

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

РЕФЕРАТ

на тему:

“Звичаї, що діють всупереч закону”

ЗМІСТ

Вступ

1. Звичай і закон: порівняльна характеристика.
2. Звичай у системі права України

Висновки

Використані джерела

ВСТУП

Впродовж багатьох віків історії людства серед усіх джерел права провідну роль відігравали санкціоновані державою обов'язкові для населення громадські звичаї, в яких відобразилися риси етнічної психології та характеру. Групи, а потім і маси людей усвідомлювали необхідність тих чи інших відносин, дотримувалися їх самотійно або під впливом громадської думки.

Відмінності між звичаями різних народів пояснюються різним ступенем їх культури та умовами соціально-економічного життя. Саме із звичаїв і традицій склалося так зване звичаєве право, яким протягом тривалого часу регулювалися різні сторони громадського життя.

Звичай є досить своєрідною формою соціального регулювання. У правовому значенні звичай — це форма поведінки людей, яка в результаті багаторазового повторення в часі і просторі набуває певної стійкості, закріплюється в практичному досвіді, психології, а також в ідеології тієї чи іншої соціальної групи.

У соціальному значенні звичаєм називають неухильний, стереотипний вияв традиційних, успадкованих з минулого приписів, якого дотримуються у певному суспільстві чи групі, для членів якої він є

звичним, прийнятним. У широкому значенні до звичаєвих норм зараховують не тільки звичаї, а й традиції, обряди, ритуали.

Існування звичаїв можна розглядати як з позитивного, так і негативного боку. Консерватизм, повільне сприйняття нововведень, які притаманні звичаям, дають змогу спільноті запобігти радикальним невинновданим змінам, допомагають зберегти традиційний лад та цінності.

З іншого боку, відсутність чіткого формального визначення змісту звичаю дає змогу за певних обставин швидко змінити його повністю або частково, що може призвести до його свавільного застосування.

З поділом суспільства на класи і виникненням держави звичай стає правовим звичаєм, дотримання якого забезпечується державним примусом.

ЗВИЧАЙ І ЗАКОН: ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Якщо розглядати й порівнювати звичаєво-правову норму й норму закону, то видно, що та й інша регулюють людську поведінку, надають людям суб'єктивні права й покладають на них обов'язки, обидві не мають абсолютного значення й змінюються впродовж історії відповідно до економічних відносин і загальнокультурних умов життя.

Єдина суттєва різниця між правовим звичаєм і законом спостерігається тільки щодо способу виникнення того й іншого виду норм. Норма закону виникає виключно з волі осіб, що утворюють законодавчі органи держави відповідно до встановленого порядку, а норма звичаєвого права не підлягає у своєму виникненні цьому порядку.

З боку зовнішньої форми норми звичаєвого права відрізняються від норм закону тим, що закон після його ухвалення й оголошення існує і зберігається у формі готових і точно сформульованих приписів, норми ж звичаєвого права зберігаються в народній пам'яті і дуже рідко є кодифікованими. Правовий звичай характеризується постійним

виконанням, дотриманням на практиці, щойно його перестають дотримуватися, він зникає.

Правова ж сила закону не залежить від того, як часто створюються умови для його виконання, як і коли він виконується. Звичай характеризується локальною замкненістю, він може стати правовим, якщо буде визнаний принаймні певним регіоном. А для закону властива загальнообов'язковість — правові установки обов'язкові для всіх, не обмежені часом чи простором.

На сьогодні правовий звичай має досить обмежене коло застосування. Це пояснюється двома причинами.

По-перше, багато правових звичаїв закріплено у чинному законодавстві і вони перестають відігравати роль правового звичаю, перетворившись у норми права.

По-друге, при розвинутій законодавчій системі потреба правового регулювання реально існуючих правових відносин оперативно знаходить відповідну реакцію з боку законодавчої влади, не даючи можливості сформуватися правовому звичаю.

