

**ЩОДО МІСЦЯ ЗВИЧАЮ
В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ**

Проблеми виникнення, формування й розвитку звичаїв мають багатоплановий характер, оскільки вони є елементами національної культури, відбивають її особливості. Їх безпосереднє вивчення, співвідношення з іншими джерелами трудового права є надзвичайно важливим для розуміння історичного процесу народження цієї галузі права.

Існування звичаїв в Україні було і є проблемою не тільки тому, що особи, які реально створюють юридичну практику, мало їх знають і рідко застосовують. Інша, більш важлива причина полягає в тому, що вітчизняні суб'єкти права звикли завжди шукати писану його норму, не вірячи, що посилання на звичай дасть достатнє формальне обґрунтування для регулювання відносин.

Поява звичаєвого права з історичної точки зору пояснюється певними соціально-економічними й культурними передумовами, у зв'язку з чим у правовій доктрині виробилися різні концепції походження звичаєвих норм. “Є два закони – приватний і загальний. Приватним я називаю писаний закон, згідно з яким люди живуть у суспільстві, загальним – той закон, що визнається всіма людьми, хоча він не є писаним”, – наголошував Аристотель [8, с. 98, 99]. Цілком очевидно, що під загальним законом мислитель розуміє звичай.

Незважаючи на тривалість існування, це право стало систематично вивчатися тільки з початку XIX ст.; тоді правовий звичай часто замінявся терміном “звичаєве право”, що вважався йому синонімом. Д.І. Мейер прямо вказував, що юридичний звичай, як джерело права, зветься також “звичаєвим правом”. Звичаєм він іменував постійне й одностаїне дотримання якого-небудь правила протягом тривалого часу. Звичаєве право визначалося ним як юридичне положення, що розкривається в кількаразовому й одноманітному застосуванні [4, с. 54]. Г.Ф. Шершеневич під ним розумів юридичні норми, “що склалися під впливом побутових відносин, незалежно від верховної влади, і набули у свідомості суспільства обов'язкового значення”. Він наводив 2 погляди на походження цього джерела права. Перший полягав у тому, що воно виникає внаслідок усталеної звички: випадково вчинені дії становлять предмет наслідування, а на їх повторюваності ґрунтується переконання в їх необхідності; другий – що “вибір тих або інших дій не випадковий, а свідомий, заснований на переконанні в їх правильності. Наслідування й повторюваність ґрунтуються на згоді суспільства з цією точкою зору” [10, с. 37].

На думку Г.Ф. Шершеневича, у науці вирізняються 3 ознаки звичаєво-правової норми: а) звичай має бути заснований на усвідомленні його необхідності як правила поведінки, на переконанні, що слід вчиняти неодмінно так, а не інакше в інтересах спільного проживання; б) неодноразовість використання звичаю (причому кількість його повторень визначити точно неможливо), “більша одноманітність у

застосуванні правила знижує вимогу багаторазовості, і, навпаки, чим з більшими видозмінами воно повторюється, тим більше випадків потрібно, щоб переконатися у справжньому змісті звичаю й у відповідності його суспільній свідомості”; в) зміст звичаєвого правила не повинен суперечити моралі. Науковець стверджував, що сила звичаєвого права визначається його значенням як джерела позитивного права. У царині свого обороту воно має таку ж силу, як і закон: “повальний звичай – що царський указ”. Дія звичаєвого права розпочинається там, де мовчить закон. При спільному існуванні їх положення нерівне: “звичаєве право має поступитися місцем закону”, бо воно не може суперечити останньому. З погляду правознавця, звичай не в змозі його скасувати, а тільки послаблює застосовність того закону, який суперечить вселюдному переконанню [10, с. 38].

