



УДК 347.6

К ВОПРОСУ ОБ ОБЫЧАЕ КАК ИСТОЧНИКЕ СЕМЕЙНОГО ПРАВА

Владимир ВАТРАС,

кандидат юридических наук, доцент, профессор
Хмельницкого университета управления и права имени Леонида Юзькова

АННОТАЦИЯ

В статье проанализированы взгляды украинских и зарубежных ученых-правоведов на определение места обычая в системе источников семейного права. Автором выделены доктринальные подходы к определению понятия правового обычая в семейном праве и рассмотрены особенности использования правового обычая в судебной практике при рассмотрении семейных споров. Автор приходит к выводу, что роль обычая в правовом регулировании семейных правоотношений в Украине схожа с местом судебной практики и правовой доктрины, поскольку последние также в определенной степени могут быть учтены судами при решении семейных споров, хотя об этом прямо в законодательстве не говорится, при этом приоритет в применении имеют правовые предписания, содержащиеся в актах законодательства. С другой стороны, правовой обычай применяется не только судами и другими правоприменительными органами, но и физическими лицами – носителями соответствующих обычаев, что приближает правовой обычай к религиозным и другим социальным нормам, при этом такое соблюдение обычных норм обеспечивается прежде всего мерами социального воздействия. В судебной практике сложилась ситуация признания в качестве обычаев в понимании ст. 11 СК Украины не только обычаев национальных меньшинств и местных обычаев, но и обычаев религиозных сообществ, что приводит к необходимости расширения диспозиции ст. 11 СК Украины этим видом правовых обычаев.

Ключевые слова: источник права, источник семейного права, обычай, правовой обычай, норма обычного права.

TO THE QUESTION OF CUSTOM AS A SOURCE OF FAMILY LAW

Vladimir VATRAS,

Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Professor at the Department of Civil Law and Procedure
of Leonid Yuzkov Khmelnytsky University of Management and Law

SUMMARY

The scientific article author analyzes the views of Ukrainian and foreign legal scholars regarding the determination of the place of custom in the system of sources of family law. The author singled out doctrinal approaches to the definition of the concept of legal custom in family law and examined the features of the use of legal custom in judicial practice when considering family disputes. As a result, the author concludes that the role of custom in the legal regulation of family relations in Ukraine is similar to the place of judicial practice and legal doctrine, since the latter can also be taken into account by the courts to resolve family disputes, although this is not explicitly stated in the legislation, while the priority in application are the legal provisions contained in legislative acts. On the other hand, the legal practice is applied not only by courts and other law enforcement bodies, but also by individuals who are carriers of the corresponding customs, bringing the legal custom closer to religious and other social norms, while such observance of the usual norms is ensured primarily by measures of social influence. In judicial practice, the situation has developed in terms of recognition as customs in the understanding of Art. 11 of the Criminal Code of Ukraine not only the customs of national minorities and local customs, but also the customs of religious communities, which leads to the need to expand the disposition of Art. 11 IC of Ukraine also with this type of legal customs.

Key words: source of law, source of family law, custom, legal custom, customary rule.

Постановка проблемы. Украинскому народу удалось обойти рабовладельческий период, и на смену первобытнообщинному строю на этнические украинские земли пришел феодальный строй с определенной спецификой. На начальном этапе украинского государства отсутствовали такие категории, как право и источники права. Это объясняется отсутствием четкой дифференциации системы права на частное и публичное, то есть смешиванием публичных и частных начал правового регулирования, а также доминированием обычаев в регулировании семейных отношений [1, с. 38]. Правовой обычай был понятен и приемлем для каждого члена общества, безусловно, он

эффективно регулировал общественные отношения в различных сферах. Государству в такой ситуации наиболее целесообразно и логично было санкционировать правовой обычай и предоставить ему юридическую силу или занять пассивную позицию по регулированию нормами правового обычая общественных отношений.

Актуальность темы исследования. Как в раннефеодальный период, так и во времена Киевской Руси семейные отношения имели патриархальный характер, который утвердился благодаря монополизации мужем как главы семьи частной собственности и регулировался прежде всего нормами обычного права, а в дальнейшем – цер-

ковными уставами и рядом актов княжеского законодательства [2, с. 172]. Как правильно говорит О.А. Балко, особенностью норм института брака (и связанных с ним институтов правового статуса супругов, родителей и детей, содержания личных неимущественных и имущественных отношений членов семьи) в источниках древнего украинского права было то, что они регулировали имущественные отношения между супругами. Моральная же сторона отношений между супругами регулировалась обычаями, а потом еще и нормами канонического права, которые наделяли брак сакральным значением [3, с. 161]. В дальнейшем роль обычаев продолжала оставаться значительной



