**Боярко О.П.**
*здобувач вищої освіти,*
*Національний університет «Одеська юридична академія»*

## ДО ПИТАННЯ ПРО МІСЦЕ ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ СЕРЕД ДЖЕРЕЛ ПРАВА

Реалізація принципів правової держави, верховенства легітимного закону та прав людини припускають наявність науково обґрунтованої концепції джерел права. Рівень розробки цієї проблеми сьогодні явно недостатній. Актуальною, на наш погляд, вважається необхідність по-перше, розглянути поняття та види джерел права під новим кутом зору,

виходячи з теоретичних основ правової держави, по-друге, вписати досягнення таких наук, як антропологія, історія, етнографія в процес дослідження політичних та правових систем і формування уявлення про загальне поняття та сутність джерел права.

Звичай – один із найдавніших джерел права, під яким розуміється правило поведінки, що склалося внаслідок фактичного його застосування протягом тривалого часу.

Можна виділити такі ознаки звичаю: а) позадержавне походження; б) неписана (усна) форма; в) невизначеність автора; г) спонтанність виникнення та поширення; д) консерватизм та розвиток з часом; е) збереження, у міру відповідності соціальної реальності; ж) визнання його необхідності та справедливості; з) вираження колективної волі чи консенсусу всієї соціальної групи.

Серед основних вимог до звичаїв (Р. Волкер) визначає: старовину, безперервність, використання за взаємною згодою, обов'язкова сила, визначеність, узгодженість (звичаїв між собою), регулярність [1, с. 115].

Правовий звичай зазвичай визначається як фактично сформоване протягом тривалого часу правило регулювання поведінки людей, яке офіційно визнано (санкціоновано державою) в якості загальнообов’язкової норми поведінки. Зауважимо, що звичай стає правовим, коли впорядковує суспільні відносини за принципом формальної рівності суб'єктів, наділених взаємними правами та обов'язками. Сукупність правових звичаїв прийнято називати звичаєвим правом.

Великі пам'ятники права минулого (Закони Ману, Закони XII таблиць, Руська Правда), що дійшли до нас, по суті – збірки правових звичаїв. Це джерело права виникло на ранніх етапах правового розвитку та охоплювало насамперед сімейно-шлюбні, земельні та майнові відносини. Звичаєве право закріплювало корисний досвід людства і було спрямоване на пом'якшення агресії між родовими та сусідськими громадами.

Звичаєве право відігравало величезну роль за часів європейського Середньовіччя, коли в V–IX століттях саме звичаї, визнані королівськими і церковними судами, замінювали правові поєдинки та випробування різного роду (вогнем, водою, клятвами тощо) на грошові відшкодування завданої шкоди. Розповсюдженість звичаєвого права в середньовічній Європі пізніше послужила найважливішою передумовою для формування концептуальних ідей історичної школи права.

У сучасному правовому житті норми звичаєвого права застосовуються, по-перше, у торговому праві, включаючи морське, причому джерелом права звичай визнаний Конвенцією ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (ст. 9); по-друге, у сфері бізнесу як норми ділових традицій, для яких визначальним є можливість втрати доброго імені, ділової репутації та настання безчестя (до них можна віднести bona fides, boni mores, aeguitos, норму, що забороняє зловживати правом, норму «обман знищує всі юридичні наслідки»); по-третє, норми, що регулюють відносини між людьми у професійних об'єднаннях, політичних партіях тощо.

Видатний фахівець із порівняльного правознавства Рене Давид, залежно від участі у правовій системі, виділяє три види звичаїв. По-перше, звичаї secundum legem (доповнення до закону), покликані полегшити з'ясування сенсу особливих термінів і фраз закону чи судового рішення, такі, як: зловживання правом, розумна ціна, розумний період часу тощо. Такі звичаї відіграють, на його думку, найважливішу роль в правовій системі. По-друге, звичаї praeter legem (крім закону) застосовуються у разі прогалин у праві, але розвиток законодавства та судової правотворчості дуже обмежує сферу їхньої дії. По-третє, звичаї contra legem, або adversus legem (проти закону), роль яких досить незначна, оскільки при колізії звичаю та закону перевага, як правило, надається закону [2, с. 268].

Для існування правового звичаю потрібна наявність трьох умов: визнання його тією правовою спільністю, в якій він склався; певний «вік» звичаю (в Англії – «з давніх-давен» або не менше 40 років згідно Codex juris canonica (1917 р.); він не повинен суперечити публічному порядку і добрим звичаям, повинен бути розумним.

В даний час звичай широко використовується в країнах Азії, Африки та Океанії, де є провідним джерелом права.

В Україні, звичай як джерело права існував з давніх-давен. Характерна, наприклад, діяльність копних (громадських) судів, які виникли з урахуванням звичаїв і виходячи з цього становища розглядали справи виходячи зі звичайного права.

У сучасній Україні у Цивільному кодексі, у ст. 7, закріплено, що відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Звичайним визнається правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері

суспільних відносин [3]. Таким чином, тут звичай постає як джерело українського права.

В ч. 3 ст. 7 ЦК України зазначено, що звичаї можуть бути зафіксовані у відповідних документах (опубліковані у пресі, викладені у рішенні суду, що набрав законної сили, у конкретній справі, що містить подібні обставини) [3]. Але вони можуть і не фіксуватися, а мати характер правових аксіом: «несправедливо карати двічі за те саме правопорушення», «нехай буде вислухана друга сторона», «один свідок – не свідок», «що не заборонено, то дозволено».

Про використання звичаїв під час вирішення сімейних справ говорить 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 Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства» [4].

Про застосування звичаїв йдеться також у ст. 293 Кодексу торговельного мореплавства України: «У процесі визначення виду аварії, обчислення розмірів загальної аварії та складання диспаші диспашер у разі неповноти закону керується міжнародними звичаями торговельного мореплавства» [5].

У висновку варто зазначити, що розвиток правової системи України не йде шляхом виключення звичаїв із системи джерел права. Навпаки, слід очікувати закріплення інших звичаїв регулювання поведінки суб'єктів поруч із нормативно-правовими актами.

## Список використаних джерел:

1. Уолкер Р. Английская судебная система. – М., 1980. – С. 115.

2. Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 1967. – С. 268.

3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 07.12.2021)

4. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text (дата звернення: 07.12.2021).

5. Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 № 176/95-ВР URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80#n1254 (дата звернення: 07.12.2021).