Д.І. Мейєр виокремлював загальні, місцеві й судові звичаї. Щодо їх ознак, він доводив, що (1) звичай має містити в собі юридичний погляд, тому що ніякий інший не може породити права; (2) юридичному погляду належить неодноразово виявлятися в дійсності, а значить, бути дотримуваним протягом тривалого часу; (3) юридичний погляд має постійно виявлятися одноманітно; 4) звичай не повинен суперечити моралі, тому що суспільство не може визнати прав, несумісних з її нормами (юридичному погляду належить бути проявом морального закону стосовно суспільства). При цьому правознавець указував, що ні число повторень, ні тривалість часу, необхідні для проникнення юридичного погляду як права у свідомість народу, неможливо точно визначити, однак чим рідше зустрічаються випадки застосування якого-небудь юридичного погляду, тим більший проміжок часу потрібен для визнання за ним значення звичаєвого права. Крім того, він вважав, що брак одноманітності перешкоджає становленню звичаєво-правової норми, зауважуючи, що не кожне відхилення від юридичного погляду заважає йому перейти в ранг звичаєвого права. Навпаки, якщо відхилення є винятком, то це, вочевидь, свідчить про існування останнього. Правник категорично заперечував проти визнання суспільної волі підставою дії звичаєвого права. Не погоджувався він і з тим, що розумність звичаю породжує його обов’язковість, і заперечував навіть те, що “обов’язкова сила звичаєвого права ґрунтується на явно вираженій або безмовній згоді законодавства”. Питання про підстави дії звичаєвого права, з його погляду, взагалі не має змісту, тому що “сила юридичного звичаю полягає в його існуванні: у звичаєвому праві висловлюється юридичний погляд, якому властиво мати застосування в житті” [4, с. 55, 56].

Юридична наука тієї доба дотримувалася точки зору, що внаслідок того, що суду належить знати позитивне право своєї країни, а звичаєве є джерелом останнього, він зобов’язаний оперувати звичаєвим правом, не очікуючи при цьому посилання сторін. Правило протилежного змісту було встановлено законом для мирових судів і земських начальників. Обов’язковість використання звичаєвого права належала до того права, що стало відомо суду з попередніх справ або в інший спосіб. Якщо ж воно суду не було відоме, то за посиланням сторін він зобов’язаний вжити всіх необхідних заходів, які є в його розпорядженні для ознайомлення зі звичаєвим правом (зокрема, викликати осіб, здатних дати необхідні показання з цього питання). У Г.Ф. Шершеневича можна прочитати: “Застосування звичаєвого права, відомого суду, повинне мати місце... навіть проти волі сторін, байдуже – знають вони про його існування чи ні” [10, с. 40].

Д.І. Мейер вважає, що це право, впливаючи на дійсність, виявляється, по-перше, у визначенні юридичних відносин, не врегульованих законодавством, коли звичай заповнює його прогалини, по-друге, у тлумаченні закону (звичай або роз'яснює зміст останнього, або обмежує чи розширює його зміст), по-третє, у скасуванні закону, коли звичай, діючи непомітно, неявно, поволі виводить закон із вжитку [4, с. 55, 56]. На нашу думку, ці твердження, будучи скоригованими з урахуванням реалій, звучать досить актуально й сьогодні.

Радянська правова доктрина ставилася до правового звичаю негативно. У СРСР заперечувалася або ж істотно припинялася роль цієї “недержавної” форми вираження юридичних приписів. Такий підхід було зумовлено консерватизмом звичаїв, тим, що вони належать минулому і можуть завдати шкоди справі соціалістичного будівництва і зміцненню соціалістичної законності. Також стверджувалося, що становлення й закріплення звичаєвого права вимагає значного часу, а нове суспільство прагне принципово і якісно відрізнитися від усього, що існувало раніше.

Звичай – продукт колективної творчості. Для його створення недостатньо одичного акту, подібного виданню закону чи прийняттю судового рішення. Він потребує постійного, неодноразового повторення, причому суб'єктом останнього не може бути одна особа, інакше має місце не соціальна норма, а індивідуальна звичка. Щоб втратити свою індивідуальну природу, звичка повинна бути сприйнята і повторена іншими, групою осіб, достатньо великою, щоб стати універсальною, загальною нормою. Зміст звичаєвого права не може “писатися” діями однієї особи. Нічого не зміниться навіть у тому випадку, якщо нам відомо, хто й коли вперше використав певну модель поведінки, що потім стала звичною, стандартною. Сприймавши новий для себе взорець дій, решта суб'єктів тим самим бере участь не тільки в підтримці, а й у відтворенні звичаю, а значить, стає його співавторами, збагачуючи його своєю участю.

Таким чином, звичай, народжуючись і підтримуючись колективно, не знає конкретного автора, у той час як закон розробляється не якою-небудь соціальною групою в цілому, а конкретним владним органом. “Ця відмінність породжує дуже важливу обставину, що стосується ступеня сприйняття норми права індивідами. Якщо звичай відносно точно виражає волю групи в цілому, то закон, як правило, представляє волю його авторів” [7, с.45].

