11 СК України [19].

Вищенаведене дозволяє сформулювати висновок про те, що правовий звичай в сімейному праві можна застосовувати у всіх випадках, окрім прямо заборонених законодавством. Тобто, відсутність посилання на можливість використання звичаю у конкретних правових нормах законодавства України не є перешкодою для його реалізації на практиці. Дотримання вимог ст. 11 СК України є достатнім для застосування (врахування) звичаю при вирішенні сімейних спорів.

Однак, незважаючи на позитивні риси, не можна не відмітити, що звичаєве регулювання має і низку недоліків. Насамперед, проблема виникає у процесі реалізації (правозастосування) звичаю в практичному житті.

Фактично законодавець зобов'язує суд ставитись до звичаю як до норми права, але не вирішує основного питання, що виникає в ході процесу: хто і як повинен встановлювати існування та зміст звичаєвого права [24, с. 79].

Як відомо правовий звичай в основному є неписаним джерелом права, формально невизначеним. До того ж відповідно до ст. 11 СК України врахування звичаю є тільки правом, а не обов'язком судді [19].

Висновки. Отже, ґрунтуючись на досягненнях загальної теорії права та враховуючи розробки вчених можна прийти до наступних висновків.

Завдяки таким характерним ознакам, як статичність, збереження та акумулювання соціального досвіду і моральних засад (принципів), які сформувалися протягом багатьох десятиліть за різних соціально-економічних умов, стихійності виникнення та неухильного дотримання в силу визнання та поваги людьми звичай з однієї сторони допомагає зберегти стабільність в суспільстві, традиційний лад, визначити основні засади регулювання сімейних правовідносин, застосовується в процесі тлумачення та доповнення сімейно-правових норм, закріплених у законодавстві України, а також є одним із важливих джерел сімейного законодавства. З іншої сторони, завдяки динамічності правовий звичай допомагає подолати прогалини у діючому законодавстві та спрогнозувати його подальший ефективний розвиток, є оперативним засобом врегулювання нових сімейних відносин.

Завдяки законодавчому санкціонуванню звичай стає ефективним регулятором сімейних правовідносин. Однак, для того щоб правовий звичай не втратив ознак самостійного джерела сімейного права в нормах сімейного законодавства не повинно розкриватись зміст останнього, як конкретного правила поведінки.

Самостійно правовий звичай як джерело сімейного права функціонує у випадку посилання на нього у нормах законодавства як регулятора сімейних правовідносин без розкриття змісту звичаєвих норм.

Умовами застосування звичаю є дотримання вимог ст. 11 СК України, відсутність прямої заборони сімейного законодавства на його використання та доведення факту існування звичаю в конкретних спірних правовідносинах.

Проте, для ефективного використання цінностей правового звичаю як регулятора сімейних правовідносин необхідно насамперед розробити механізм його реалізації на практиці. Зокрема, визначити не тільки умови та випадки застосування, а й саму процедуру встановлення наявності факту існування звичаю та його зміст.

1. Новицький І. Б. *Источники советского гражданского права* / И. Б. Новицкий. – М. : Юр. лит, 1959. – 162 с.
2. Давид Р. *Основные правовые системы современности* / Рене Давид, Камилла Жоффре-Спизози ; [пер. с фр. В. А. Туманова]. – М. : Международные отношения, 2003. – 400 с.
3. Марченко М. Н. *Источники права : учеб. пособие* / М. Н. Марченко. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760 с.

