

О. А. ВАСЯНОВИЧ. ВІДОБРАЖЕННЯ ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ У СУЧАСНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Розглянуто конкретні практичні випадки використання правових звичаїв у сучасному законодавстві країн Європи та України.

Ключові слова: правовий звичай, романо-германська правова система, англосаксонська правова система.

Рассмотрены конкретные практические примеры использования правовых обычаев в современном законодательстве европейских стран и в Украине.

Ключевые слова: правовой обычай, романо-германская правовая система, англосаксонская правовая система.

Cases of using legal customs in modern European, Ukrainian legislation were considered.

Key words: legal custom, Anglo-Saxon legal system, Romano-Germanic legal system.

Звичаєве право трансформується разом з розвитком будь-якого суспільства як невід'ємна складова життя відповідного народу, його традицій та інших соціальних норм. Тому правовий звичай є основою і умовою певного розвитку правових систем, одним з його якісних відображень.

Особливо це проявляється, коли суспільство досить швидко розвивається та змінюється, і такий процес призводить до зміни парадигми законодавства, що є однією з умов кризових проявів у сучасних правових системах.

З урахуванням новітніх тенденцій розвитку вбачається, що великий інтерес до правового звичаю, який поглиблюється протягом останнього десятиріччя, не є випадковим. Він відображає правосвідомість сучасного суспільства, у якому право поступово починає втрачати свою єдність з людиною, органічну спорідненість з життєвими потребами народу у зв'язку зі зростанням ступеню абстрактності юридичних норм. Приблизно 10-15 років тому, правовий звичай розглядали як анахронічне явище. Більшою мірою така ситуація спостерігалась у країнах романо-германської та англо-саксонської правових систем, у тому числі в Україні, як країні, що належить до романо-германської правової системи. Існування правового звичаю, у кращому випадку, пов'язувалось зі стародавніми системами права та суспільства, а в іншому – розглядалось лише як «норми моралі», «звичаї» або «мононорми». Не приділялась належна увага характеру формування суспільства східного та африканського типів, у яких не було понять, адекватних для західного права, а основні правові категорії відрізняються й зараз багатозначністю та багатомірністю.

Нині правовому звичаю надається більше значення. Він знову став предметом наукових досліджень. Враховуючи, що відродження звичаєвого права у світовому правовому просторі відіграє відповідну роль у проведенні правових зрушень, слід зазначити, що це дає можливість і вченим, і законодавчим органам визначити найбільш оптимальні шляхи відродження національного права.

Ставлення до правового звичаю залежно від країни та історичного періоду, як формально-юридичного джерела в системі права є неоднозначним: від повного заперечення його значення як джерела права до визнання звичаю додатковим

© *ВАСЯНОВИЧ Ольга Анатоліївна* – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри міжнародного та європейського права Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

джерелом права (Португальський Торговий Кодекс у ст. 269 дає посилання на застосування звичаю, якщо воно не встановлено договором), і більше того визнання за звичаєм сили, рівної закону та навіть більшої за нього. Останній випадок притаманний для суспільств, в яких йде формування писаних законів вперше або нових законів. Такі звичаї називають основними, адже вони наділені основною дією та самостійно регулюють відносини. У традиційних правових системах законодавець чітко визначає, які відносини регулюються тільки правовими звичаями, а які – іншими джерелами права. Тут відсутня конкуренція звичаю з іншими джерелами права.

Аналіз джерельної бази романо-германської правової системи свідчить про велике значення торгівельного звичаю поряд із законодавством, закріпленням у чисельних нормативних актах¹. При виникненні спору в сфері торгових відносин звичай має тут пріоритет над цивільним законом. Досить поширеним є випадок застосування місцевих звичаїв при тлумаченні договорів та різноманітних угод. Так, ст. 79 § 2 Цивільного кодексу Японії² визнає звичаї одним із критеріїв тлумачення угод, що діють у певних місцевостях. Торгівельне право Іспанії, у випадку прогалин у торговому законодавстві, застосовує звичаї загального застосування у місцях вчинення угод.