На сьогодні використання звичаю як норми права найчастіше відбувається там, де проходить межа між державно-владним і загальносоціальним регулюванням (торгівля, виробництво, транспорт та ін.). Відповідно до доктрини міжнародного права та практики міждержавних відносин поняття міжнародного звичаю включає два основних елементи: повторювальну практику держав — узвичаєння та визнання створеної практики як юридично обов'язкової.

Звичай та його основні елементи визначені і закріплені у договірному порядку у ст. 38 Статуту міжнародного суду ООН, де звичай характеризується як доказ загальної практики, визнаної юридичною нормою. У сучасному українському суспільстві суб'єкти господарської

діяльності нерідко вдаються до звичаю ділового обороту та торгового звичаю.

Звичай ділового обороту — правило поведінки, що склалося і широко застосовується (повторюється) внаслідок визнаної корисності в будь-якій галузі підприємницької, господарської діяльності, а також у сфері цивільно-правових відносин, яке не суперечить положенням законодавства або договору.

Як зазначено в Цивільному кодексі України, цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту, що не встановлений актами цивільного законодавства, а застосовується внаслідок того, що став усталеним у певній сфері суспільних відносин. Він може бути зафіксований у відповідному документі.

Торговий звичай — правило поведінки, що склалося у сфері торгівлі в результаті постійного і однакового повторення конкретних відносин. Можливість застосування торгового звичаю передбачається міжнародними договорами, учасницею яких є Україна. Зокрема, Європейською конвенцією про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. та Віденською конвенцією ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. У ст. 9 Віденської конвенції зазначено, що сторони пов'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, і практикою, яку вони встановили у своїх взаємних відносинах.

За відсутності домовленості про інше вважається, що сторони мали на увазі застосування до їх договору або до його укладення звичаю, про який вони знали або повинні були знати і який у міжнародній торгівлі широко відомий, такий, що його постійно дотримуються сторони в договорах цього виду у відповідній сфері торгівлі.

Таким чином, Конвенція допускає застосування звичаю за умови, якщо сторони знали або повинні були знати про звичай. Існує декілька кодифікацій торгового звичаю. Це насамперед Міжнародні правила

інтерпретації комерційних термінів — Інкотермс та Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів, підготовлені Міжнародною торговою палатою, а також Йорк-Антверпенські правила про загальну аварію.

Відповідно до указів Президента України “Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів” та “Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб’єкти підприємницької діяльності України”, додержання вимог зазначених правил при укладанні і виконанні договорів обов’язкове.

У чинному законодавстві України, зокрема в Кодексі торговельного мореплавства України, законах України “Про міжнародний комерційний арбітраж”, “Про захист від недобросовісної конкуренції”, “Про торгово-промислові палати в Україні”, вміщено відповідні норми щодо застосування торгового звичаю. Крім того, й інші кодекси України згадують про звичай.

Так, ст. 11 Сімейного кодексу України зазначає, що при вирішенні сімейного спору суд може за заявою заінтересованої сторони врахувати “місцевий звичай, а також звичай національної меншини”, до якої належать сторони або одна із сторін, якщо вони не суперечать вимогам Кодексу, закону та моральним засадам суспільства.

Прогресивним проявом нового праворозуміння є позиція, зафіксована у рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р.: право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства.

ЗВИЧАЙ У СИСТЕМІ ПРАВА УКРАЇНИ

Незначна увага українських юристів до проблеми застосування звичаєвого права як невід'ємної частини української правової системи сьогодні є наслідком радянського соціалістичного підходу до права і закону. Проте, якщо ми вже кажемо про обрання Україною європейської моделі розвитку, то треба підкреслити, що одним з основних аспектів демократії є децентралізація всіх сфер суспільного життя.

