

Теорія та історія держави і права, філософія права.

ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО (ФОРМА) ПРАВА В УКРАЇНІ

М.С. Поліщук

доцент кафедри державно-правових дисциплін ДВНЗ УАБС НБУ, к.ю.н.

Тема запропонованого дослідження є актуальною не тільки в теперішній час, що характеризується реформуванням в усіх галузях суспільства, а й в усі часи існування такого динамічного явища – як «право». Саме джерела або форми права є однією з провідних ознак формування правової системи. Як відомо, правова система, до якої належить та чи інша держава, є віддзеркаленням загального розвитку суспільства та визначає його національні особливості. Відтак кожна держава утворює свою правову систему, яка попри специфічні ознаки має загальні риси, подібні до систем інших держав. Як наслідок, правові системи, що мають найбільшу кількість подібних ознак, поєднуються в «правові родини». Щодо їх кількості сьогодні не існує одностайної позиції науковців. О.Ф. Скакун у підручнику «Теорія держави і права» виділяє наступні, які багато хто вважає основними [1, с.524]: романо-германська, англо-американська, змішана, релігійно-традиційна. Якщо зробити порівняльний аналіз запропонованих систем, то можна дійти очевидного висновку – саме специфічність джерел права більше всього вплинула на віднесення країн до певних правових систем. Україна вважається країною кодифікованого права і тому її відносять до романо-германської правової родини. Основним джерелом права в нашій країні прийнято вважати нормативно-правовий акт, інші ж джерела або відсунуті на другий план, або їх існування взагалі не визнається. До останньої групи належить правовий звичай, хоча його застосування в світовій практиці підтверджується не тільки історичними фактами, воно є досить популярним та зручним в сучасному правовому житті багатьох країн.

В даному дослідженні спробуємо довести, що правовий звичай є невід'ємною ознакою правової системи України та досить поширений в якості джерела (форми) права практично в усіх галузях національного права. Передусім

вважаємо за необхідне визначитись з самим поняттям правового звичаю, адже варіантів його існує декілька. Зупинимось на тому визначенні, що, на наш погляд, містить найсуттєвіші ознаки даного інституту. Отже, під правовим звичаєм, як правило, розуміють охоронюване державою правило поведінки, яке виникло в результаті його фактичного довготривалого застосування. Що ж стосується такої ознаки як «санкціонованість державою», то ми не розглядаємо її в якості визначального елементу правового звичаю. Обґрунтування наведеної точки зору буде викладено в нашому наступному дослідженні.

Як вже було зазначено, правовий звичай не є архаїчним явищем. За результатами досліджень, правові звичаї здобули достатньо широкого застосування в регулюванні сучасних правовідносин. Але залежно від галузі права, в сфері впливу якої знаходяться ті чи інші правовідносини, правовому звичаю як регулятору надається різний статус: від прямого передбачення в законі до повної заборони його використання. «Зелене світло» застосуванню правового звичаю вмикає Цивільний кодекс, яким в статті сьомій прямо передбачено, що «цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту» [2]. В наступній частині цієї ж статті наводиться визначення звичаю, яке не містить вказівки на санкцію держави. Хоча вже самого передбачення такої форми права в законі, на наш погляд, призводить до його охорони з боку держави. Треба зазначити, що така пряма вказівка на правовий звичай як на форму права є чи не єдиною в національному законодавстві.

Також не викликає сумніву застосування правового звичаю в сімейних, спадкових, зобов'язальних, трудових правовідносинах, відносинах в сфері інтелектуальної власності тощо. Хоча прямої вказівки в нормах права на використання правових звичаїв в цих галузях ми не знайдемо, окрім наведеної статті сьомої ЦК, це не означає їх відсутність. Вони завуальовано розміщені в правових нормах і виступають також в якості правових норм, будучи при цьому саме правовими звичаями. Наведемо такі приклади: «особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, вважаються нареченими» [3, ст. 28]; «спадкоємці, які протягом не менш як одного року до часу відкриття спадщини проживали разом із

спадкодавцем однією сім'єю, мають переважне право на виділ їм у натурі предметів звичайної домашньої обстановки» [2, ст. 1279]; «забороняється застосування праці жінок на важких роботах» [4, ст.174]. Можна запропонувати ще безліч прикладів, але вже зазначені приклади дають можливість провести паралель між наведеними нормами права з правовими звичаями, що дали їм життя.

Продовжуючи вивчення правової регламентації джерел права, доходимо до положення, яким прямо заборонено використання інших джерел (форм) права окрім закону, це стосується галузей права кримінально-правового блоку. Стаття 3 Кримінального кодексу (КК) визначає в якості єдиного джерела лише цей кодекс і прямо на це вказує. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено» [5]. Ми ж на протигагу цьому положенню КК наведемо витяги із ППВСУ та судової практики, які в наведених випадках фактично відіграють роль джерел права, а саме: 1) «за відсутності відповідних документів і неможливості їх одержання вік неповнолітнього встановлюється судово-медичною експертизою. У цьому випадку днем народження вважається останній день того року, який названий експертом» [6, п.6]; 2) «у справах стосовно неповнолітніх орган, який здійснює провадження, зобов'язаний вжити заходів до встановлення точної дати народження (число, місяць, рік) особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. При цьому особа вважається такою, яка досягла певного віку, починаючи з наступної доби після дня народження» [7, п.6]; 3) «при кваліфікації дій винних осіб за ст. 152 КК суди виходили з того, що згвалтування вважається закінченим злочином з моменту початку насильницького статевого акту, при цьому не має значення чи закінчив гвалтівник статевий акт у фізіологічному розумінні» [8]; 4) «крадіжку і грабіж потрібно вважати закінченими з моменту, коли винна особа вилучила майно і мала реальну можливість розпоряджатися чи користуватися ним» [9, п.4]. Зазначені приклади із судової практики стосуються кримінально-правової кваліфікації, вони фактично створюють нові правила поведінки порівняно із закріпленими в законі або діють в якості додатків до них. Як бачимо, ці нові

правила, встановлені шляхом узагальнення судової практики, є письмовим втіленням «звичної» поведінки, адже саме «за звичаєм» вік неповнолітнього пропонується рахувати не з дня народження, а з наступного дня; саме «за звичаєм» закінченням зґвалтування прийнято вважати момент початку статевого акту тощо.