Спостерігається зацікавленість держав по відношенню до звичаєвого права у таких країнах, як Швеція та Італія, де розповсюджено офіційні та неофіційні систематизації правових звичаїв. Місцеві торгівельні палати Швеції узагальнюють звичаєву практику у певному місті, порту або околиці, що значно полегшує можливість їх застосування. А згідно зі ст. 9 Загальних положень про закон Італії, дозволяється публікувати офіційні збірки звичаїв установ та органів, що мають право їх застосовувати.

При цьому такі звичаї визнаються чинними, якщо не буде доведено зворотнє. У даний момент «відповідальність за їх складання несуть міністерство промисловості і торгівлі та обласні торгові палати»³.

Не слід вважати, що в англосаксонській системі основне навантаження припадає на прецедент. З кінця XIX – початку XX ст. важливу роль почали відігравати статути (закони). А в США у XX ст. було проведено компіляції статутів з різних галузей права. Ці компіляції отримали назву кодексів. Крім того, були створені загальнофедеральні кодекси з тих галузей, які традиційно повинні мати одноманітне правове регулювання на території усєї країни. Передусім це торкнулось кримінального законодавства та законів, пов'язаних з підприємницькою діяльністю. Звичай у Великій Британії вважається джерелом, підкореним закону і прецеденту, адже від прецеденту залежить обов'язковість звичаїв: система прецедентів санкціонує систему звичаїв⁴. З іншого боку, суд не може формально відмінити звичай, хоча може визнати його «нерозумність». У сучасній англосаксонській системі звичай лише тоді вважається джерелом права, коли він отримав санкцію судді, тобто був підтверджений суддею хоча б у одному його рішенні по конкретній справі. Отже, «природа звичаю як неписаного джерела права така, що вказівки на нього не має і не може бути. Будь-яка особа, що бажає довести існування звичаю, повинна зробити це в судовому порядку»⁵.

З урахуванням ролі прецедента як основного джерела права роль і значення звичаю визначаються у зв'язку з ним. Їх зв'язок був настільки тісним, що систему «загального права» дотепер перекладають як систему «звичаєвого права». Безумовно, до виникнення загального права Англії саме багаточисельні місцеві звичаї

складали право Англії. Звичайне право не було писаним і відрізнялося залежно від місцевості. З часом англійські юристи стали визнавати юридичну силу лише тих звичаїв, які були затверджені (підтверджені) королівськими судами. З цього приводу цікавою є думка Генрі Брактона, який вважає, що правила, які виникли та отримали підтвердження у практиці королівського суду, могли називатись законами⁶. Відомим видом правового звичаю у Великій Британії є конституційні договори та звичаї, що формуються у системі державних органів. Вони характеризуються як особливий вид і використовуються в англо-саксонській правовій сім'ї та державах з монархічною формою правління. Санкціонування за допомогою правового звичаю відбувається у разі відсутності відповідної норми права. На думку Р. Давида, «англійське конституційне право було б нісенітницею без конституційного звичаю, які теоретично не мають юридичної сили, але котрі панують в англійському політичному житті»⁷. Природа звичаю як неписаного джерела права така, що вказівки на нього не має і не може бути. Будь-яка особа, що бажає довести існування звичаю, повинна зробити це у судовому порядку.

У англосаксонській системі звичайне право проявляється в основному в казуальному праві. Наприклад, значення технічних термінів у договорах визначається звичаєм. Знання комерційного звичаю дуже часто допомагає судді при вирішенні справи, пов'язаної із зобов'язаннями, що випливають з торговельних угод. Так, деякі справи потребують при їх вирішенні обов'язкової участі присяжних, як це було за часів Генріха I. Звичай чітко приписують участь присяжних у певних справах. «Монополію барристів на допитах свідків у вищих судах встановлено... практикою, що склалась і яка заснована на дотриманні звичаїв»⁸.

За твердженнями дослідників англійської правової системи, там застосовуються переважно конституційні звичаї та звичаї торговельного обороту. За конституційними звичаями Англії міністри можуть відкликатися монархом коли завгодно. Пенсії та заробітні плати службовцям надаються за милістю королеви. Монарх у Великій Британії століттями не застосовує право вето щодо законів, які приймаються парламентом, «у зв'язку з чим утворилась звичаєво-правова норма конституційного права про незастосування наявного права на вето»⁹. Протягом XVIII ст. стало звичаєм, який існує і сьогодні, що «лорди-не юристи, з вищого апеляційного суду, мають право надавати судові функції видатним юристам з їхнього кола»¹⁰.