Саме на принципах саморегулювання суспільних відносин і ґрунтується сьогодні визнання звичаю джерелом права. Такий принцип набуває чинності тільки у разі відсутності відповідної норми матеріального або процесуального права, закріпленої відповідним нормативно-правовим актом. Водночас в українському праві існує певна колізія у питанні правозастосування норм звичаєвого права.

Так, Конституція України не надає правовому звичаю статусу джерела права. Водночас, незважаючи на це, окремі законодавчі акти містять такі норми. Проводячи паралелі, треба зазначити, що у Західній Європі ставлення до звичаю як джерела права також не завжди було однозначним і «переживало» ряд циклів – від домінування звичаю до його тотального заперечення. Але в наш час звичаєве право розцінюється як одне з основних джерел права на рівні із законом [2].

Що ж таке правовий звичай? У сучасній науковій літературі поняття «правовий звичай» (звичаєво-правова норма) традиційно трактується як загальні правила поведінки, що діють у межах певної спільноти стосовно всіх її членів, які об'єднані змістом цих правил, таких, що усвідомлюються як правомірні й обов'язкові, відповідають і безпосередньо ґрунтуються на принципах природного права, виступають як результат тривалої, однакової і постійної практики вирішення правових ситуацій, що виникають на основі типових відносин у практичному житті людей, забезпечуються соціальною санкцією, а також можуть мати захист з боку державних органів влади та суду [3, с. 13].

Найважливішою в цьому визначенні є дотримання концепції природного права. Поряд із природно-правовими поглядами чільне місце також займає соціологічна концепція права. Якщо вивчити погляди О. Єфименко, провідної дослідниці звичаєвого права, представниці дорадянського покоління вчених, то очевидною стає «типова відмінність» норм звичаєвого права і норм права державного [4, с. 171].

Так, звісно, сама сутність звичаєвого права зосереджена саме на непідвладності оформлення у жорстку юридичну конструкцію, сталу, виважену правову структуру. Якщо говорити про сучасну концепцію правового звичаю, то він набуває більш вираженої, означеної форми.

Правовий звичай – це не тільки зовнішній вираз національних традицій, переконань, принципів у праві, він насамперед підтримується з боку держави шляхом диспозитивного або імперативного закріплення в законодавстві прямого посилання на можливість застосування звичаю для регулювання тієї чи іншої сфери суспільних відносин.

Наприклад, у ст. 7 Цивільного Кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-IV передбачається, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. У цій же статті надається нормативне визначення звичаю, під яким розуміється правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Є. О. Харитонов, коментуючи ст. 7 ЦК України, підкреслював думку, що саме в цій статті вперше у вітчизняному законодавстві вказується на звичай як на джерело цивільного права і визначаються засади його застосування. Вчений залежно від характеру правового звичаю виокремив кілька його видів: міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві; судовий звичай; звичай ділового обігу (обороту) та загальні принципи права [5, с. 13].

З наведеного вище положення ЦК України випливає, що звичай ділового обороту визнається субсидіарним джерелом права і має «меншу» юридичну силу порівняно із законодавством та договором сторін [2].

Тобто в цивільному праві на щабель вище від звичаю поставлений договір. Так, за статтею 7 Цивільного кодексу, звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не може бути застосований. Крім того, в ст. 7 ЦК України вказується на те, що звичай може бути зафіксований у відповідному документі.

Проте фіксація звичаю в актах законодавства або в будь-якому документі не є правилом. Здебільшого звичаї не фіксуються, а мають характер так званих правових аксіом або просто норм моралі. Треба зазначити, що документом, який фіксує звичай, може бути або нормативно-правовий акт (кодекс, закон, постанова тощо), або судовий прецедент – постанова вищої судової інстанції (Пленуму Верховного Суду України чи Пленуму Вищого спеціалізованого суду) тощо.

