

УДК 347.61;392(477)

**ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗВИЧАЮ
ПІД ЧАС РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН**

**LEGAL ASPECTS OF APPLICATION OF THE CUSTOM
IN REGULATION OF FAMILY RELATIONS**

Шишак-Качак О.О.,
*аспірант кафедри цивільного права
Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету
імені Василя Стефаника*

Стаття присвячена дослідженню особливостей застосування правового звичаю у судовій практиці. Особливу увагу приділено питанням виявлення звичаю в процесі розгляду справи та вимогам щодо змісту поняття «звичай». Запропоновано розширити сферу дії звичаїв при регулюванні сімейних відносин.

Ключові слова: звичаї, акти сімейного законодавства, докази, суд, моральні засади суспільства.

Статья посвящена исследованию особенностей применения правового обычая в судебной практике. Особое внимание уделено вопросам выявления обычая в процессе рассмотрения дела и требованиям относительно содержания понятия «обычай». Предложено расширить сферу действия обычаев при регулировании семейных отношений.

Ключевые слова: обычаи, акты семейного законодательства, доказательства, суд, моральные основы общества.

Article deals with investigation of peculiarities of legal custom in judicial practice. Particular attention is paid on identification of the custom in the course of the proceedings and requirements for the meaning of definition of «custom». It is proposed to extend the scope of application of customs for the regulation of family relations.

Key words: customs, acts of family law, evidence, court, moral foundations of society.

Постановка проблеми. Як відомо з історії права, звичай тривалий час відігравав провідну роль при врегулюванні шлюбно-сімейних відносин. У подальшому, коли у зв'язку зі стрімким розвитком суспільства і держави законодавство витіснило звичай, останній не зник, а став основою формування сучасного сімейного права.

Однак саме у сімейному законодавстві, як це не парадоксально, правові можливості застосування звичаїв та сфера їх дії обмежена.

Одним із пріоритетних напрямків державної сімейної політики є забезпечення наступності поколінь шляхом передачі нащадкам сімейних, національних і культурних здобутків, традицій, звичаїв (абз. 2 п. 1, абз. 7 п. 2 Концепції державної сімейної політики) [1].

Тому актуальним на сьогодні постає питання дослідження правових аспектів застосування звичаю при регулюванні сімейних відносин та можливості розширення сфери його застосування.

Стан дослідження. Підсилює доцільність здійснення наукових розвідок з вищезазначеної проблематики також відсутність у науці сімейного права комплексних наукових досліджень правового звичаю як джерела права. Серед останніх домінують роботи переважно історичного, етнографічного характеру. Із числа юридичних досліджень варто виокремити праці О.В. Головкіна, І.П. Малютіної, Н.Є. Толкачової, О.О. Щокіної та ін.

Мета статті полягає у визначенні особливостей застосування правового звичаю у практиці правозастосування.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 11 СК України при вирішенні сімейного спору 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 цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства [2].

Якщо проаналізувати вищезазначену норму, то можна виділити такі основні особливості звичаю:

1) звичай застосовується при здійсненні правосуддя в порядку позовного провадження («при вирішенні сімейного спору» (виділено автором – *О. Ш.-К.*));

2) із урахуванням норм СК України державне санкціонування отримали два види звичаїв: місцевий звичай, а також звичай національної меншини;

3) звичай не повинен суперечити вимогам СК України, інших законів та моральним засадам суспільства.

У контексті нашого дослідження вважаємо за доцільне детальніше зупинитись на вищезазначених ознаках.

Проаналізуємо насамперед особливості застосування звичаю при здійсненні правосуддя у порівняльному аспекті СК України та Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) та з урахуванням судової практики. Оскільки, як свідчать результати дослідження останньої, суди застосовують звичай не тільки у позовному, а і в інших видах провадження (наприклад, в окремому провадженні при розгляді справ про усиновлення) [3].

Як відомо, практика правозастосування є одним із індикаторів ефективності та якості нормативно-правових актів. І тому сьогодні постає питання щодо доцільності застосування звичаю тільки у позовному провадженні.

Аналізуючи сам процес реалізації останнього, то слід звернути увагу на те, що, фактично, законодавець зобов'язує суд ставитись до звичаю як до норми права, але не вирішує основного питання, що виникає в ході процесу: хто і як повинен встановлювати існування та зміст звичаєвого права?

Виходячи із правил, закріплених у ст. 11 СК України, суд може застосувати звичай за наявності заяви зацікавленої сторони і тільки при вирішенні (наявності) спору [2].

Однак, коли особа сама заявляє про наявність звичаю, обґрунтовуючи свої вимоги, подає відповідні дані – це, по суті, докази у справі, мова про які йде у ст. 57 ЦПК. Тобто

будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи [ЦПК]. Відповідно, обов'язок розкриття змісту звичаю покладається на сторону у судовому процесі (ст. 60 ЦПК) [4].