У монографії О. В. Зайчука «Правова система США» зазначено, що у США існує цілий ряд інститутів державної влади, багато з яких функціонують передусім на підставі практики, що склалась¹¹. Йдеться про Кабінет міністрів, постійні комітети обох палат Конгресу США, політичні партії. Їх створення та функціонування не регламентовано ні федеральною конституцією, ні законодавством.

Прикладом цього може бути звичай США. Вважається, що саме правовий звичай закріпив уперше принцип неможливості обиратись на посаду президента більше двох строків підряд. «Цей правовий звичай, що діяв протягом майже півтора сторіччя, було порушено Ф. Рузвельтом, який обирався на посаду президента США чотири рази підряд»¹². Після цього з'явилося доповнення до Конституції, що повторило норму звичаю.

Раніше зазначалося, що у зв'язку з розвитком статутного права в англосаксонській правовій системі норми, які існували у вигляді звичаєвого права, поглинули законодавчі акти, а деякі були санкціоновані у статтях нормативних положень. На цій підставі в Англії та США звичаєві норми можуть встановлювати

правила, відмінні від положень законів та прецедентів.

У Новій Зеландії конституційним актом 1852 р. (ст. 71) королева була наділена повноваженнями видавати акти, що надають звичаям маорі сили закону, а також було встановлено, що «звичаї не можуть бути визнані недійсними на підставі суперечності англійському праву»¹³.

Як у праві Великої Британії, так і у праві США присутні торговельні узвичаєння. Торгові звичаї різняться від звичаїв тим, що перші не повинні існувати обов'язково з давніх-давен. У сучасній англійській правовій літературі торговий звичай визначають як «правило поведінки, яке дуже широко відоме у даній сфері, що воно може вважатись складовою частиною у складений сторонами контракт, якщо тільки воно не було вилучене ними»¹⁴.

Виходячи з такої характеристики торгового звичаю, можна подумати, що він тотожний узвичаєнню, але це не так. Судова практика йде таким шляхом: якщо суд вирішить, що такий звичай відповідає усім вимогам і санкціонує його у своєму рішенні, то він набуває сили правового звичаю. Умови торговельної угоди можуть бути визнані на тій підставі, що їх внесення у контракт визначається вже діючою торговельною практикою.

Цікавим є ставлення до міжнародних договорів та принципів. Вважається, що норми та принципи стають загальноновизнаними після визнання їх усіма державами. Відомо, що норма не може отримати визнання усіма державами, тому загальноновизнані принципи та норми існують у формі звичаю. При цьому звичайна норма може стати нормою загального міжнародного права в результаті визнання її не усіма, а достатньою більшістю держав.

Особливість звичаю полягає у тому, що звичай часто не має належним чином закріпленою письмовою формою. Але це не значить, що звичаєві норми не можуть мати письмового формулювання. Прикладом тут можуть слугувати Йорк-Антверпенські Правила, що регулюють питання загальної аварії. На відміну від договору, який передбачає взаємні обов'язки держав-учасниць, Йорк-Антверпенські Правила по суті є «письмовим» зводом міжнародно-правових звичаїв.

Досить цікавою та незвичною у сучасній Європі є невелика держава, що отримала суверенітет 1929 р. Ватикан – це невеличкий «острівець», який сповідує давні релігійні звичаї, моральність, дає настанови населенню. Влада у своїй діяльності керується звичаями церкви та нормами світського права. Церковне право Ватикану існує у романо-германській правовій системі та справляє позитивний вплив на сучасні правові системи, поширюючи духовні настанови серед європейського суспільства.