ЦК України також фіксує особливий звичай набуття права власності шляхом привласнення загальнодоступних дарів природи (ст. 333). Згідно із цією статтею особа, яка зібрала ягоди, лікарські рослини, зловила рибу або здобула іншу річ у лісі, водоймі тощо, є їхнім власником, якщо вона діяла відповідно до закону, місцевого звичаю або загального дозволу власника відповідної земельної ділянки.

Також доволі багато статей ЦК України передбачають можливість врегулювання цивільних відносин за допомогою звичаїв ділового обороту (наприклад, ст. 213, 526, 527, 529, 538, 539, 613 тощо). Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV (далі – ГК України) у ст. 32 передбачає право суб'єктів господарських відносин посилалися на торгові та інші чесні звичаї.

В Україні не тільки цивільне та господарське право визнає звичаї джерелом регулювання правовідносин. У сімейному праві звичаї

посідають вагоме місце. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III (далі – СК України) дозволяє врегулювання сімейного спору за допомогою звичаю. Так, згідно зі ст. 11 СК України суд за заявою зацікавленої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам Сімейного кодексу України або інших законів та моральним засадам суспільства. Це загальна норма щодо можливості застосування звичаїв.

Треба звернути увагу на специфічну умову, встановлену ст. 11 СК України. Тут передбачена обов’язкова відповідність звичаю моральним засадам суспільства, оскільки поняття «моральні засади суспільства» також є категорією звичаєвого права. Можна припустити, що у цій статті йдеться про надання переваги загальносуспільним, загальнонаціональним автентичним звичаям перед звичаями місцевими.

На думку І.В. Суханова, звичай, на відміну від традиції, завжди дає детальний припис вчинку в конкретній ситуації і разом із тим не ставить вимог до духовних якостей людини [6, с. 8]. Сімейне законодавство України містить норми, що конкретизують можливість застосування звичаєвих традицій.

Так, ст. 35 СК України дозволяє особі мати подвійне прізвище, проте поєднання більше двох прізвищ не допускається. Водночас допускаються винятки у питанні визначення імені громадянина України, яке за ст. 28 ЦК України складається з прізвища, власного імені та по батькові. У цих питаннях звичаї національної меншини, до якої належить особа, набирають силу за ч. 2 ст. 35 та ч. 2 ст. 146 СК України.

Звертаючись безпосередньо до тексту Закону України «Про національні меншини в Україні» від 25.06.1992 № 2494-XII, ми бачимо, що законодавець надає право кожному громадянину України на національні прізвище, ім’я та по батькові (ч. 1 ст. 12).

Також за ст. 12 (ч. 2 -3) громадяни мають право у встановленому порядку відновлювати свої національні прізвище, ім'я та по батькові; а громадяни, у національній традиції яких немає звичаю зафіксувати «по батькові», мають право записувати в паспорті лише ім'я та прізвище, а у свідоцтві про народження – ім'я батька і матері.

Таким чином, звичаєво-правові норми сімейного права уособлюють моральні устої, принципи, традиції українців, а також визначають особливості сімейних відносин національних меншин.

На відміну від побутових звичаїв, сферою регулювання звичаєвого права є найбільш важливі суспільні відносини. До типових напрямів такого регулювання належать питання ведення війни. Так, у чинному Кримінальному кодексі України від 05 квітня 2001 р. встановлена кримінальна відповідальність за порушення законів і звичаїв війни (ст. 348), проте без уточнення меж застосування звичаю.

Ця норма є одним із проявів легалізації звичаєвого права. Але, якщо ми кажемо про звичаї війни, то тут на перше місце виступають не національні звичаї, а міжнародно-правові. Міжнародні звичаї вагоме місце посідають у сфері правового регулювання торгівельних відносин.

Наприклад, Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 № 959-ХІІ надає у ч. 1 статті 6 право суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності використовувати відомі міжнародні звичаї під час складання тексту зовнішньоекономічного договору (контракту). Відповідно до цього ч. 5 ст. 4 Господарсько-процесуального кодексу України передбачає, що у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї.