Якщо про наявність звичаю особа зазначає у позовній заяві, то це також трактується як докази. Адже, відповідно до п. п. 5, 6 ч. 2 ст. 119 ЦПК, у позовній заяві викладаються обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги, та зазначаються докази, що підтверджують кожну обставину, наявність підстав для звільнення від доказування [4].

Враховуючи особливості процесу доказування при розгляді справи по суті та відсутність письмової форми звичаю, застосування останнього в судовій практиці є доволі суб'єктивним.

З іншої сторони, якщо не зобов'язати сторону у судовому процесі клопотати про наявність звичаю, то суд практично ніколи не скористається своїм правом застосування звичаю при вирішенні судової справи. Адже тоді він буде зобов'язаний здійснити самостійно пошук інформації про звичай, що, у свою чергу, ускладнить, затягне процес розгляду і вирішення справи по суті. Та й звідки суддя знатиме про наявність конкретного звичаю?

Окрім судів, правовий звичай застосовується й іншими суб'єктами, зокрема органом опіки та піклування, органом реєстрації актів цивільного стану (наприклад, при складенні прізвищ при реєстрації шлюбу та визначенні імені дитини) (ст. ст. 35, 146 СК) [2].

Таким чином, у ст. 11 СК України, як загальній нормі відносно інших норм Кодексу, доцільно було б закріпити правило про те, що сімейні відносини можуть регулюватися звичаями.

Цим шляхом, до речі, пішов законодавець, закріплюючи особливості застосування звичаю у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України). Так, відповідно до ч. 1 ст. 7 ЦК України цивільні відносини можуть регулюватися звичаями, зокрема звичаями ділового обороту [5].

Враховуючи особливості судового розгляду, вважаємо за доцільне поняття «при вирішенні сімейного спору» замінити поняттям «при здійсненні правосуддя».

Обмеженням з приводу застосування правового звичаю, на наш погляд, є виокремлення в СК України тільки двох його видів: місцевий звичай та звичай національної меншини.

Оскільки перший діє на певній ділянці, частині території, то другий застосовується групою громадян України, які не є українцями за національністю, виявляють почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою (ст. 3 ЗУ «Про національні меншини») [6, с. 244; 7].

Однак, якщо проаналізувати судові рішення, ухвалені за розглядом сімейних справ, то можна виділити такі звичаї, як український звичай, звичай України, звичай у суспільстві [8; 9].

Відповідно, виникає питання: до якої із груп звичаїв належать ці звичаї? По суті, вони утворюють окрему групу. Які ж тоді правові підстави їх застосування?

Тому вважаємо за доцільне, з огляду на визначену проблематику, замінити поняття «місцевий звичай або звичай національної меншини» загальним поняттям «звичай».

Остання ознака стосується встановлених вимог щодо змісту звичаїв, які є своєрідним механізмом захисту держави від появи небажаних форм суспільного регулювання. Адже при санкціонуванні звичаїв їх нормотворча функція не зникає. Тобто правовий звичай містить правила поведінки, які створюються і скасовуються без втручання держави. Остання не може знати змісту всіх існуючих звичаїв і тому санкціонувати кожен звичай окремо технічно не уявляється можливим [10, с. 72, 83, 89].

Однак дискусійним, на нашу думку, є положення з приводу несуперечності звичаю тільки законам.

Для прикладу зауважимо, що в ЦК України у цьому аспекті застосовується поняття «акти цивільного законодавства» (ч. 2 ст. 7 ЦК України) [5]. При цьому поняття «законодавство», «акти сімейного законодавства» також застосовуються в нормах СК України (наприклад, ч. 2 ст. 10, ст. 13 СК) [2].

Взагалі, поняття «законодавство» (підходи до визначення) у доктрині теорії права, в тому числі і сімейного, є доволі неоднозначним і суперечливим.

Не вдаючись у детальний аналіз, оскільки це питання заслуговує на окреме самостійне дослідження і виходить за межі встановленого обсягу публікації матеріалу, зауважимо, що є дві основні позиції з приводу розуміння вищезазначеного поняття. Відповідно до першої, поняття «законодавство» розглядається у вузькому розумінні, тобто тільки закони, прийняті відповідно до Конституції та міжнародні договори (Є.П. Євграфова, О.С. Лисенкова, І.М. Овчаренко).

Представники другої позиції (широке розуміння) в поняття «законодавство» включають закони, постанови Верховної Ради, укази Президента, постанови Кабінету Міністрів України тощо (С.В. Васильєв, О.О. Первомайський).