и в украинском гетманском государстве, и в период вхождения украинских земель в состав Великого княжества Литовского и Речи Посполитой (несмотря на принятие Литовских статутков), Российской и Австро-Венгерской империй до осуществления в начале XIX в. кодификации норм гражданского и семейного права в этих империях. О большом значении правового обычая в регулировании семейных отношений говорит и тот факт, что основные проекты кодификации норм гражданского и семейного права украинцев в течение XVIII – XIX вв., такие как «Права, по которым судится малороссийский народ», «Собрание малороссийских прав», «Свод местных законов Западных губерний», «Проект особых постановлений для Полтавской и Черниговской губерний», базировались на нормах обычного права, а отдельные обычные нормы были включены даже в положения статей Свода законов, касающихся Черниговской и Полтавской губерний. В то же время именно вступление в силу Австрийского гражданского уложения и Свода законов Российской империи сделало правовой обычай второстепенным источником права, который применялся только в случае пробелов в законодательстве или в случае, если об этом прямо было сказано. Распространение на территории Украины норм советского права вообще устранило обычай из перечня источников семейного права Украины до принятия действующего Семейного кодекса (далее – СК) Украины, называющего правовой обычай среди источников семейного права.

Состояние исследования. Вышеизложенное обусловило проведение большого количества научных исследований по изучению правовой природы обычая в праве Украины, в том числе в семейном праве. В настоящее время проблематика определения источников права в рамках теории права или доктрины отдельных отраслей права представлена научными трудами многих ученых-правоведов. В частности, можно назвать таких ученых, как И.В. Борщевский, А.В. Головкин, М.В. Гримич, Е.П. Ивановская, Л.А. Шапенко, О.А. Щицак-Качак. В определенной степени этой проблематике касались в своих научных исследованиях В.И. Борисова, С.Б. Булеца, Л.Е. Гузь, А.В. Гузь, И.В. Жилинко-

ва, Л.В. Красицкая, С.В. Ромовская и другие ученые. Однако до сих пор отсутствует комплексное исследование правовой природы обычая как источника семейного права Украины не в историческом контексте, а в соответствии с современной практикой. В связи с этим возникает необходимость более глубокого и полного научного исследования данного вопроса.

Целью и задачей статьи является исследование места правового обычая в системе источников семейного права Украины, а также конкретных примеров применения правового обычая при решении судом семейных споров.

Изложение основного материала. Определение правового обычая можем найти в юридической доктрине, в том числе семейно-правовой.

В частности, в юридической литературе правовой обычай традиционно трактуется как общие правила поведения, действующие в рамках определенного сообщества относительно всех его членов, которые объединены содержанием этих правил, таких, которые осознаются как правомерные и обязательные, соответствуют принципам естественного права и непосредственно основываются на них, выступают результатом длительной, одинаковой и постоянной практики разрешения правовых ситуаций, возникающих на основе типовых отношений в практической жизни людей, обеспечиваются социальной санкцией, а также могут получить защиту со стороны государственных органов власти и суда [4, с. 202]; как правовая норма, установившаяся без вмешательства публичной власти в результате длительного и регулярного использования тех же правил к однородным случаям жизни [5, с. 32; 6, с. 48]; как форма регулирования поведения, правила поведения, которые сложились в результате их практического применения в течение длительного времени среди людей и олицетворяли итог исторического опыта и зародыши будущего [7, с. 42]; как санкционированные государством правила поведения, которые ранее сложились в результате длительного повторения людьми определенных действий, благодаря чему закрепились как устойчивая норма [8, с. 4].

Итак, обычай – это, с одной стороны, правило поведения, которое приме-

няется в течение длительного времени и в связи с этим получило определенное социальное признание (определенной социальной группы, населения определенной местности, этнической или религиозной группы или большинства общества), а с другой стороны, правовая норма, если государство признает и применяет наряду с другими источниками права соответствующий обычай. Только в случае санкционирования обычая государством он становится правовым, только правовой обычай может быть источником права, поскольку он получает свойства общеобязательности (для субъектов, которые придерживаются обычая как члены определенной социальной группы, или лиц, проживающих на определенной территории), нормативности (расчитан на многократное применение), публичности (несмотря на негосударственную природу обычая, правовой обычай должен быть санкционирован государством и применен соответствующим государственным органом), правотворческой значимости (как отмечало множество исследователей, в частности А.В. Головкин [9, с. 159], Т.В. Курило [7, с. 42], И.В. Жилинкова [10, с. 51], обычай становится правовым только после его санкционирования государством), всеобщности (если говорить об обычаях, которые имеют общественное значение), формальной определенности (обычная норма содержит конкретное правило поведения, которое обуславливает регулятивную значимость обычая аналогично правовой норме), особой юридической формы закрепления (в форме неписаных норм или норм, закрепленных в определенных неофициальных или доктринальных сборниках), легальности и легитимности (должны быть признаны как государством, так и адресатами обычных норм), системности (как и правовые нормы, обычаи существуют в виде совокупности взаимосвязанных правил) и официальности (хотя издателем обычных норм является общество, а не государство, последнее, санкционируя правовые обычаи, придает им соответствующую правовую форму).