Тут треба підкреслити, що законодавець не зобов'язує суд користуватися звичаєвими нормами, а лише надає йому право.

Диспозитивність застосування звичаїв також простежується і в Кодексі торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. № 176/95-ВР.

КТМ України застосовує специфічну термінологію для визначення звичаю: морські звичаї, звичаї порту, чинні звичаї, міжнародні звичаї торговельного мореплавства тощо.

Водночас зазначені вище норми тісно пов'язані з юридичною конструкцією ділового обороту. Тому, повертаючись до ст. 7 ЦК України, необхідно підкреслити положення, що передбачає можливість фіксації звичаю у формальному документі. До таких документів можна віднести: «Міжнародні правила тлумачення торгових термінів Міжнародної торгової палати – ІНКОТЕРМС 2010, Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів, Уніфіковані правила по інкасо, Принципи міжнародних комерційних договорів тощо. На банківські звичаї прямо вказує ст. 344 ГК України.

ВИСНОВКИ

Стислий огляд законодавчого закріплення права громадян України застосовувати правовий звичай у суспільних відносинах дає змогу дійти висновку, що норми звичаєвого права завжди залишаються формальними.

Вони є досить визначеними і традиційними, їх можна сприймати як найяскравіший виразник правової культури того чи іншого рівня суспільного розвитку, і на відміну від законодавства саме норми звичаєвого права можна вважати дуже динамічним віддзеркаленням усіх перетворень у суспільно-правовому житті.

На сучасному етапі свого розвитку українська держава, що зіткнулася з важкими випробуваннями як на внутрішньому, так і на зовнішньополітичному рівні, як ніколи раніше потребує впровадження та зміцнення ефективних механізмів побудови правової держави та належного захисту прав і свобод громадян.

Процеси формування в Україні сучасного демократичного громадянського суспільства, запозичення іноземного позитивного досвіду, удосконалення дієвих, підтверджених практикою, факторів щодо зміцнення верховенства права та законності у майбутньому, безперечно, матимуть позитивний вплив на розвиток держави в цілому. Безперечно, такі елементи правової системи, як традиції та звичаї, несуть на собі відбиток автентичності певної нації.

Вони неодмінно повинні зберігати свою чинність як джерела права з можливістю їх практичного використання у повсякденному регулюванні суспільних правовідносин, а судді повинні мати можливість посилалися на норми звичаєвого права, обґрунтовуючи свої рішення. Проте сама природа звичаю не дозволяє встановити чіткі рамки його застосування

Отже, доцільним буде визначити найбільш перспективні напрями майбутніх досліджень у сфері означеної нами проблематики: по-перше, визначення окремих звичаїв, що практично застосовуються в сучасній Україні, та вивчення міри їх впливу на реальне регулювання суспільних відносин; по-друге, дослідження практики застосування правових звичаїв фізичними, юридичними особами, державними органами та судами.

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА:

1. Толкачова Н.Є. Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту – форми права сучасної України: проблеми застосування [Електронний ресурс] / Н.Є. Толкачова // Соціологія права. – 2011. – № 2. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/soc_gum/socpr/2011_2/Tolkachova.pdf
2. Жовтобрюх М. М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: автореф. дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.12 «Філософія права» /

М. М. Жовтобрюх ; Нац. акад. внутр. справ України МВС України. – К., 2002. – 19 с.

3. Ефименко А.Я. Исследования народной жизни. Обычное право / А.Я. Ефименко. – М.: «Русская» типо-литография, 1884. – XVI. – 382. – С. (5)3.
4. Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. : зі змінами та допов. станом на 26 берез. 2010 р. / Харитонов Є. О. [та ін.] ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. Харитонova Є. О. [та ін.]. – К. : Правова єдність, 2010. – 749 с.
5. Суханов И.В. Обычаи, традиции в преемственности поколений / И.В. Суханов. – М. : Политиздат, 1976. – 215 с.