Самі по собі взяті окремо дії суб'єктів права не можуть служити знаком появи нового стандарту поведінки. Необхідно, щоб вони складали систему одноманітних повторюваних дій. Виразенням звичаю тут є не стільки сама дія, скільки її повтор. На цьому будується один з найстаріших і найпоширеніших поглядів на природу звичаєвого права – це так звана механічна теорія, суть якої полягає в тому, що головною ознакою звичаєвого правила є його повторюваність за часом або колом осіб. Г.Ф. Шершеневич, переконуючи, що тільки неодноразове застосування правила становить суть звичаєвого права, писав: “Факт повторюваності настільки простий і очевидний, що посвідчення його є завжди на практиці єдиною умовою наявності звичаєвого права” [9, с. 188].

Положення звичаю в правовій системі України протягом тривалого часу виступало “спадщиною” радянського юридичного режиму. І тільки в останні декілька років спостерігаються певні позитивні зрушення. Зокрема, відповідно до ст. 7 Цивільного кодексу України цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм,

зокрема, ділового обороту. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується. Також Кодекс містить дефініцію звичаю, відповідно до якої ним є правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин.

У вертикальній структурі джерел права звичай посідає своє чільне місце. Оскільки треба визнати, що в сучасному праві основним джерелом є нормативний акт, особливо наукового і практичного інтересу набуває проблема їх співвідношення. З догматичної точки зору вона полягає у відповіді на запитання, чи є ці джерела права рівносильними, а чи ні. У сучасній юридичній науці звичаї класифікуються залежно саме від такого співвідношення.

По-перше, вирізняються звичаї, що виступають доповненням до закону. Вони найбільш поширені, а їх значення зумовлено тим, що вони сприяють створенню оптимальних умов для тлумачення й застосування нормативних актів. Ще в Стародавньому Римі в інтерпретації законів віддавали перевагу звичаю. Наприклад, римський юрист Павло стверджував: “Якщо йдеться про тлумачення законів, то передусім слід з’ясувати, яким правом користувалася держава раніше в таких випадках: адже звичай є кращим трактуванням закону” [3, с. 115].

По-друге, своє місце посідають звичаї, які діють, так би мовити, “окрім закону”. Сфера їх застосування “дуже обмежена прогресом кодифікації й визнаною першістю закону в демократичних режимах сучасного політичного суспільства” [2, с. 95].

По-третє існують звичаї, які за своєю природою і змістом є супротивними закону. Це нечасте й унікальне явище в сучасному праві, що часто обмежується й навіть забороняється в деяких національних правових системах. Такі звичаї можуть діяти в країнах з поліюридичними або традиційними системами права, що містять інтерперсональні норми (мусульманське, іудейське право тощо), де надзвичайно сильно виявляється дія звичаїв місцевих, здатних скасувати чинність нормативного акта.

Нормативний акт, як джерело права, має певні переваги перед звичаєвим правом. Як зазначає Ю.С. Гамбаров, “не говорячи про порівняльну легкість формулювання, розпізнання й застосування закону, незрівнянно більшу забезпеченість охоронюваних ним прав і вищу техніку, ми вкажемо... на його соціальну перевагу, яка полягає в тому, що односторонні класові інтереси виступають у ньому рідше..., ніж у звичаєвому праві” [1, с. 220]. З урахуванням цього в наш час керівна роль у формуванні права належить нормативним актам. А звичай, що суперечить положенням нормативно-правових актів, взагалі не застосовується.

Звичай належить до нетрадиційних джерел права. Його роль у кожній з галузей права є різною. У трудовому праві України царина його застосування обмежена. Тут чітко виявляється наступна закономірність: чим досконаліше за всіма параметрами законодавство (у тому числі й з точки зору безпрогальності), тим менша роль і вужча сфера дії звичаю. Аналіз практики показує, що звичаї тісно взаємодіють з писаними трудовими нормами, хоча наявність перших не завжди помітна. Правові звичаї, що органічно вписалися у правову реальність, тісно пов’язані з процесом правозастосування. Найчастіше вони знаходяться між нормативно-правовими актами і приписами правозастосовчих актів. Звичай є тією частиною масиву трудо-

правових норм, що здатна до швидких змін і в той же час забезпечує стабільність правозастосовчої діяльності в період глобального реформування законодавства про працю. Як джерело трудового права, звичай – це правило поведінки, яке не встановлено нормативно-правовими актами про працю, але є ustalеним у царині трудових і пов'язаних з ними відносин.