Если говорить о границах применения обычая как источника семейного права, то следует обратиться к содержанию ст. 11 СК Украины. В ней указано, что при решении семейного спора



суд по заявлению заинтересованной стороны может учесть местный обычай, а также обычай национального меньшинства, к которому принадлежит сторона или одна из них, если они не противоречат требованиям этого Кодекса, других законов и моральным основам общества. Таким образом, обычай может быть применен судом при наличии следующих условий:

1) он не противоречит требованиям актов семейного законодательства и моральным основам общества;

2) он относится к определенной территории (местный обычай) или определенному национальному меньшинству (обычай национального меньшинства);

3) он может быть применен к конкретным правоотношениям, являющимся предметом иска.

Если обратиться к научному исследованию О.А. Щицак-Качак и проанализировать вышеуказанную норму, то можно увидеть, что обычай применяется при осуществлении правосудия в порядке искового производства (при решении семейного спора). С учетом норм СК Украины государственное санкционирование получили два вида обычаев, а именно местный обычай и обычай национального меньшинства. Обычай не должен противоречить требованиям СК Украины, других законов и моральным основам общества [11, с. 111].

В то же время, как показывает анализ других статей СК Украины, правовой обычай может быть применен не только судом, но и органами государственной регистрации актов гражданского состояния. В частности, согласно ст. 35 СК Украины, невеста или жених имеет право присоединить к своей фамилии фамилию жениха или невесты соответственно. Если они оба желают иметь двойную фамилию, с их согласия определяется фамилия, с которой она будет начинаться. Составление более двух фамилий не допускается, если иное не вытекает из обычая национального меньшинства, к которому принадлежат невеста и (или) жених. В ст. 146 СК Украины указано, что ребенку может быть дано не более двух имен, если иное не вытекает из обычая национального меньшинства, к которому принадлежат мать и (или) отец. Учет судом обычая при выборе име-

ни, фамилии чаще всего встречается в судебной практике [12; 13].

В то же время, как указано в решении Вольногородского городского суда Днепропетровской области от 9 декабря 2013 года по делу № 174/828/13-ц, в соответствии с украинской национальной традицией (обычаем) фамилия ребенка при условии, что его родители не имеют общей фамилии, определяется по фамилии именно отца [14]. В Решении Снежнянского городского суда Донецкой области от 31 июля 2012 года по делу № 0545/8052/2012 указано, что по национальным обычаям истца – гражданина Сирийской Арабской Республики первый мальчик, рожденный в браке, обязан носить имя его отца [15]. В решении Московского районного суда города Харькова от 30 ноября 2018 года по делу № 643/15242/18 отмечается, что граждане, в национальной традиции которых не принято фиксировать отчество, имеют право записывать в паспорте только имя и фамилию, а в свидетельстве о рождении – имя отца и матери (в этом аспекте суд ссылается еще на нормы ст. 12 Закона Украины «О национальных меньшинствах», который допускает это) [16]. В решении Дрогобычского горрайонного суда Львовской области от 28 декабря 2015 года по делу № 442/6844/14-ц, кроме местных обычаев и обычаев национальных меньшинств, упоминается христианский обычай, то есть крещение ребенка (свидетельство о крещении ребенка признано судом доказательством отцовства ребенка) [17]. В решении Святошинского районного суда города Киева от 6 июня 2014 года по делу № 759/18383/13-ц суд говорит об обычаях в обществе, согласно которым родители должны содержать и воспитывать детей [18]. Сокальский районный суд Львовской области в решении от 10 марта 2011 года по делу № 2-257/11 отмечает, что согласно установленному в Украине обычаю во время празднования свадьбы подарки передаются двум из супругов, а не одному, следовательно, исковое требование о признании за истцом права личной собственности на телевизор «Электрон» не подлежит удовлетворению [19]. Как видим, суды активно применяют обычаи в случаях, если только нормами закона принять обоснованное решение невозможно,

при этом не только по вопросам, определенным ст. ст. 35, 146 СК Украины, но и по вопросам помолвки, возможности отсутствия указания отчества, признания отцовства и т. п. В то же время не могут применяться обычаи, которые противоречат положениям СК Украины, в частности, обычаи полигамии, «умыкания» невесты, выкупа невесты. О таких обычаях писала С.В. Ромовская, которая отмечала, что есть обычаи, которые утверждают закон (обычаи, о признании которых прямо говорит СК Украины, в том числе по вопросам, определенным ст. ст. 35, 146 СК Украины), противоречат закону (о них уже говорилось выше), действуют наравне с законом, не пересекаясь с ним (не предусмотренные законом, но фактически применяемые) [20, с. 30].