4. *Правовий звичай як джерело українського права IX-XIX ст.* / [І. Б. Усенко, В. Д. Бабкін, І. В. Музика та ін.]; за ред. І. Б. Усенка. – К. : Наукова думка, 2006. – 279 с.
5. *Щокіна О. О. Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Олена Олександрівна Щокіна.* – Х., 2005. – 198 с.
6. *Ярошенко О. М. Джерела трудового права України : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.05 / Олег Миколайович Ярошенко.* – Х., 2007. – 476 с.
7. *Ситар І.М. Романо-германська правова сім'я: гносеологічні та теоретичні аспекти: навч. посібник / І. М. Ситар, О. Л. Чорнобай.* – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. – 168 с.
8. *Загальна теорія держави і права : підруч. [для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [Цвік М. В., Ткаченко В. Д., Богачова Л. Л та ін.]; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина.* – Х. : Право, 2002. – 432 с.
9. *Майданик Р. Правовий звичай як джерело цивільного права / Р. Майданик // Юридична Україна.* – 2009. - №6. – с. 67-72.
10. *Болгова О. С. Основные источники права / О. С. Болгова // Известия Российского государственного педагогического университета имени А.И.Герцена.* - 2009. - № 92. - С.49-50.
11. *Гураленко Н. А. Система джерел права: аналіз структурних елементів / Н. А. Гураленко // Науковий вісник Чернівецького університету.* – 2010. – Випуск 538. Правознавство. – с. 11-16.
12. *Толкачова Н. С. Звичасве право в системі соціально-ціннісних установлень і нормативного регулювання відносин / Н. С. Толкачова // Науковий вісник Чернівецького університету.* – 2007. – Випуск 375. Правознавство. – С. 33-41.
13. *Гураленко Н. А. Функціональна роль звичаю в контексті гармонізації сучасного права / Н. А. Гураленко // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ.* – 2011. - № 1(1). – с. 192-202.
14. *Эннекверус Л. Курс Германского гражданского права / Л. Эннекверус; [пер. с нем.].* – М. : Изд-во иностр. лит., 1949. – 436 с.
15. *Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України.* – 2004. - № 40-41, 42. – Ст. 492.
16. *Ватрас В. А. Суб'єкти сімейних правовідносин : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 "Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право" / В. А. Ватрас.* – К., 2008. – 19 с.
17. *Ватрас В. А. Про сутність сімейних правовідносин / В. А. Ватрас // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права.* — 2003. — № 3-4 (7-8). — С. 111-118.
18. *Матвеев Г.К. Советское семейное право [учеб. Для студ. вузов обуч. по спец. "Правоведение"] / Г. К. Матвеев -М.; Юрид. лит. - 1978. – 239 с.*
19. *Сімейний кодекс України: за станом на 18 січня 2011 р. / Верховна Рада України.* – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 78 с.

20. Конвенція "Про права дитини" від 20 листопада 1989 р. (Рат. 27.02.1991) // ВВРУ. – 1991. – № 13. – Ст. 145.
21. Постанова Верховної Ради України "Про концепція державної сімейної політики" від 17 вересня 1999 р. // ВВРУ. – 1999. – № 46-47. – Ст. 404.
22. Рішення Сокальського районного суду Львівської області від 10.03.2011 року №14189442 по справі № 2-257/11 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14189442>
23. Рішення Стахановського міського суду Луганської області від 02 жовтня 2009 року № 18663734 по справі №2-2572 за 2009 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/18663734>
24. Бірюкова А. Г. Застосування звичаїв при розгляді спорів, що виникають у цивільних відносинах / А. Г. Бірюкова // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Карабіна. – 2009. - № 841. – Випуск 1(5). Серія: Право. – с. 77-79.

Шыццак-Качак О. О. Значення та практична цінність правового звичаю як нормативного регулятора сімейних відносин

У статті досліджується значення та практична цінність звичаю в системі джерел сімейного права України. Значне місце в роботі займає аналіз правової природи звичаю як самостійного нормативного регулятора сімейних правовідносин.

Ключові слова: правовий звичай, сімейні відносини, санкціонування, сімейне законодавство, судова практика

Шыццак-Качак О. О. Значение и практическая ценность правового обычая как нормативного регулятора семейных отношений

В статье исследуется значение и практическая ценность обычая в системе источников семейного права Украины. Значительное место в работе занимает анализ правовой природы обычая как самостоятельного нормативного регулятора семейных правоотношений.

Ключевые слова: правовой обычай, семейные отношения, санкционирование, семейное законодательство, судебная практика

Shyshchak-Kachak O.O. Importance and practical value of legal practice as normative regulator of family jural relationships

Importance and practical value of legal practice in the system of Ukrainian family law sources is explored in the article. Considerable place in the work is devoted to analysis of legal nature of practice as an independent normative regulator of family jural relationships.

Key words: legal practice, family jural relationships, sanctioning, family legislation, jurisprudence.

ШКВАРОК Л. В.

ФУНКЦІЇ ПРИВАТНОГО ДОГОВОРУ

УДК 340.12

Визначення поняття функцій спирається, по-перше, на загальнофілософське розуміння терміну „функція” як цілеспрямованості дії певних систем, по-друге,