

TEISINIO PAPROČIO REIKŠMĖ TEISINIAM REGULIAVIMUI

Doktorantas Remigijus Šimašius
Lektorė Giedrė Lastauskienė

Lietuvos teisės universitetas, Teisės fakultetas, Teisės filosofijos katedra
Ateities g. 20, 2057 Vilnius
Telefonas 71 46 97
Elektroninis paštas tfk@ltu.lt

Pateikta 2002 m. sausio 23 d.

Parengta spausdinti 2002 m. balandžio 15 d.

Recenzavo Lietuvos teisės universiteto Teisės fakulteto Teisės filosofijos katedros doc. dr. Saulius Arlauskas ir šio fakulteto Civilinės ir komercinės teisės katedros docentas dr. Leonas Virginijus Papirtis

S a n t r a u k a

Iki šiol teisinis paprotys teisės teorijoje beveik nenagrinėtas. Apžvelgiant teisės formų įvairovę būdavo nurodoma, kad teisinis paprotys yra seniausia, šiuolaikinei teisei nelabai reikšminga teisės forma. Tam tikrą sąmyšį tarp Lietuvos teisininkų sukėlė įstatymų leidėjas, naujajame Civiliniame kodekse tiesiogiai įtvirtindamas papročius kaip civilinių santykių reguliavimo priemonę. Taigi kas yra teisinis paprotys ir kokią vietą jis užima valstybių teisinėse sistemose; ar tikrai ši forma atgyvenusi ir teoretikams (bei praktikams) ne itin įdomi, ar užtenka tam tikro visuomeninės praktikos tęstinumo, kad galėtume laikyti ją teisiniu papročiu ir reikalauti iš valstybės ją ginti – tai klausimai, kurie įdomūs ne tik straipsnio autoriams, bet ir, manome, teisei visuomenei.

Straipsnyje nagrinėjama teisinio papročio sąvoka ir požymiai, išskiriantys jį iš kitų normatyvinio reguliavimo mechanizmų. Autoriai siekia atkreipti dėmesį į pozityviojoje teisės teorijoje įprastą ir realų teisinio papročio vaidmenį teisinio reguliavimo mechanizme. Straipsnyje aptariamas požiūris į teisinį paprotį tiek bendrosios, tiek civilinės teisės tradicijose bei Lietuvos įstatymų leidėjo požiūris į šią teisės formą. Taip atskleidžiami paprotinės teisės, palyginti su rašytine centralizuota teise, pranašumai ir trūkumai.

Straipsnyje formuluojami svarbiausi teisinio papročio bruožai, leidžiantys jį atskirti ne tik nuo paprasto papročio, bet ir kitų, nuodugniau išnagrinėtų, teisės išraiškos formų.

Straipsnio autoriai propaguoja platesnio ir gilesnio požiūrio į teisinį paprotį paiešką.

Objektas: teisinio papročio samprata skirtingose teisinėse tradicijose ir teisės srityse bei teisinio papročio vieta teisinio reguliavimo mechanizme.

Trumpa teisinių papročių ir jų tyrimų apžvalga

Rašytinė teisė visuomet buvo jurisprudencijos objektas, tuo tarpu nerašytinių taisyklių, tarp jų ir papročių, tyrimas ilgą laiką buvo paliekamas sociologijai ir antropologijai. Nerašytinės normos, taip pat ir papročius, linkę ignoruoti ir šiandienos teisininkai, mokantys rafinuotą teisės kalbą, išmanantys įstatymo leidėjo išleistas normas ir formalią, griežtą teisės struktūrą. Tačiau tolstant nuo etatistinės teisės sampratos į teisinį paprotį atsigręžiama vis dažniau: pripažįstama, kad valstybė neturi ir negali visko reglamentuoti, kad teisinis paprotys leidžia išspręsti ir išsprendžia visuomenės konfliktus, atkreipiamas dėmesys, kad įstatymai tėra visuomenėje jau susiklosčiusių taisyklių formalus įtvirtinimas ir kad visuomenės nuostatų neatitinkantys įstatymai yra neveiksmingi.

Teisinis paprotys niekuomet nebuvo visiškai ignoruojamas. Bent jau tarptautinės komercijos srityje jo praktinis vaidmuo akivaizdus nuo viduramžių [1, p. 441–471; 2, p. 118–121] iki šių dienų [2, p. 104–105; 3, p. 92–99]. Tačiau tarptautinė paprotinė komercinė teisė – *lex mercatoria* – teisės mokslininkų paprastai laikoma tam tikra izoliuota marginalia sritimi, kurios įprastos teisės sampratos neapima. Be to, prekybos papročius dažniausiai taiko ne teisininkų luomo žmonės. Galbūt tai lėmė santykinį *lex mercatoria* izoliuotumą nuo likusios teisės ir menkus teisinius *lex mercatoria* tyrimus, bent jau tol, kol šios taisyklės nebuvo perkeltos į nacionalinę teisę arba tarptautinės teisės aktus.