Залежно від країни місце звичаю в системі формально-юридичних джерел права є неоднозначним. Так, в Україні звичай посідає додаткове місце поряд із головним джерелом права – законом. Звичаяю відведена невелика роль через впровадження в правову систему держави новітніх європейських норм і приписів, також через історико-культурні чинники, які проявляють свій вплив через територіальну пригнобленість та намагання знищити український народ як націю протягом тривалого періоду. Пряма вказівка щодо застосування звичаю міститься у ст. 7 Цивільного кодексу України, де сказано, що цивільні відносини можуть регулюватись звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Відповідно до ст. 11 Сімейного кодексу України, при вирішенні сімейного спору 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 засадам¹⁵. Зазначається також: «Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується»¹⁶. Практиці також відомі такі акти, як торгові звичаї. Існування цих джерел передбачається міжнародними договорами, учасницею яких є Україна. Зокрема, в Європейській конвенції про зовнішньоторгівельний арбітраж 1961 р. (VII), Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (ст. 9). Національне законодавство зазначає про звичай у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж», «Про захист від недобросовісної конкуренції», «Про торгово-промислові палати України». Не менш важливими є посилання законодавця на правовий звичай при проходженні загальнообов'язкової військової служби, при укладенні шлюбу тощо.

Визначне місце правового звичаю показує не лише його прояв у сучасних системах, а й розкриває його значення у законодавстві. У порівнянні звичаю з судовим прецедентом, з договором, з міжнародними нормами, доведено, що судовий прецедент розпочав своє існування завдяки звичаям давнього суспільства, а договори та міжнародні норми часто керуються правовими звичаями. Тому правовий звичай, хоча і є давньою формою права, вже може бути названим сучасною формою права завдяки пристосуванню до сучасних відносин і їх правовому регулюванню.

1. *Морандьер Л.Ж.* Гражданское право Франции; [пер с франц. Е. А. Флейшиц]. – М. : ИЛ, 1958. – С. 41-42. 2. *Вагацума Саказ, Аришдзуми Тору.* Гражданское право Японии: В 2 кн.; [пер. с японск. В. В. Батуренко]. – М. : Прогресс, 1983–1983. – Т. 2. – С. 109. 3. *Правовые системы стран мира:* Энцикл. справочник / [отв. ред. А. Я. Сухарев]. – М.: НОРМА, ОАО Можайский полигр. комб., 2003. – С. 97. 4. *Кросс Рунерт.* Прецедент в английском праве; [пер. с англ.; под общ. ред. Ф. М. Решетникова; предисл. Ф. М. Решетникова, Т. В. Апаровой]. – М. : Юрид. лит., 1985. – С. 166. 5. *Джиффорд Д. Дж., Джиффорд К.Х.* Правовая система Австралии; [пер. с англ.; под общ. ред. и с предисл. Ф. М. Решетникова]. – М.: Юрид. лит., 1988. – С. 41. 6. *Святковцев О.А.* Проблемы королевской власти в трактате Генри Брактона «О законах и обычаях Англии» // Правоведение. – 1997. – № 4. – С. 41–46. 7. *Рябко А.И., Василенко О.Н.* Правосудие и формы права: проблемы взаимной эволюции: Монография. – СПб. : Санкт-Петербургский ун-т МВД России, 2001. – С. 109. 8. *Рене Давид, Жоффре-Спинози Камилла.* Основные правовые системы современности; [пер. с франц. В. А. Туманова]. – М.: Международные отношения, 1998. – С. 263. 9. *Чиркин В. Е.* Государствование: Учебник. – М.: Юристъ, 1999. – С. 148. 10. *Арчер П.* Английская судебная система; [пер. Л. А. Ветлинский; под ред. и с предисл. Б. С. Никифоров]. – М.: Иностранная лит., 1959. – С. 99. 11. *Зайчук О.В.* Правовая система США. – К.: Наукова думка, 1992. – С. 45. 12. *Государственное право буржуазных стран и стран, освободившихся от колониальной зависимости:* Учебник для студ. обучающихся по спец. «Правоведение» / [авт. кол.: Бельсон Я. М., Остапенко Д. Д., Савицкий П. И. и др.]; под ред. Б. А. Стародубского, В. Е. Чиркина. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Высшая школа, 1977. – С. 13. 13. *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности: Учебник; [под ред. В. А. Туманова]. – [2-е изд., доп. и перераб.]. – М.: Юристъ, 2007. – С. 285. 14. *Зыкин И.С.* Обычай в международной торговле: Дис. ... канд. юрид. наук. – М, 1979. – С. 33. 15. *Сімейний кодекс України:* від 10.01.2002 р., № 2947-III // ВВР України. – 2002. – № 21-22. – Ст. 135. 16. *Цивільний кодекс України:* від 16.01.2003 р., № 436-IV // ВВР України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 5.