УДК 340.142

ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА В КРАЇНАХ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА

CUSTOM AS A SOURCE OF LAW IN COMMON LAW COUNTRIES

Бондаренко Є.І.,
асистент кафедри конституційного та адміністративного права юридичного факультету
ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

У статті досліджено роль та місце звичаю серед інших джерел права в країнах загального права, з'ясовано його юридичну силу та практичне значення для регулювання суспільних відносин.

Ключові слова: джерело права, звичай, правовий прецедент, правова сім'я.

В статье исследовано роль и место обычая среди других источников права в странах общего права, установлено его юридическую силу и практическое значение для регулирования общественных отношений.

Ключевые слова: источник права, обычай, правовой прецедент, правовая семья.

The article deals with the role and place of the custom among the other sources of law in the common law countries, found validity of these sources and practical significance for the regulation of legal relations.

Key words: source of law, custom, legal precedent, legal family.

Постановка проблеми. Досліджуючи юридичну силу звичаю як джерела права в країнах загального права, необхідно відзначити, що системність джерел права первісно закладена в самій їхній природі та в їхньому характері як правових феноменів, що існують і функціонують не окремо, а тим більше не ізольовано один від одного, а в тісному взаємозв'язку та взаємодії один з одним. У зарубіжній юридичній літературі визнається факт їхньої взаємодії у процесі функціонування основних правових систем сучасності. Пояснюючи цю тезу, французький правознавець Ж.-Л. Бержель стверджує, що «немає такого юридичного порядку, який віддавав би перевагу виключно одному із джерел і нехтував усіма іншими, але існують системи, де одне із джерел панує над іншими. Право створюється тільки у процесі своєї реалізації. Усі джерела права мають схожу природу, бо виконують одну й ту саму функцію» [1, с. 1].

Стан дослідження. Дискусії щодо юридичної сили звичаю та його місця серед інших джерел права тривають впродовж ряду років як серед вітчизняних, так і серед зарубіжних учених. Зокрема, вагомий внесок у розробку цього питання зробили Ж.-Л. Бержель [8], Д. Ллойд [8], Р. Уолкер [7] та інші. Серед вітчизняних науковців, які торкалися цих проблем, на окрему увагу заслуговують праці І. Б. Усенка [2], Т. І. Бондарук [2], М. Д. Ходаківського [2], Н. М. Пархоменко [2] та інших. Зазначені питання досліджували й російські вчені: І. Ю. Богдановська [3], Є. М. Трубецкой [4], М. М. Коркунов [5], О. Л. Жидков [13] та інші. Однак у зв'язку з усе зростаючими в наш час темпами глобалізації світу, постійним зближенням правових сімей, виникає потреба в переосмисленні традиційних юридичних конструкцій та з'ясуванні ролі та місця звичаю серед інших джерел права. Саме тому метою даної статті є визначення ролі та місця звичаю та правового прецеденту в системі джерел права в країнах загального права, з'ясування співвідношення їх юридичної сили та особливостей регулювання сучасних правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Український науковець М. Д. Ходаківський пов'язує розвиток звичаєвого права із розвитком правової культури у суспільстві. На його думку, правові пам'ятки, які можуть бути названі «офіційними» і мають нормативне значення, не відображають усіх реальних типів правової поведінки, і правова культура включає в себе інституціоналізований, але й неінституціоналізований соціальний досвід, який закарбувався в правових звичаях. У цьому сенсі норми звичаєвого права є одним із суспільних регуляторів, які відображають досвід існування та розвитку того чи іншого суспільства [2, с. 12].

Певна своєрідність притаманна співвідношенню прецеденту з таким джерелом права, як звичай. Право тих країн, правові системи яких входять в систему загального права, розвивалося як неписане. Це давало можливість багатьом дослідникам прецеденту як джерела права говорити про нього як про свого роду звичаї. Так, у ФРН «суддівське право» уявлялося як вид звичаєвого; ряд французьких учених вважає, що юриспруденція означає «тривалий ряд судових рішень, що створюють вид судового звичаю» [3, с. 78].

Однак Є. М. Трубецькой, говорячи про судову практику, вірно зазначав, що вона не може бути ототожнена ні з законом, ні зі звичаєм. Мотивуючи це тим, що нові норми можуть створюватися як одиничним прецедентом, так і шляхом їх неодноразового повторення [4, с. 97].

