

**Чернега В. М.,***кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри підприємницького та корпоративного права  
Київського національного економічного університету  
імені Вадима Гетьмана*

## ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ, ФОРМИ САНКЦІОНУВАННЯ ЗВИЧАЇВ ТА ЇХНЄ ЗНАЧЕННЯ В МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

**Анотація.** Стаття присвячується окресленню поняття, ознак, санкціонуванню звичаїв державою, їхньому значенню в механізмі правового регулювання сімейних відносин в Україні. Формально-логічний метод наукового пізнання сприяє розробленню дефініції звичаю в сімейному праві. Системний та структурно-функціональний методи наукового пізнання використовуються для визначення ознак та форм санкціонування звичаїв у сфері відносин, які становляють значний науковий інтерес для автора. Розглядаються прагнення українських учених сучасності (Т.В. Боднар, В.А. Ваграс, С.М. Лепех) окреслити звичай у сімейному праві. Зважаючи на спорідненість сімейного та цивільного права, у роботі приділяється увага одному зі здобутків Цивільного кодексу України, а саме дефініції звичаю (частина 1 статті 7 згаданого законодавчого акта). Автор трактує звичай у сімейному праві як не встановлене актами сімейного законодавства, але усталене в певній сфері сімейних відносин правило поведінки (регулятор згаданих відносин), яке санкціоноване державою. Обґрунтовується, що звичай у сімейному праві має такі ознаки: по-перше, він не встановлений актами сімейного законодавства; по-друге, він являє собою правило поведінки; по-третє, його усталеність у певній сфері сімейних відносин; по-четверте, ступінь його формальної визначеності є значно нижчим за норми, що містяться в актах сімейного законодавства; по-п'яте, він має локальний характер (ідеться про місцевий звичай) або поширюється на національну меншину (ідеться про звичай національної меншини); по-шосте, він впливає на суб'єкта правозастосування здебільшого вагою власного авторитету. Демонструється, що регулювання сімейних відносин звичаєм пов'язане з необхідністю його санкціонування, яке існує в таких формах: по-перше, посилання у статті акта сімейного законодавства; по-друге, визнання його таким правозастосовною практикою. Перша форма санкціонування звичаїв використовується в Сімейному кодексі України, який визнає існування і відсилає до звичаю національної меншини та місцевого звичаю. Друга форма санкціонування звичаїв використовується в разі, коли суб'єкт, звертаючись до суду, обґрунтовує свої вимоги нормами звичаєвого права. Підтримується позиція про недоцільність застосування положень статті 7 Цивільного кодексу України до регулювання сімейних відносин звичаєм. Констатується, що правові звичаї є одним з елементів механізму правового регулювання сімейних відносин в Україні, значення якого визначається функціональним призначенням згаданих регуляторів сімейних відносин.

**Ключові слова:** правові звичаї, звичай національної меншини, місцевий звичай, моральні засади суспільства, механізм правового регулювання сімейних відносин, санкціонування звичаїв державою, сімейне право.

**Постановка проблеми.** Спірно було б заперечити думку знаних представників одеської наукової юридичної школи про те, що правова адаптація, що відбувається в умовах сучасних інтеграційних процесів, ставить на порядок денний низку проблем, пов'язаних із переглядом традиційних (національних) правових доктрин. Однією з них є перегляд засад регулювання сімейних відносин, які належать до найконсервативніших сфер людського буття. Водночас Є.О. Харитонов і О.І. Харитонова зауважують, що «не йдеться про те, що ця сфера взагалі не зазнає впливів сучасності. Однак зміни тут часом є болісними, потребують більших зусиль для подолання супротиву консервативної частини суспільства» [12, с. 235].

Як наголошує Н.М. Пархоменко, «звичаєві норми виникають унаслідок багаторазового застосування протягом тривалого часу, закріплюють людський досвід у свідомості і стають звичаєм, існуючи у вигляді соціальних норм» [8, с. 152]. Місце звичаю в системі джерел права, як відзначається у правовій доктрині, у різні часи не було однаковим [4, с. 90]. Проте нині, як констатує О.В. Головкін, як у цивільному, так і в сімейному праві звичай є сучасним джерелом права [3, с. 159]. До законодавчого обігу у сфері сімейних відносин термін «звичаї» та похідну від нього термінологію («звичай національної меншини», «місцевий звичай», які неодноразово згадуватимуться в цій науковій публікації) було запроваджено лише в Сімейному кодексі України (далі – СКУ). За колишнім сімейним законодавством України звичай не визнавався регулятором сімейних відносин.