У цьому контексті правовий інтерес становить рішення Конституційного Суду України (справа про тлумачення терміна «законодавство»), відповідно до якого визначено, що терміном «законодавство» охоплюються не лише закони України, декрети Кабінету Міністрів України (яким на підставі попередньої Конституції УРСР було надано силу законів у рамках тимчасово делегованих йому законодавчих повноважень) і ратифіковані Україною міжнародні договори, а й постанови Верховної Ради, укази Президента, постанови Кабінету Міністрів України (прийняті в межах повноважень цих органів) [11].

Цим же шляхом пішов і законодавець. Адже, визначаючи законодавство у сфері регулювання сімейних відносин, доволі часто застосовується словосполучення закон та інші нормативно-правові акти (ст. 2 ЗУ «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 р., ст. 2 ЗУ «Про попередження насильства у сім'ї» від 15.11.2001 р.) [12; 13]. У свою чергу нормативно-правові акти за юридичною силою поділяються на закони та підзаконні акти [14, с. 281].

Ми ж поділяємо точку зору тих науковців та практиків, які розглядають поняття «законодавство» у широкому значенні, тобто як всі нормативно-правові акти.

Таким чином, враховуючи вищезазначену офіційну позицію Конституційного Суду України та сформований категоріально-понятійний апарат СК України, вважаємо за необхідне встановлення такої вимоги до звичаю, як несуперечність актам сімейного законодавства (на відміну від «інших законів»).

З приводу відповідності звичаїв моральним засадам суспільства, то це положення стосується більше норм моралі, а не юридичних норм. Норми моралі складаються в суспільстві на основі уявлень людей про добро і зло, честь, совість, справедливість. Вони набувають обов'язкового значення в міру усвідомлення та визнання їх більшістю членів суспільства [15, с.169].

Суспільна мораль змінюється разом зі зміною (розвитком) суспільства в цілому (зміною суспільної свідомості). Звичай практично завжди відповідає моральним засадам суспільства, в якому він виник. Проте, враховуючи консервативність звичаю, його здатність акумулювати сімейні цінності, традиції, які передаються з покоління в покоління, та сучасний стрімкий розвиток суспільної свідомості й моралі, позиція законодавця з приводу вимог щодо відповідності звичаю, який виник раніше, моральним засадам суспільства є виправданою і доцільною.

Висновки. Таким чином, враховуючи тісний взаємозв'язок норм сімейного законодавства із звичаєвими нормами, останні потребують відповідного розширення сфери дії та застосування при регулюванні сімейних відносин.

На основі аналізу норм СК України, ЦК України, ЦПК України та з урахуванням матеріалів судової практики вважаємо за доцільне ст. 11 СК України викласти у такій редакції:

Стаття 11. Застосування звичаїв до регулювання сімейних відносин.

1. Сімейні відносини можуть регулюватись звичаями, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, іншим актам сімейного законодавства та моральним засадам суспільства.

2. При здійсненні правосуддя суд, за заявою зацікавленої особи, може врахувати звичай, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, іншим актам сімейного законодавства та моральним засадам суспільства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про концепцію державної сімейної політики : постанова ВРУ від 17.09.1999 р. №1063-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 46–47. – Ст. 404.
2. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21. – Ст. 135.
3. Рішення Артемівського міськрайонного суду Донецької області № 5925468 від 25.03.2008 р. у справі № 20-150-2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/5925468>.
4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40–42. – Ст. 492.
5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №40. – Ст. 356.
6. Івченко А.О. Тлумачний словник української мови / А.О. Івченко. – Х. : Фоліо, 2002. – 541 с.
7. Про національні меншини : Закон України від 25.06.1992 р. № 2494-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 36. – Ст. 529.
8. Рішення Жовтневого районного суду м. Маріуполь Донецької області № 22133779 від 22.03.2012 р. у справі № 2-6235/11. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/22133779>.
9. Рішення Святошинського районного суду м. Київ № 31901333 від 06.06.2013 р. у справі № 2608/19493/12. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31901333>.
10. Щокіна О.О. Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права : дис. ...канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О.О. Щокіна. – Х., 2005. – 198 с.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») від 09.07.1998 р. № 12-рп/98 у справі № 17/81-97 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 32. – Ст. 59.
12. Про охорону дитинства : Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.
13. Про попередження насильства у сім'ї : Закон України від 15.11.2001 р. № 2789-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 10. – Ст. 70.
14. Загальна теорія держави і права : [підручник для студ. вищ. навч. закл.] / [М.В. Цвік, В.Д. Ткаченко, О.В. Петришин та ін.] ; за ред. М.В. Цвік. – Х. : Право, 2002. – 432 с.
15. Макарук І.В. Загальна характеристика спільних рис права і моралі / І.В. Макарук // Моральні основи права : матер. міжн. наук.-практ. конф. (Івано-Франківськ, 16 грудня 2010 р.) / Мін-во ВСУ, Львів. держ. ун-т внутр. справ, Прикарп. юрид. ін-т. – Надвірна : Надвірнянська друкарня, 2010. – С. 166–170.