Суттєвою відмінністю між прецедентом і звичаєм є те, що звичай виникає в результаті неодноразового повторення, а прецедент – це єдине рішення. Разом з тим Є. М. Трубецкой називав звичай «множинним прецедентом», обґрунтовуючи це тим, що довести існування звичаю можна, тільки посилаючись на прецеденти його застосування [4, с. 96].

Серед українських вчених немає одностайності щодо визнання існування правового звичаю без санкції держави. Одні дослідники сприймають як аксіому, що за встановлення наявності певної сталої юридичної практики і відсутності відповідної норми в законодавстві (у широкому розумінні) слід вважати, що досліджувані відносини регулюються звичаєво-правовими нормами. Інші – визнають існування правового звичаю лише тоді, коли тому є пряме документальне підтвердження [2, с. 7].

Однак, незважаючи на певну зовнішню схожість прецеденту і звичаю, є абсолютно чітке розмежування, що, на наш погляд, виключає можливість зведення прецеденту (і судової практики в цілому) до звичаю певного виду. За словами М. М. Коркунова, хоча юридичним звичай стає лише тоді, коли дотримання його стає результатом усвідомлення його необхідності, проте зміст «…звичаю дається звичаєм, виробляється несвідомо. Юридична свідомість, перетворюючи простий звичай в юридичний звичай, знаходить зміст вже готовим» [5, с. 295].

Таким чином, на відміну від прецеденту, звичай виникає як акт поведінковий, у його формуванні (як саме загальної норми поведінки) не бере участь свідомість людини. Прецедент являє собою результат усвідомленої інтелектуальної діяльності, спрямованої на встановлення якогось загального правила поведінки.

Проте, як зазначав Р. Кросс, ідея про те, що загальне право є видом звичаєвого, «є не що інше, як декларативна теорія» [6, с. 161]. Хоча, звичайно, в початковий період формування загального права зв'язок звичаю і судової практики був найбільш тісним, що давало певні підстави

до заяв про те, що звичаї судів були звичаями Англії і ставали загальним правом.

Юристи країн загального права досі сперечаються щодо того, чи має звичай значення джерела права в силу своєї природи або для надання йому такого значення потрібно рішення суду. В англійській правовій доктрині слово «звичай» може вживатися в різних значеннях. В одному сенсі звичай є основним джерелом всього англійського права як початкове джерело загального права. В іншому сенсі цей термін застосовується для позначення традиційного ділового або торгового звичаю. В останньому випадку маються на увазі, як правило, загальноприйняті умови договору і це є більше питанням факту, ніж питанням права. У такому контексті звичай не є джерелом права.

Нарешті, слово «звичай» може означати норми права, які застосовуються тільки в певній місцевості, і в цьому сенсі він є джерелом права. Місцевий звичай відрізняється від загального права тим, що являє собою виняток із загального права і його застосування обмежено конкретним містом, графством або приходом. Крім того, його застосування може бути обмежено групою людей в даній місцевості, наприклад рибалок. Як приклад місцевого звичаю Р. Уолкер наводить право сушити рибальські сітки на землі приходу, займатися спортом на галявині, що належить селу тощо. [7, с. 85].

Кожному, хто посилається на звичай в англійських судах, потрібно доводити, що згадуваний звичай існує. Для цього необхідно показати, що він відповідає певним вимогам.

По-перше, місцевий звичай повинен існувати з незапам'ятних часів. В якості тимчасового орієнтиру був визначений 1189, перший рік царювання Річарда I. Оскільки довести це дуже важко, то суд зазвичай задовольняється показами свідків старожилів, якщо не є очевидним, що звичай не міг існувати в 1189 році. Для сторони, яка заперечує давнину звичаю, достатньо довести, що він виник в інший, більш пізній, час.

По-друге, застосування звичаю має бути безперервним, однак просте незастосування звичаю не припиняє його.

По-третє, норма звичаєвого права повинна використовуватися з «загальної мирної згоди». Вона не може використовуватися таємно, з примусом, або в силу дозволу, який може бути скасовано.

Норма звичаю повинна володіти обов'язковою силою. Як зазначає Блекстоун, «звичай обкладати податком жителів даної місцевості для утримання і ремонту моста – звичай хороший, але звичай, за яким кожна людина повинна жертвувати гроші на утримання моста на свій розсуд, є абсурдним і порожнім і зовсім не може вважатися звичаєм» [7, с. 86].

Крім цього, звичай повинен володіти визначеністю, оскільки поняття права має на увазі те чи інше певне правило. І цілком логічною є вимога щодо узгодженості звичаїв, оскільки неможливо уявити існування в одній місцевості звичаїв, що взаємовиключаються.