Для пояснення наведеної позиції та не вдаючись глибоко в подробиці дослідження, зазначимо, що природа і форма існування самого правового звичаю не є визначеною в теорії національного права. В результаті вивчення правової доктрини з цього питання доходимо висновку, що в найширшому розумінні існують дві позиції щодо форми існування правового звичаю в романо-германській правовій родині і в Україні зокрема, це: 1) пряма вказівка на нього в законі або *пряме закріплення* державою (як то ст. 7 ЦК, закріплення в КЗпП святкових днів Різдва та Пасхи тощо); 2) узагальнення судової практики або *«прийняття»* державою (множинні прецеденти та тлумачення норм права КСУ та ВСУ з формуванням нових правил). Що стосується нашої позиції стосовно форми існування правового звичаю, то ми, з певною долею уточнення, поділяємо обидві наведені. Наведемо свої міркування щодо першої точки зору. На перший погляд, закріплення «звичаїв» поведінки, які застосовуються в конкретних життєвих ситуаціях, в нормах закону, призводить до трансформації правового звичаю в нормативно-правовий акт, чим нівелює значення першого як джерела права. Але в той же час ми знаємо, що закріплення в якості святкового дня саме 7 січня для святкування Різдва не могло бути зумовлено виключно правотворчою ініціативою і діяльністю законодавчих органів нашої держави. Парламент таким чином лише констатував та взяв під охорону право громадян на святкування релігійного свята саме в той день, який передбачений релігійними канонами і практично 2000-кратним повторенням даного дійства. Можна вважати, що в даній ситуації джерелом права є правовий звичай, адже в даному випадку саме він «встановлює» правило поведінки, а через закріплення в законі держава його лише «охороняє». У випадку із другою точкою зору, спочатку необхідно з'ясувати, що звичай в широкому розумінні – це багаторазове повторення певного діяння. У випадку із

наведеними прикладами узагальнення судової практики маємо багаторазове повторення рішення судів певних інстанцій, іншими словами – «багаторазовий прецедент», який в нашому випадку є не чим іншим, як звичаєм. І хоча КСУ і ВСУ – це органи судової влади, рішення якої – це правозастосовчі акти, у випадку із узагальненням судової практики або тлумаченням положень актів законодавства, вони видають правила, які є суттєво новими і призводять до певних юридичних наслідків. Саме ж тлумачення та узагальнення може відбуватись не лише на підставі певних рішень судових органів, а й на підставі звичайної логіки людської поведінки (як то із закінченням крадіжки та грабежу або визнанням віку особи). В даному випадку держава (з боку законодавчих органів) «офіційно не реагує» на таку діяльність, продовжуючи визнавати єдиним джерелом кримінального права лише КК, але в той же час вона ніби дає «мовчазне погодження», «дозволяючи» правоохоронним і судовим органам використовувати такі звичаї і навіть посилатись на них в офіційній практиці.

Таким чином, правовий звичай як джерело права в різних формах вираження де-факто існує в Україні, проте в більшості випадків він не має офіційного законодавчого визнання. З огляду на те, що Україна знаходиться на шляху побудови правової держави та на шляху зміни колишнього політичного мислення, правові звичаї можуть бути поширеними на широке коло аналогічних ситуацій, тобто набути сили і авторитету норми права.

Список використаних джерел

- 1). Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. - Скакун О.Ф., Харків. - 2001 [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://pravoznavec.com.ua/books>.
- 2). Цивільний кодекс України / Закон України від 16.01.2003р. № 435-IV [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
- 3). Сімейний кодекс України / Закон України від 10.01.2002 № 2947-III [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
- 4). Кодекс законів про працю України / Закон України від 10.12.1971 № 322-VIII [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
- 5). Кримінальний кодекс України / Закон України від 05.04.2001 № 2341-III [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
- 6). Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх / ППВСУ від 16.04.2004 № 5 [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.
- 7). Судова практика у справах про злочини неповнолітніх і втягнення

їх у злочинну діяльність / узагальнення судової практики ВСУ від 29.08.2003 [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>. **8).** Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи /ППВСУ від 30.05.2008 № 5 [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>. **9).** Про судову практику у справах про злочини проти власності / ППВСУ від 06.11.2009 № 10 [Ел.ресурс] – Реж. доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>.

Поліщук, М.С. Правовий звичай як джерело права в Україні [Текст] / М.С. Поліщук // Проблеми становлення і розвитку правової системи України: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (25- 26 листопада 2011 р.): у 2-х т. – Х.: Асоціація аспірантів-юристів, 2011. – Т. 1. – С. 16–19.



Державний вищий навчальний заклад
"УКРАЇНСЬКА АКАДЕМІЯ БАНКІВСЬКОЇ СПРАВИ
НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ"

State Higher Educational Institution
"UKRAINIAN ACADEMY OF BANKING
OF THE NATIONAL BANK OF UKRAINE"