Актуальність обраної проблематики, серед іншого, полягає в тому, що правовий звичай є надзвичайно важливим «чинником (джерелом українського права) у регулюванні суспільних відносин і формуванні права й правових норм на всіх історичних етапах розвитку суспільства і держави» [7, с. 7]. До того ж, на думку деяких юристів-дослідників, вони були «правилами поведінки, які найкраще й найоптимальніше регулювали дії людей у соціумі, а правові норми, які базувалися на них чи закріплювали ці звичаї законодавчо, – були найпридатнішими для суспільства» [7, с. 7]. Водночас варто пам'ятати, як наголошує Р.О. Стефанчук, що «такий феномен, як звичай народу, повинен віднаходити своє місце лише в разі їх загальнозживаності» [10, с. 142].

Деякі сімейно-правові аспекти звичаю висвітлені в наукових працях Т.В. Боднар, В.А. Ватраса, О.В. Головкина, І.В. Жилінкової, С.М. Лепех, З.В. Ромовської, Р.О. Стефанчука, Є.О. Харитонова, О.І. Харитонові, О.О. Шишак-Качак та інших.

Проте поставити крапку неможливо, оскільки вкрай необхідно комплексно розкрити поняття, ознаки, форми санкціонування звичаїв, їхнє значення в механізмі правового регулювання сімейних відносин, що й є **метою статті**.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Принагідно зазначимо, що на відміну від СКУ, у Цивільному кодексі України закріплено норму-дефініцію звичаю, яким визнається правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин. Проте осторонь не лишилися науковці, які прагнуть надати визначення звичаю у сфері сімейного права. Так, С.М. Лепех роз'яснює звичай як «санкціоноване державою, не встановлене актами сімейного законодавства чи договорами, але таке, що їм не суперечить, правило поведінки, яке є ustalеним у певній сфері сімейних відносин і є загальнообов'язковим» [5, с. 26]. Таке трактування звичаю в зазначеній сфері видається вразливим, оскільки недоцільно включати до такої дефініції вказівку про те, що звичай не суперечить договору. Адже наявність договору між учасниками: а) є винятком, а не правилом; б) традиційно виключає застосування звичаю. У разі виникнення проблем вони можуть бути вирішені шляхом тлумачення умов договору із застосуванням «теорії волі» (або «теорії намірів»), зважаючи на загальні наміри сторін, істинний сенс договору [13, с. 236].

В.А. Ватрас дійшов висновку, що звичаєм, «з одного боку, є правило поведінки, яке застосовується протягом тривалого часу і у зв'язку із цим отримало певне соціальне визнання (певної соціальної групи, населення певної місцевості, етнічної чи релігійної групи або більшості суспільства), а із другого боку, правова норма, якщо держава визнає і застосовує поряд з іншими джерелами права відповідний звичай» [2, с. 17].

Т.В. Боднар екстраполює дефініцію поняття «звичай», закріплену в Цивільному кодексі України (далі – ЦКУ), пропонує розуміти звичай у сімейному праві як правило поведінки, яке не встановлене актами сімейного законодавства, але є ustalеним у певній сфері сімейних відносин [1, с. 19].

З огляду на всі доктринальні визначення поняття *звичаю у сфері сімейного права* (курсив тут і далі – *В. Ч.*), його доцільно трактувати як не встановлене актами сімейного законодавства, але ustalене в певній сфері сімейних відносин правило поведінки (регулятор згаданих відносин), яке санкціоноване державою.

Звичаєві нормі в системі джерел правового регулювання сімейних відносин притаманна певна специфіка. Отже, звичай у сімейному праві має такі *ознаки*:

- а) він не встановлений актами сімейного законодавства;
- б) він являє собою правило поведінки;
- в) його ustalеність у певній сфері сімейних відносин;
- г) ступінь його формальної визначеності є значно нижчим за норми, що містяться в актах сімейного законодавства;
- г) він має локальний характер (ідеться про місцевий звичай) або поширюється на національну меншину (ідеться про звичай національної меншини);
- д) він впливає на суб'єкта правозастосування здебільшого вагою власного авторитету.