Зі звичаями працівник зіштовхується вже з моменту оформлення своїх відносин з роботодавцем. Як приклад можна звернутися до ч. 2 ст. 24 КЗпП України, відповідно до якої при укладенні трудового договору громадянин зобов'язаний подати паспорт або інший документ, що посвідчує особу, трудову книжку, а у випадках, передбачених законодавством, також документ про освіту (спеціальність, кваліфікацію), стан здоров'я та ін. Ні ця, ні інші статті Кодексу не вказують на обов'язковість письмової заяви працівника про прийом на роботу, проте сторони трудового договору не обходяться без неї. Її подача була й лишається звичним правилом, якого дотримуються всі. Ця звичаєво-правова для трудового права України норма настільки міцно ввійшла у свідомість роботодавців і працівників, що вже нічого не можна змінити. Фактично відбулося реальне ототожнення понять “початок укладення трудового договору” і “подача письмової заяви про прийом на роботу”. Повсякденна свідомість зберігає віру в те, що оформитися на роботу – насамперед написати заяву, а вже потім буде текст трудового договору, наказ чи розпорядження роботодавця.

Чинний КЗпП України не передбачає самостійною підставою припинення трудового договору смерть працівника або роботодавця – фізичної особи. Це є причиною ускладнень і питань при оформленні припинення трудового договору. У цій ситуації має місце прогалина в законодавстві про працю. Законодавець, не вказуючи, як має діяти роботодавець у цьому випадку, свідомо або мимоволі, штовхає останнього на протиправну поведінку. Абсурдність ситуації очевидна: бездіяльність роботодавця у випадку смерті працівника – будь-які дії, що призводять до оформлення припинення трудового договору, не відповідають “букві” трудового законодавства. Вихід із цієї ситуації підказали саме життя й “дух” трудового права. За таких особливих умов дії по виданню наказу про припинення трудового договору і внесенню адекватних ситуації записів у трудову книжку виявилися фактично припустимими. Отже, слід констатувати існування трудоправового звичаю. За радянських часів він був підтверджений практикою Держкомпраці СРСР, а пізніше – п. 4.3 Інструкції про порядок ведення трудових книжок, згідно з якою у трудовій книжці померлого працівника в розділі “Відомості про роботу” записується: “Роботу припинено у зв'язку зі смертю”. Хоча посилання на відповідну статтю чи пункт закону, звісно, немає. Також не існує вказівки, про чію смерть йдеться – про смерть працівника чи роботодавця – фізичної особи. Значить, відповідний пункт Інструкції слід доповнити чіткою вказівкою на те, що в такому разі йдеться саме про смерть працівника.

Якого-небудь правила щодо смерті роботодавця – фізичної особи ця Інструкція не містить і дотепер. На практиці ж, як правило, вноситься запис: “Роботу припинено у зв'язку зі смертю роботодавця – фізичної особи”. Вважаємо, що ст. 36 КЗпП України слід доповнити пунктом 9, що містив би таку підставу припинення трудового договору, як смерть працівника або роботодавця – фізичної особи.

Значно більшу роль звичай відіграє як один з чинників (каналів) правотворення.

Доволі часто нормативні акти приймаються з урахуванням певних традицій і звичаїв. Норми права закріплюють і пропагують найбільш прогресивні з них, сприяють упровадженню останніх у громадсько-політичну, соціально-культурну і виробничу сфери суспільного життя.

Типовим прикладом звичаю є, зокрема, інститут присяги, відомий з глибокої старожитності. Спочатку він свідчив про вірність воїнів князю, графу, імператору, іншому монарху, про їх готовність боротися з ворогами, загарбниками. На процедуру принесення присяги й механізм забезпечення її дотримання першочерговий вплив мають національні й військові традиції. Присягу приносять судді, працівники органів внутрішніх справ, прокуратури та деякі інші категорії осіб. Утвердженню високих моральних і гуманістичних цінностей служить інститут присяги державних службовців. Згідно зі ст. 17 Закону України “Про державну службу” [5] громадяни України, які вперше зараховуються на державну службу, приймають присягу такого змісту: “Повністю усвідомлюючи свою високу відповідальність, урочисто присягаю, що буду вірно служити народові України, суворо дотримувати Конституції та законів України, сприяти втіленню їх у життя, зміцнювати їх авторитет, охороняти права, свободи і законні інтереси громадян, з гідністю нести високе звання державного службовця, сумлінно виконувати свої обов’язки”. Державний службовець підписує текст присяги, який зберігається за місцем роботи. Про прийняття присяги робиться відповідний запис у його трудовій книжці.

