

УДК 34.01

Чорномаз О. Б., доцент кафедри адміністративного права  
та адміністративного процесу ЛьвДУВС, к.ю.н., доцент

## Правовий звичай як джерело адміністративного права

У статті аналізуються поняття правового звичаю, теоретико-методологічні засади застосування правового звичаю при регулюванні суспільних відносин. Правовий звичай розглядається як форма (джерело) права, на підставі якої здійснюються конкретні відносини, укладаються договори та на яку може посылатися суддя при вирішенні спору.

**Ключові слова:** правовий звичай, форма права, правовідносини, адміністративне право.

В статье анализируются понятия правового обычая, теоретико-методологические основы применения правового обычая при регулировании общественных отношений. Правовой обычай рассматривается как форма (источник) права, на основе которого осуществляются конкретные отношения, составляются договора и на которую может ссылаться судья, решая спор.

**Ключевые слова:** правовой обычай, форма права, правоотношения, административное право.

The article analyzes the concept of legal tradition, the theoretical and methodological basis for the use of legal custom in the regulation of social relations. Legal custom is regarded as a form (source) of law on the basis of which are made specific relations, negotiated contracts, and to which you can refer to the judge in the dispute.

**Keywords:** legal custom, the form of law, legal relations, administrative law.

**Постановка проблеми.** Соціальні, економічні та правові перетворення, що відбуваються в Україні за останні десять років, надали можливість по-новому подивитися на сутність публічно-управлінського впливу на суспільні відносини. Перегляд предмета та методу адміністративного права дозволили вести мову про те, що держава поруч з нормативно-правовим актом почала застосовувати нові правові регулятори. У зв'язку із цим виникла низка питань, пов'язаних із встановленням видів сучасних джерел адміністративного права України та визначенням місця актів управління нормативного характеру в системі джерел адміністративного права України, що сприятиме підвищенню рівня законності у сфері публічного управління [1, с. 1]. Адміністративне право є однією з основних галузей вітчизняного права, яке найбільше за всі інші галузі уособлює в собі публічне право України, і зміни, що відбуваються у цій науці, безпосередньо впливають на перетворення в публічно-управлінській сфері в цілому. Саме тому найбільше навантаження у процесі адміністративного реформування покладається на сучасне адміністративне право України [1, с. 1]. Слід зазначити, що норми звичаю посідали досить значне місце у регулюванні суспільних відносин царського уряду, все це було переважно пов'язано із сімейними та цивільними відносинами і стосувалося певних верств населення. Однак, правовий звичай використовувався і в регулюванні публічних відносин у випадках покарання за незначні вчинки, що не призводили до кримінальної відповідальності.

**Стан дослідження.** Безумовно важливими є загальнотеоретичні роботи зі звичаєвого права, в яких досліджується його сутність, причини виникнення, співвідношення звичаю та правового звичаю [7; 8]. Звичаєве право на різних етапах розвитку української держави вивчали такі вчені, як Гецевич В., Грозовський І. М., Кушинська Л.А., Хачатуров Р.Л., Чубинский П.П. [7] та інші. Заслуговує на увагу робота за

загальною редакцією Усенка І.Б., присвячена такому джерелу українського права як правовий звичай [9]. У науковій літературі знайшли своє висвітлення й звичаї, що застосовувалися в окремих галузях права. В сучасному українському праві досліджено правовий звичай у такій галузі, як конституційне право України, визначені етапи становлення та розвитку конституційно-правового звичаю в Україні, проведено класифікацію цих звичаїв, визначено їх функції. Також у вітчизняній науці досліджено звичаї міжнародної торгівлі та їх місце в системі джерел сучасного міжнародного приватного права. З'являються й роботи, в яких пропонується визнати звичай джерелом адміністративного права [1; 2, с. 52].