*Регулювання сімейних відносин звичаєм* пов'язане з необхідністю його *санкціонування*, яке існує в таких *формах*:

- по-перше, посилання у статті акта сімейного законодавства;
- по-друге, визнання його таким правозастосовною практикою.

*Перша форма санкціонування звичаїв* використовується у СКУ, який визнає існування і відсилає до звичаю національної меншини (ч. 1 ст. 11, ч. 2 ст. 35, ч. 2 ст. 146) та місцевого звичаю (ч. 1 ст. 11).

*Друга форма санкціонування звичаїв* використовується в разі, коли суб'єкт, звертаючись до суду, обґрунтовує свої вимоги нормами звичаєвого права.

Найперше варто звернутися до положень ст. 11 СКУ, відповідно до якої під час вирішення сімейного спору суд може за заявою заінтересованої сторони врахувати *місцевий звичай*, а також *звичай національної меншини*, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства.

Зазначена норма не є притаманною для українських правових реалій і правової системи, які донедавна не передбачали можливості застосування такого джерела права, як правовий звичай. З огляду на національну багатоманітність нашої країни, за висновками окремих представників юридичної науки та правозастосовної діяльності, наявність великої кількості звичаїв національних меншин, таке застосування необхідне в найближчій перспективі [6, с. 25–26]. Наявний законодавчий підхід оцінюється як такий, що «відповідає східноєвропейській концепції сімейного права» [9, с. 29].

Аналіз ст. 11 СКУ, як слушно відзначає Т.В. Боднар, свідчить про наявність таких особливостей звичаю як джерела сімейного права:

- а) звичай може бути врахований судом під час вирішення спору;
- б) таке врахування звичаю судом можливе за заявою заінтересованої сторони;
- в) це може бути місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них;
- г) звичай не мають суперечити вимогам СКУ, інших законів та моральним засадам суспільства [1, с. 19].

За висновками В.А. Ватраса, звичай може застосовуватися судом за наявності трьох умов:

- а) він не суперечить вимогам актів сімейного законодавства та моральним засадам суспільства;
- б) він належить до певної території (місцевий звичай) або певної національної меншини (звичай національної меншини);
- в) він може бути застосований до конкретних правовідносин, що є предметом позову [2, с. 17].

Очевидно, що суперечитимуть СКУ та моральним засадам суспільства місцеві звичаї та звичаї національної меншини, які передбачають можливість укладання полігамії, шлюбу з родичами прямої лінії споріднення, порушення добровільності шлюбних відносин тощо.

Водночас у літературі небезпідставно критикується ймовірність застосування до сімейних відносин положень ст. 7 ЦКУ, оскільки це може призвести до необґрунтовано розширеного застосування ЦКУ до регулювання сімейних відносин. Адже таке посилання, навіть попри субсидіарне застосування ЦКУ до сімейних відносин, не є правильним [1, с. 19].

У сімейно-правовій думці висловлюється також досить спірна пропозиція щодо відмови законодавця від термінів «місцевий звичай» і «звичай національної меншини» шляхом запровадження інтегруючого терміна «звичай». З авторської позиції, це дозволить розширити сферу дії звичаїв під час урегулювання сімейних відносин [16, с. 111–112].

Висловлюється також авторська позиція, згідно з якою доцільно розширити диспозицію ст. 11 СКУ, оскільки, крім звичаю національної меншини, місцевого звичаю, існує судова практика застосування звичаїв релігійних громад [2, с. 19].

Пряма вказівка на застосування *звичаю національної меншини* міститься також в інших випадках. По-перше, під час обрання подружжям прізвища у зв'язку з реєстрацією шлюбу не допускається поєднання більше, ніж двох прізвищ, якщо інше не впливає зі *звичаю національної меншини*, до якої належить наречена і (або) наречений (ч. 2 ст. 35 СКУ). Тобто якщо дошлюбне прізвище нареченого, нареченої (або їх) є подвійним, то утворити їхнє спільне прізвище шляхом об'єднання їхніх дошлюбних прізвищ неможливо. Проте в разі застосування *звичаю національної меншини* треба завжди розуміти коло осіб, які за законом уважаються *національними меншинами*. Законодавець до них відносить групи громадян України, які не є українцями за національністю, виявляють почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою (ст. 3 Закону України «Про національні меншини в Україні»).