Церемонія присяги – свідчення особливого правового й соціального становища деяких посадовців, високого престижу професії, відповідальності присягаючих перед народом. Вона не дає яких-небудь привілеїв, а, навпаки, покладає на осіб, які проголошують присягу, додаткові, насамперед морально-політичні обов’язки і спрямована на підвищення їх почуття відповідальності. Унаслідок цього посилення її правової регламентації, форма і процедура присяги не тільки підвищує їх ефективність (у тому числі бажаний моральний і професійний результати), а й позитивно впливає на суспільну і психологічну атмосферу в трудових і військових колективах. Не випадково за останнє десятиліття в Україні царина застосування присяги помітно розширилася.

З урахуванням сформованих у суспільстві звичаїв і традицій норми права встановлюють державні і професійні свята, знаменні й пам’ятні дні. У ст. 73 КЗпП України визначені неробочі дні, що є державними святами, у тому числі й ті, що відзначаються за давньою християнською традицією: 1 січня – Новий рік, 7 січня – Різдво Христове, Великдень, Трійця. Ці дні постановою Верховної Ради УРСР “Про пропозиції щодо святкових і неробочих днів в Українській РСР” від 26 грудня 1990 р. [6] були визнані неробочими з метою задоволення потреб віруючих громадян. Сучасний період вітчизняної історії поповнився новими святами: 28 червня – День Конституції України, 24 серпня – День незалежності України.

Закріплений у нормативному акті звичай урочисто відзначати державне, народне, професійне або інше свято не втрачає свого початкового змісту, проте отримує державне схвалення й підтримку, підкріплені волею суспільства. Традиція увічнення пам’яті видатних людей (громадян України, а також іноземців), колективів, що прославили Батьківщину і сприяли її процвітанню, осіб, які загинули при її захисті, реалізується в різних формах, як-то зберігання й благоустрій поховань, скульптурні композиції, монументи, погруддя, меморіальні дошки, барельєфи, надгробки, дбай-

ливе ставлення до них тощо. Ці звичаї відіграють важливу роль у патріотичному вихованні соціально активного громадянина.

Наведені й деякі інші приклади підтверджують, що звичаї в трудовому праві України – це вже реальність і вони ефективно функціонують. В умовах наявності в ньому прогалин сформована звичаєво-правова норма є благом. Позитивний досвід, яким би незначним він нам не здавався, за повної відсутності негативного є серйозним аргументом на користь застосування звичаїв.

Усе вищевикладене дозволяє відмітити, що в трудовому праві звичай розвивається протягом певного часу. У перебігу цього процесу слід вирізняти 2 стадії – народження звичаю і виникнення у нього юридичної обов'язковості. Часовий проміжок, протягом якого формується трудовий звичай, може бути різним. Визнані державою і такі, які пропагуються серед населення, звичаї цементують суспільство, сприяють передачі громадських ідеалів новим поколінням, виступають засобом соціалізації особистості. У цілому ж відносини в цій царині розвиваються на засадах саморегулювання й не вимагають глибокого правового втручання.

Отже, звичай займає своє місце в системі джерел трудового права України. І хоча значення останнього порівняно з іншими джерелами цієї галузі лишається невеликим, ігнорувати його не можна. Зміцнення демократичної української державності неминуче створить нові політичні і правові звичаї, наповнить вагомим змістом існуючі й розширить сферу їх застосування.

Список літератури: 1. *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права. – Т. 1.: Общ. ч. – СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. – 796 с. 2. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 1998. – 400 с. 3. *Дигесты Юстиниана / Под ред. Л.Л. Кофанова:* В 6-ти т. – Т. 1. – М.: Статут, 2002. – 584 с. 4. *Мейер Д.И.* Русское гражданское право: В 2-х ч. – М.: Статут, 2000. – 831 с. 5. Про державну службу: Закон України від 16.12.1993 р., №3723-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490. 6. Про пропозиції щодо святкових і неробочих днів в Українській РСР: Пост. Верхов. Ради УРСР від 26.12.1990 р., №585-ХІІ // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1991. – № 3. – Ст. 7. 7. *Сандевуар П.* Введение в право: Монография. – М.: ИнтраТЭК-Р, 1994. – 216 с. 8. *Свечникова Л.Г.* Понятие обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридических и этнологических наук) // Гос-во и право. – 1998. – №9. – С. 98 – 102. 9. *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права: Введение. Общ. ч. Особ. ч. – М.: Автограф, 2001. – 719 с. 10. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. – М.: Спарк, 1908. – 556 с.

Надійшла до редакції 09.10.2007 р.