**Виклад основного матеріалу.** Звичай як джерело права визнавався споконвіку. Але його роль у регулюванні правових відносин змінювалася на різних етапах державного розвитку. Найважливішу роль звичай відігравав у Давньоруській державі, та, звичайно, в Запорозькій Січі, де панувало, виключно, звичаєве право. Пізніше закон зайняв панівну позицію серед джерел права і не поступається нею до сих пір. Але звичай залишається бути джерелом права і в сучасній правовій системі [2, с. 52].

Фактично з другої половини ХХ ст. радянська правова доктрина стала на позицію цілковитого заперечення значення правового звичаю як джерела чинного національного права, допускаючи його використання лише у міжнародному праві. Не захоувалися й історико-правові дослідження відповідної тематики, хоча в силу своєї загальної значимості ця проблема поставала мало не в кожному серйозному дослідженні з історії українського права [3, с. 11].

Увага до нього серед дослідників активізувалась сьогодні. Причиною цьому є те, що, по-перше, звичай як найдавніше джерело права вплинув на розвиток українського права і багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. А по-друге, деякі регіони України заселені представниками багатьох національностей, які зберігають свою культуру, звичаї, традиції. І даний факт потрібно враховувати для того, щоб зберегти їхню самобутність та забезпечити мир і злагоду в багатонаціональній державі [2, с. 52].

З утвердженням юридичного позитивізму в юриспруденції панівною стає думка, згідно з якою звичаєве право — це звичаї додержавного часу, санкціоновані політичною владою. Основний постулат марксистської доктрини — класовий підхід — робив недоцільним саму постановку питання про первинність права. В.П. Алексєєв і О.І. Першиц вважали неправомірним використання поняття звичаєвого права стосовно первісного суспільства.

Тієї ж позиції дотримувалися Н.М. Коркунов, Г.Ф. Шершеневич та інші вчені. Г.Ф. Шершеневич писав, що звичай набував правового характеру тільки внаслідок надання йому захисту з боку держави [4, с. 73]. Іншими словами, основа обов'язкової сили правових звичаїв полягає в авторитеті державної влади [3, с. 11].

Професор А.Б. Венгеров у працях останніх років відзначає, що звичаї переростають у звичаєве право тільки тоді, коли їх починає захищати держава, тобто державні органи влади, у першу чергу суди [5, с. 391]. Цікавий погляд О.Е. Лейста [6], який вважав, що під звичаєвим правом можна розуміти самостійний історичний тип поряд такими типами права, як станове право, формальне право, соціальне право.

При визначенні місця актів управління серед джерел адміністративного права, встановлено, що правовий звичай має переважно допоміжний характер у регулюванні публічно-управлінських відносин, що він не може мати однакову юридичну силу з

законом. При співвідношенні акта управління з правовим звичаєм необхідно мати на увазі, що юридична сила звичаю буде залежати від органу влади, який його санкціонує, та від юридичної сили відповідного акта управління.

В сучасному українському законодавстві звичаю відведена певна роль у регулюванні суспільних відносин. Звичай визнається регулятором у цивільних, сімейних, адміністративних, господарських правовідносинах. Так, стаття 7 Цивільного кодексу України визначає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема, звичаєм ділового обороту. В цій же статті надається визначення звичаю, під яким розуміється правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується [2, с. 54; 10].

Крім того, в статті 7 Цивільного кодексу України вказується на те, що звичай може бути зафіксований у відповідному документі [10]. Таким документом може бути, наприклад, постанова Пленуму Верховного Суду України або постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду, Кодекс торговельного мореплавства України. Проте, фіксація звичаю в актах законодавства або в будь-якому документі не є правилом. У більшості випадків звичаї не фіксуються, а носять характер, так званих, правових аксіом [2, с. 54].

Таким чином, можливо зробити наступні висновки. По-перше, держава визнає звичай джерелом права. По-друге, звичай — це усталене, стійке правило поведінки, що склалося в результаті багаторазового застосування у певній сфері суспільних відносин, але яке не встановлено законодавством.