Цікавим є німецький досвід (справа подружжя адвоката Ханса-Петера Кунца-Хальштайна та лікарки Фріди Тальхайм). Так, Конституційний Суд Федеративної Республіки Німеччина визнав, що чинна з 1993 р. заборона присвоювати прізвище, яке складається із трьох і більше прізвищ, не обмежує особисті немайнові права фізичної особи. Скаргу подало подружжя з Мюнхена, якому місцевим відділом записів актів цивільного стану було відмовлено у присвоєнні потрібного прізвища. Позивачка прагнула залишити дошлюбне прізвище, яке присвоєно також її дітям від попереднього шлюбу, але приєднати до нього подвійне прізвище чоловіка [14].

По-друге, згідно із ч. 2 ст. 146 СКУ, дитині може бути дано не більше двох імен, якщо інше не впливає із *звичаю національної меншини*, до якої належать мати і (або) батько. Тому в роз'ясненні Міністерства юстиції України «Порядок присвоєння прізвища, імені, по батькові дитині при державній реєстрації народження» від 29 червня 2011 р. зазначено, що «кількість імен не обмежується у тих випадках, коли мати і (або) батько дитини належать до національної меншини і порядок присвоєння імені є звичаєм конкретної з них».

Цікаво, що в Королівстві Швеція зазвичай присвоюють подвійні імена, що зумовлено низькими показниками народжуваності. Однак часом практикується присвоєння потрібних імен, навіть відомі випадки, коли шведи йменують дітей одразу чотирма. Наприклад, Вікторія Інґрід Аліса Дезіре; Карл Філіп Едмунд Бертіль; Мадлен Тереза Емілія Жозефіна та подібні [15].

Іншим прикладом є досвід Французької Республіки. Зазвичай більшість французів іменують згідно з Римо-католицьким календарем святих. Дітям присвоюють кілька імен. Шануючи звичаї, часом французи присвоюють своїм дітям імена за такими «схемами»: 1) перший син: ім'я діда по батькові + ім'я діда по матері + ім'я святого, шанованого в день хрещення дитини; 2) другий син: ім'я батька діда по батьківській лінії + ім'я батька баби по материнській лінії + ім'я святого, шанова-

ваного в день хрещення дитини; 3) перша дочка: ім'я баби по матері + ім'я баби по батькові + ім'я святого, шанованого в день хрещення дитини; 4) друга дочка: ім'я матері баби по материнській лінії + ім'я матері діда по батьківській лінії + ім'я святого, шанованого в день хрещення дитини [11].

**Висновки.** Звичаям у сімейному праві є не встановлене актами сімейного законодавства, але усталене в певній сфері сімейних відносин правило поведінки (регулятор згаданих відносин), яке санкціоноване державою.

До ознак звичаю в сімейному праві віднесено такі: він не встановлений актами сімейного законодавства; він являє собою правило поведінки; його усталеність у певній сфері сімейних відносин; ступінь його формальної визначеності є значно нижчим за норми, що містяться в актах сімейного законодавства; він має локальний характер (ідеться про місцевий звичай) або поширюється на національну меншину (ідеться про звичай національної меншини); він впливає на суб'єкта правозастосування здебільшого вагою власного авторитету.

Регулювання сімейних відносин звичаям пов'язане з необхідністю його санкціонування, яке існує у двох формах: а) посилання у статті акта сімейного законодавства; б) визнання його таким правозастосовною практикою.

Правові звичаї є одним з елементів механізму правового регулювання сімейних відносин в Україні, значення якого визначається функціональним призначенням згаданих регуляторів сімейних відносин.