Teisinis paprotys, kaip socialinių normų rūšis, paprastai yra vienas iš svarbiausių tyrimo objektų darbuose tų autorių, kurie į teisę žiūri kaip į sociologinį reiškinį. Apie teisinį paprotį, kaip apie savarankišką teisės išraiškos formą, mokslininkai ėmė kalbėti tik XIX a. pradžioje ir tai siejo su istorinės teisės sampratos mokyklos veikla. Nuo to laiko susidomėjimas teisiniais papročiais nuolat didėjo. Sociologiniai, ypač antropologiniai, tyrimai atskleidžia vis daugiau duomenų, jog visuomenėje gali nebūti tradicinės (statistinės) teisės – visus teisiškai reikšmingus santykius gali reguliuoti teisiniai papročiai [4, p. 176–177; 5, p. 15–21; 6; 7].

Šiuolaikinėje jurisprudencijoje teisinio papročio nagrinėjimas siejamas su vis platesniu teisinio pliuralizmo pripažinimu, ypač pastaraisiais dešimtmečiais, pasirodžius įžymiajam H. Bermanno veikalui „Teisė ir revoliucija“. Plati pliuralistinė teisės samprata skirtingus teisinius papročius pripažįsta savarankiška teisės išraiškos forma, egzistuojančia kartu su kitomis išraiškos formomis. Tai leidžia nagrinėti papročius kaip vieną iš teisinių reiškinų [1, p. 19–21]. Taigi paprotinė teisė tampa grynai teisės teorijos objektu, nors iš senos, tačiau didelės terminologinės painiavos apibrėžiant, kas yra teisė, o kas – kitoks socialinis reguliavimas, toli gražu neišsivaduoja [8].

Teisinio papročio esmė (pagrindiniai bruožai)

Teisinio papročio samprata yra diskusijų objektas: tai, ką vieni laiko papročiu, kiti – tik įpročiu, tai, ką vieni laiko teisiniu papročiu, kiti – tiesiog papročiu; vieni autoriai papročio įtvirtinimą valstybės leidžiamuose teisės aktuose laiko vieninteliu būdu papročiu tapti teisiui, kiti tai traktuoja jau nebe kaip paprotį ir paprotinę teisės formą atsiejia nuo rašytinės. Teisinio papročio samprata yra dviejų kitų sampratų – papročio ir teisės – sutapimo laukas. Tai reiškia, kad teisinis paprotys turi turėti visus teisės ir papročio bruožus. Tačiau problema ta, kad visuotinai nesutariama dėl to, kas yra teisė [4, p. 43–84, 321], o ir papročio sąvoka nepagrįsta labai aiškia koncepcija.

Paprastai papročio pripažinimas teisės išraiškos forma yra susijęs su kiekybiniu ir kokybiniu kriterijais [9, p. 605]. Kiekybinis kriterijus parodo, ar tam tikra praktika yra paplitusi ir universali, t.y. ar ji daugkartinė. Kiekybiniai kriterijai susiję tiek su papročio naudojimo laikotarpiu (ar ilgai norma naudojama), tiek su jo naudojimo universalumu (kiek plačiai jis naudojamas). Naudojimo laikotarpis nėra ir negali būti universaliai apibrėžtas, nes elgesio modelis paprotinės teisės norma gali tapti tiek ilgai, „nuo neatmenamų laikų“, tiek vieną kartą taikytas. Valstybės teisė kartais pripažįsta paprotį tik tuomet, kai jis naudojamas dešimtmečius (tai būdinga Prancūzijos bei Vokietijos teisei doktrinai) [9, p. 605]. Tačiau universalumas papročio atveju visiškai nesusijęs su kažkokiais iš anksto apibrėžtais kriterijais. Papročio galiojimo ribos retai sutampa su valstybių sienomis [2, p. 118; 1, p. 452–453]. Paprotys yra būdingas socialinei grupei, kuri gali būti apibrėžta pagal įvairiausias kriterijus: profesiją, gyvenamąją vietą, tautybę, socialinę klasę, pomėgį ar veiklą. Tai leidžia teisiui papročiu išlikti universaliam ir kartu prisitaikyti prie skirtingų grupių. Pavyzdžiui, komerciniai papročiai reguliuoja komersantų tarpusavio santykius. Tuos pačius veiksmus jie traktuoja kitaip nei, pavyzdžiui, kaimo bendruomenės papročiai. Tačiau netgi tarp deimantų prekiautojų ir naftos prekiautojų susiklosto skirtinga paprotinė teisė, ir tai suprantama, nes skiriasi tiek prekybos objektai, tiek prekiautojų tarpusavio ryšiai bei išankstinis pasitikėjimas vieni kitais [2, p. 104–105].

Kokybinis kriterijus parodo, ar ši praktika yra laikoma teisinga ir būtina teisei tvarkai palaikyti. Kokybinis papročio turinio kriterijus gali būti išreiškiamas ir kaip moralinio tinkam-

mumo testas, t.y. papročio turinys iš esmės sutapatinamas su moralės turiniu [10, p. 210]. Teisinis paprotys atspindi vidinį individų įsitikinimą, jog elgesys yra reikalingas, pageidautinas [9, p. 604]. Socialinės grupės nariai tiki, jog laikytis susiklosčiusių elgesio modelių yra privalu [9, p. 606].