По-третє, законодавство України в залежності від характеру звичаю розрізняє наступні його види: місцеві звичаї, звичаї національної меншини, звичаї ділового обороту, міжнародні торгові звичаї, звичаї торговельного мореплавства, банківські звичаї, звичаї війни. За територією дії всі звичаї можна класифікувати на внутрішньодержавні й міжнародні. За способом фіксації розрізняють звичаї, що зафіксовані у відповідних документах та звичаї, що не зафіксовані у відповідних документах.

По-четверте, з аналізу законодавства можливо визначити наступні ознаки звичаю як джерела права: 1) звичай є загальновизнаним правилом поведінки, що склалося внаслідок неодноразового і тривалого однакового застосування; 2) фіксація звичаю в документах не є обов'язковою [2, с.55].

По-п'яте, обов'язковою умовою застосування будь-якого звичаю є його несуперечливість законодавству, договору або моральним засадам суспільства. Ще однією умовою застосування звичаю, що визначає господарське процесуальне законодавство, є відсутність законодавства, що регулює ті чи інші відносини. В той же час, цивільне й сімейне законодавство не вказує на можливість застосування звичаю лише у випадку нерегульованості питання в чинному законодавстві.

Отже, звичай може застосовуватися й у відносинах, які врегульовані законодавством, головне, щоб звичай не суперечив законодавству або договору. Інша річ, що при наявності норми права, яка врегульовує суспільні відносини, і звичаю, судовий орган, у першу чергу, буде керуватися нормою права та застосує саме її. Тому, звичай має більше шансів бути застосованим саме тоді, коли суспільні відносини не врегульовані законодавством або договором. І останнє, за юридичною силою звичай стоїть після актів законодавства та договору [2, с. 52].

**Висновок.** З урахуванням існуючої нормативної бази та юридичної практики робиться висновок, що правовий звичай може бути джерелом адміністративного права,

якщо його буде санкціоновано державою у двох допустимих формах: а) санкціонування за допомогою закону, через вказівку на можливе існування певного звичаю; б) дуалістичне санкціонування законодавцем та судом. У той же час звичай, санкціонований державою через прийняття нового нормативного акта, що закріплює норми звичаю, може вважатися правовим звичаєм лише за походженням, а з юридично-формальної позиції — це нормативно-правовий акт із властивими тільки йому рисами та особливостями. Таким чином, правовий звичай як джерело адміністративного права може бути використаний лише у виключних, поодиноких випадках, у порядку та у спосіб, передбачені законодавством України [1, с. 10].

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Мойсак С.М. Акти управління в системі джерел адміністративного права України: автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук / спеціальність 12.00.07 — теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / С.М. Мойсак. — Одеса, 2011. — 21 с.
2. Стрельникова І.Ю., Погорелов Є.В. Місце звичаю в сучасному праві України / І.Ю. Стрельников, Є.В. Погорелов // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. - Серия «Юридические науки». Том 23 (62). - № 2. 2010 г. - С. 52-56.
3. Толкачова Н.Є. Методологічні засади визначення поняття звичаєвого права / Н.Є. Толкачова // Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць. Вип. 427. - 2007. — С. 11 — 17.
4. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. — М., 1912.
5. Венгеров А.Б. Теория государства и права. — М., 1998.
6. Лейст О.Э. Сущность и исторические типы права // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. — 1992. — № 1.
7. Жовтобрюх М. М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: автореф. дис. на соиск. учен. степени канд. юрид. наук / спец. 12.00.12 «Філософія права» / М. М. Жовтобрюх. — К., 2002. — 19 с.
8. Толкачова Н. Є. Звичаєве право: Навчальний посібник. — 2-е вид., перероб. і доп. / Н. Є. Толкачова. — К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. — 367 с.
9. Правовий звичай як джерело українського права IX — XIX ст. / [За ред. І. Б. Усенка]. — К. : Наук. думка, 2006. — 279 с.
10. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / [За заг. ред. Є. О. Харитонов, О. І. Харитонов, Н. Ю. Голубєвої]. — К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. — 856 с.