#### Література:

1. Боднар Т.В. Сім'я. Регулювання сімейних відносин. *Науково-практичний коментар. Сімейний кодекс України* / за заг. ред. Т.В. Боднар, О.В. Дзери. Київ : Юрінком-Інтер, 2020. Гл. 1. С. 5–21.
2. Ватрас В.А. К вопросу об обычае как источнике семейного права. *Legea și viața*. 2019. № 12. С. 16–19.
3. Головкин О.В. Звичай як джерело сімейного права України : історія та сучасність. *Часопис Київського університету права*. 2014. № 1. С. 159–163.
4. Корунчак Л.А. Генеза та еволюція джерел права: синергетичний підхід : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2019. 194 с.
5. Лепех С.М. Сімейне право України : навчальний посібник. Львів : Вид. центр ЛНУ ім. І. Франка, 2010. 318 с.
6. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / С.Б. Булеца та ін. Київ : Видавничий дім «Професіонал», 2011. 428 с.
7. Нелін О.І. Правовий звичай як джерело українського права (IX–XIX ст.) : становлення і розвиток. *Юридична Україна*. 2014. № 5. С. 4–8.
8. Пархоменко Н.М. Джерела права : проблеми теорії та методології : монографія. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка»», 2008. 336 с.
9. Сімейне право України : навчальний посібник / Є.О. Харитонов та ін. ; за ред. Є.О. Харитонova. Київ : Істина, 2008. 200 с.
10. Стефанчук Р.О. Проблеми реформування та кодифікації сімейного законодавства в Україні. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. Вип. 4. С. 139–143.
11. Французьке ім'я. *Вікіпедія*. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Французьке\\_ім'я](https://uk.wikipedia.org/wiki/Французьке_ім'я) (дата звернення: 11.12.2020).
12. Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Національний менталітет та регулювання сімейних відносин в Україні. *Спогади про Людину, Вченого, Науковця (до 60-річчя від Дня народження професора Ірини Володимирівни Жилінкової)* / за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Харків : Право, 2019. С. 235–245.
13. Чернега В.М. Врахування звичаїв при вирішенні судом сімейних спорів: нотатки до наукової полеміки. *Сучасна цивілістична*

*наука в умовах гібридної війни* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Київ, 16 листопада 2017 р. Київ : Таврійський національний університет імені В.І. Вернадського, 2017. С. 235–237.

14. Шаталин В. Суд запретил немцам брать тройные фамилии. URL: (дата звернення: 11.12.2020).
15. Шведське ім'я. *Вікіпедія*. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Шведське\\_ім%27я](https://uk.wikipedia.org/wiki/Шведське_ім%27я) (дата звернення: 11.12.2020).
16. Шишак-Качак О.О. Правові аспекти застосування звичаю під час врегулювання сімейних відносин. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 1. С. 110–112. URL: [www.pap.in.ua/1\\_2015/33.pdf](http://www.pap.in.ua/1_2015/33.pdf).

**Cherneha V. The concepts, characteristic, forms of sanctioning of customs and their meaning in the mechanism of legal regulation of family relations**

**Summary.** The article is devoted to the delineation of the concept, characteristic, forms of sanctioning of customs and their meaning in the mechanism of legal regulation of family relations in Ukraine. Given the similarity of family and civil law, the paper pays attention to one of the achievements of the Civil Code of Ukraine, in particular, the definition of custom. The author interprets custom in family law as not established by acts of family legislation, but established in a certain area of family relations rule of conduct (regulator of these relations), which is sanctioned

by the state. It is substantiated that the custom in family law has the following features: first, it is not established by acts of family legislation; secondly, it is a rule of conduct; third, it's stability in a particular sector of family relations; fourth, the degree of it's formal certainty is much lower than the rules contained in the acts of family legislation; fifthly, it has a local character (it is a local custom) or extends to a national minority (it is a custom of the national minority); sixth, it affects the law enforcement entity largely by the weight of it's own authority. It is shown that the regulation of family relations by custom is associated with the need for it's sanctioning, which exists in the following forms: first, the reference in the article of the act of family legislation; second, recognizing it as such a law enforcement practice. The first form of sanctioning customs is used in the Family Code of Ukraine, which recognizes the existence and refers to the customs of national minorities and local customs. The second form of sanctioning customs is used when the subject, applying to the court, justifies its claims by customary law. The position on the inexpediency of applying the provisions of Article 7 of the Civil Code of Ukraine to the regulation of family relations by custom is supported.

**Key words:** legal customs, custom of national minority, local custom, moral principles of society, mechanism of legal regulation of family relations, sanctioning of customs by state, family law.