Остання вимога, що пред'являється до звичаїв, полягає в їх розумності. Звичай, що суперечить основним принципам загального права не може бути розумним, а якщо виявиться, що в 1189 році він не міг вважатися розумним, то він буде відкинутий на тій підставі, що він не міг існувати в 1189 році. Як зазначає Д. Ллойд, метою встановлення цієї вимоги є бажання забезпечити судам високий рівень контролю щодо надання звичаю юридичної сили [8, с. 282].

Проте, визнаючи, що звичаєве право є обов'язковим не в силу визнання його судом, а тому що воно може діяти і за відсутності будь-якої правової системи, Д. Ллойд вказує, що в сучасній Англії наявність у суду права визнавати обов'язковість звичаю свідчить про те, що жоден звичай, незалежно від теорії, не може мати юридичну силу сам по собі без схвалення судом [8, с. 282].

З усього вищевикладеного може скластися враження, що звичай насправді не є самостійним джерелом права, що своє правове значення він набуває, лише, після встановлення в рішенні суду. Однак тут необхідно звернути увагу на наступні особливості.

Перше це те, що питання давнини, безперервності, обов'язковості і визначеності – питання факту. Але рішення з питань факту не утворюють прецеденту, прецедентом стають тільки рішення суду з правового питання. Відносно звичаю, питанням права є лише питання щодо його розумності, яке і вирішується суддею, виходячи з попередніх рішень, що містять визначення того, що є розумність. Таким чином, рішення про застосування того чи іншого звичаю зовсім не залежить виключно від розсуду судді. На думку Р. Кросса, «... ні в якому разі не можна вважати, що до визнання судом звичаю він не був законом» [6, с. 164].

Друга особливість, на яку слід звернути увагу, – це те, що, прийнявши рішення по справі на підставі звичаю, тобто норми, що відповідає певним ознакам, суд не створює прецеденту зовсім. Тобто, немає підстав говорити про те, що звичай, в результаті санкціонування його судом, припиняє своє існування. Навпаки, суд своїм рішенням фактично визнає те, що звичай як правило поведінки існував раніше, і лише підтверджує необхідність його дотримання, а не санкціонує нове правило поведінки.

Звичайно, в даний час в країнах загального права сфера дії звичаю звужена, його значення скоротилося в порівнянні з тим, яким воно було в період формування загального права. Однак це не зменшує його юридичної сили та не позбавляє суди права його застосування. Звичаєм досі регулюються багато відносин у сфері торгівлі, місцевого самоврядування, сімейного та конституційного права. Наприклад, відома «чортова дюжина» склалася в результаті практики надання знижки покупцеві; до 1920 року діяв звичай, відомий під назвою «англійський бург», згідно з яким, право на успадкування землі належало не старшому синові, як при майораті, а молодшому [9, с. 139]. У галузі конституційного права звичаєм регулюється велика частина парламентських процедур, деякі аспекти правового становища монарха (наприклад, в Англії незастосування права вето монархом протягом кількох століть привело до формування конституційного звичаю, що він і не може цього зробити) [10, с. 148]. У США таким звичаєм можна вважати правило про те, що одна і та ж людина може займати президентський пост не більше двох термінів, який існував понад півтора століття, поки не був порушений Ф. Рузвельтом, після чого отримав конституційне закріплення [11, с. 13].

Незважаючи на те, що звичай є самостійним джерелом права, його, як з'ясувалося, потрібно вважати підлеглим прецеденту, оскільки суди в певній мірі можуть контролювати норми звичаїв, піддаючи їх тесту на розумність. Тому можна повністю погодитись із вченими, які вважають, що звичаєве право являє собою не просто сукупність правил, а ряд здавна сформованих правових принципів, пронесених до наших днів за допомогою практики та інтерпретації. Специфіка англійського звичаєвого права полягає в тому, що, з одного боку, воно складалося несвідомо, а з іншого – формувалося в процесі його застосування шляхом інтерпретації юристами [12, с. 150].

Таким чином, звичай, на відміну від закону, виступає підлеглим по відношенню до прецеденту джерелом права. Однак ця підпорядкованість виступає, скоріше, як вираз фактичного стану справ, не припиняючи самостійного значення місцевого звичаю як джерела права.

Певна своєрідність у співвідношенні прецеденту і звичаю існує в праві тих країн, де прецедент закріпився в результаті британської колоніальної експансії, наприклад, в Індії, Нігерії, Гані, Гайані та деяких інших.