Выводы. Таким образом, правовой обычай принадлежит к традиционным источникам украинского семейного права, долгое время он был основным источником (наряду с правовыми и религиозными нормами), а на современном этапе может быть применен судами или другими правоприменительными органами, а также гражданами – членами соответствующей этнической или иной социальной группы, если он не противоречит актам семейного законодательства и моральным основам общества. При этом роль обычая в правовом регулировании семейных правоотношений в Украине схожа с местом судебной практики и правовой доктрины, поскольку последние также в определенной степени могут быть учтены судами при решении семейных споров, хотя об этом прямо в законодательстве не указывается, при этом приоритет в применении имеют правовые предписания, содержащиеся в актах законодательства. С другой стороны, правовой обычай применяется не только судами и другими правоприменительными органами, но и физическими лицами – носителями соответствующих обычаев, приближающих правовой обычай к религиозным и другим социальным нормам, при этом такое соблюдение обычных норм обеспечивается прежде всего мерами социального воздействия. В то же время правовой обычай, как и договор (в том числе, международный) и правовые позиции Верховного Суда, признан наравне



с актами законодательства регулятором семейных отношений на уровне СК Украины, что предопределяет широкое использование судами обычных норм для обоснования принимаемых решений. В то же время в судебной практике сложилась ситуация признания в качестве обычаев в понимании ст. 11 СК Украины не только обычаев национальных меньшинств и местных обычаев, но и обычаев религиозных сообществ, что приводит к необходимости расширения диспозиции ст. 11 СК Украины этим видом правовых обычаев.

Список использованной литературы:

1. Історія держави і права України. Ч. 1 / за ред. А.Й. Рогожина. Київ : Ін-Юре, 1996. 368 с.
2. Івановська О.П. Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект : навчальний посібник. Київ : ЕксОб, 2002. 264 с.
3. Балко О.О. Інститут шлюбу за римським правом та його рецепція у континентальному типі правової системи : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Львів, 2015. 185 с.
4. Озель В.В. Звичай у системі права України. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 6. С. 201–205.
5. Сімейне право України : підручник / за ред. А.О. Дутко. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2018. 480 с.
6. Баранова Л.М., Борисова В.І., Жилінкова І.В. та ін. Сімейне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 288 с.
7. Сімейне право України : навчальний посібник / колектив авторів ; за ред. Т.В. Курило. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2014. 316 с.
8. Борщевський І.В. Правовий звичай як джерело сучасного права в Україні. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2016. Вип. 5 (16). С. 3–6.
9. Головкін О.В. Звичай як джерело сімейного права України: історія та сучасність. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 1. С. 159–163.
10. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. І.В. Жилінкової. Харків : Ксилон, 2008. 855 с.
11. Щишак-Качак О.О. Правові аспекти застосування звичаю під час регулювання сімейних відносин. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 1. С. 110–112.
12. Рішення Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 17 липня 2017 року у справі № 442/4246/17 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67784726.2P>.
13. Рішення Вінницького міського суду Вінницької області від 6 березня 2019 року у справі № 127/23994/18 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80515790.2P>.
14. Рішення Вільногірського міського суду Дніпропетровської області від 9 грудня 2013 року у справі № 174/828/13-ц / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36100495>.
15. Рішення Сніжнянського міського суду Донецької області від 31 липня 2012 року у справі № 0545/8052/2012 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25451347>.
16. Рішення Московського районного суду міста Харкова від 30 листопада 2018 року у справі № 643/15242/18 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78869245>.
17. Рішення Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 28 грудня 2015 року у справі № 442/6844/14-ц / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54909302>.
18. Рішення Святошинського районного суду міста Києва від 6 червня 2014 року у справі № 759/18383/13-ц / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39487272>.
19. Рішення Сокальського районного суду Львівської області від 10 березня 2011 року у справі № 2-257/11 / Єдиний державний реєстр

судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14189442>.

20. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар. Київ : Правова єдність ; Алерта ; КНТ ; Центр учбової літератури, 2009. 432 с.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Ватрас Владимир Антонович – кандидат юридических наук, доцент, профессор Хмельницкого университета управления и права имени Леонида Юзькова

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vatras Vladimir Antonovich – Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Professor at the Department of Civil Law and Procedure of Leonid Yuzkov Khmelnytsky University of Management and Law

vatras@ukr.net