У той же час у ряді колоній на практиці в процесі введення англійського права була можливість його зміни для

пристосування до особливостей конкретної країни. Так, в 1920 р. був виданий наказ, який вказував, що для Танганьїки «загальне право, доктрини справедливості і закони загального застосування діють на даній території в тій мірі, в якій вони відповідають її характеру, її жителям і кордонам суверенітету його величності, і з модифікаціями, необхідність яких випливає з місцевих умов», а в Нігерії за наявності «хорошої норми звичаєвого права загальне право повинно було поступитися їй своїм місцем» [13, с. 31]. Тут впровадження принципів і норм англійського права, включаючи принцип прецеденту, відбувалося поступово у міру створення окремих колоніальних судів та оформлення їх в ієрархічно побудовану систему. Цей процес представляв собою частину загальної економічної і політичної колоніальної стратегії, оскільки норми англійського права в більшій мірі були придатні для регулювання нав'язаних колонізованим країнам типів суспільних відносин. Тим не менш, результатом дії системи прецеденту в колоніальних судах стало, зокрема, те, що в них все більше стало застосовуватися і місцеве персональне право. Єдиною умовою застосування судами норм традиційного права була формула про те, що ці норми не повинні суперечити «природному правосуддю, справедливості і добрій совісті» [14, с. 30]. У даному випадку, звичайно, мова йшла про те, як ці поняття трактуються відповідним судом. Таким чином, формула ця представляла собою ще один спосіб контролю над тим, які саме норми місцевого права, а, як правило, це саме норми звичаїв, будуть включені в систему чинного права.

Висновки. Підсумовуючи, потрібно відзначити специфічну роль та місце звичаю поміж інших джерел права. Зокрема, в країнах загального права звичай перебуває у тісному зв'язку із прецедентом, особливо у випадках ігнорування норм звичаєвого права, тобто, коли його не дотримуються у добровільному порядку, суд своїм рішенням «змушує» визнати той чи інший звичай. Проте, подібне «визнання» звичаю з боку держави не применшує його значення як регулятора суспільних відносин, оскільки, звичаєве право виникло в суспільстві ще до того, як в ньому встановилась державна організація.

У цьому контексті необхідно погодитися з М. Д. Ходаківським, який визнає звичаєве право специфічним соціально-юридичним явищем, яке онтологічно зумовлене природою соціального буття людини. У звичаєвому праві знаходять своє відображення важливі аспекти культурного, політичного і соціально-економічного розвитку соціуму. Тому при дослідженні сутності та чинності звичаєвого права не слід обмежуватися тільки нормативним аспектом права [2, с. 33].

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с франц. Г. В. Чуршукова. Под общ. ред. В. Даниленко. – М. : Nota bene, 2000. – 575 с.
2. Правовий звичай як джерело українського права IX-XIX ст. [Текст]/ [І. Б. Усенко та ін.] ; за ред. І. Б. Усенка ; Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К. : Наукова думка, 2006. – 280 с.
3. Богдановская И. Ю. Прецедентное право. – М., 1993. – 365 с.
4. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права / Оформление обложки С. Шапиро, А. Олексеенко / СПб. : Издательство «Лунь», 1998. – 224 с.
5. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. – 9-е изд. – СПб. : Изд-во юрид. книжного магазина Н. К. Мартынова, 1909. – 354 с.
6. Кросс Р. Прецедент в английском праве : Пер. с англ. – М. : Юридическая литература, 1985. – 239 с.
7. Уолкер Р. Английская судебная система. – М. : Юрид. лит., 1980. – 362 с.
8. Ллойд Д. Идея права. – Перевод с английского. Пер.: Юмашев Ю. М. (Науч. ред.). – М. : Югона, 2002. – 416 с.
9. Малова О. В. Правовой обычай как источник права. – Екатеринбург. – 2002. – 187 с.
10. Чиркин В. Е. Государствоведение : учебник. – М. : Юристъ, 1999. – 398 с.
11. Государственное право буржуазных стран и стран, освободившихся от колониальной зависимости / Под ред. В. Е. Чиркина. – М. : Высшая школа, 1968. – 389 с.
12. Пяткина С. А. О теории источников права в английской юриспруденции // Ученые записки ВНИИСЗ. – М., 1969, – Вып. 19 – 314 с.
13. Жидков О. А. Верховный Суд США: право и політика / Отв. ред. А. А. Мишин. – М. : Наука, – 1985. – 221 с.
14. Жидков О. А. Прецедент в правовых системах развивающихся стран // Источники права. – М., –1985. – 135 с.