Kiekybinius ir kokybinius kriterijus būtina vertinti kartu. Panagrinėkime situaciją: judrioje sankryžoje pėstieji bando pereiti gatvę. Nuo to, kiek bus pėsčiųjų, skubančių pereiti gatvę ir galbūt net nepaisančių draudžiamo šviesoforo signalo, dažnai priklauso, ar apskritai iš jų kas nors tai darys. Kita vertus, per gatvę žengus pirmajam dažnai juo paseka ir dauguma likusiųjų. Taigi kad veiksmas taptų pateisinamas, dažnai būtina „kritinė masė“. Panašios situacijos galimos bet kurioje visuomeninių santykių srityje. Tam tikrais atvejais veiksmai, kurių kiekybinė išraiška peržengia tam tikrą minimalią ribą, tvirtai įsišaknija (*self-sustaining*) [11, p. 1263].

Teisiam papročiui ne mažiau nei kitaip išreikštai teisei būdingas abstraktumas. Iš pirmo žvilgsnio gali pasirodyti, kad teisinis paprotys yra susijęs su konkretesnėmis aplinkybėmis ir todėl yra labai menko abstrakcijos lygio. Tačiau verta atkreipti dėmesį, kad istoriškai paprotys yra net pirmesnė abstraktaus mąstymo išraiška nei kalba [12, p. 115–124]. Be to, paprotys, kaip ir precedentas, nors visuomet yra susijęs su konkrečiomis aplinkybėmis, savo teisinę galią turi ne dėl šių aplinkybių, o dėl atitikties pamatiniams teisiniams principams [12, p. 129–132, 172–173], kurių abstraktumas yra tokio lygio, kad juos suformuluoti raštiškai yra net sunkiau nei jais vadovautis praktikoje.

Užfiksuoti papročio atsiradimą beveik neįmanoma. Paprotinė teisė kyla iš spontaniško neprievartinio socialinės grupės narių elgesio [9, p. 606]. Paprotys kyla ne iš konkretaus asmens valios, o iš daugelio asmenų pasikartojančių veiksmų. Jis prasideda nuo vienintelės sutarties arba vienintelio sprendimo, jeigu laikoma, kad šis aktas atitinka visuomenės narių lūkesčius ir jau egzistuojančius teisės principus. Tačiau tuo pat metu kiekvieno papročio pradžia yra sutartis. Kaip rašė M. Schmitthoffas, dažniausiai paprotys pradeda formuotis iš keleto didelių įmonių verslo praktikos; vėliau pagal veiksmų paralelę tam tikroje prekybos srityje tampa bendra praktika, dar vėliau šis reiškinys peržengia įprastumo ribas ir galiausiai įgyja apibrėžtumo ir teisinio papročio statusą [13, p. 64]. Štai viename iš Anglijos teismo precedentų dėl standartinio dviejų komercinių subjektų kontrakto buvo teigiama, kad „ši forma naudojama daugelyje statybinių kontraktų ir pradėjo priminti įstatymų kodeksą“ [13, p. 67]. Suprantama, kad paprotys atsiranda ne iš bet kokios praktikos, o iš tos, kuri yra priimtina daugeliui socialinės grupės narių.

Teisiniai papročiai kinta tokiu pat būdu kaip ir atsiranda, todėl tiksliai užfiksuoti jų pokyčio neįmanoma. Papročio raidos būdas lemia, kad teisiniai papročiai yra tvirti ir konservatyvūs, o paprotinės teisės plėtotė nuosaiki, be dirbtinių šuolių. Dažnai šie požymiai netgi įvardijami kaip statiškumas [4, p. 178]. Tačiau pasikeitus gyvenimiškoms aplinkybėms arba žmonių požiūriui į jas papročiai kinta. Šią teorinę išvadą patvirtinta ilgalaikiai istoriniai stebėjimai bei aprašyti konkretūs atvejai, kaip pasikeičia paprotinė teisė [5, p. 20; 6].

Papročiai nebūtinai turi būti įtvirtinti raštu – dėl to jie neįgyja daugiau galios. Kitaip tariant, jei teismas arba kita teisinį ginčą nagrinėjanti institucija vadovaujasi papročiu, tai ne todėl, kad jis yra užrašytas, o todėl, kad jis iš tikrųjų egzistuoja. Nepaisant to, egzistuoja praktika papročius užrašyti – atskiruose aprašymuose, organizacijų rengiamuose papročių sąvaduose [13, p. 42], tarptautinėse sutartyse [14, p. 53], valstybės teisės aktuose [1, p. 468–470]. Visų pirma tai susiję su *lex mercatoria*, kurie dažnai užrašomi arba specialiuose rinkiniuose, arba išdėstomi teisinių ginčų sprendimuose. Pavyzdžiui, Rusijos pramonės ir prekybos rūmai savo leidiniuose nuolat skelbia verslo papročių sąrašus. Daugiausia tai jūros uostų ir tarptautinės prekybos papročiai. Pramonės ir prekybos rūmams suteikta teisė nagrinėti papročius ir pateikti savo išvadas apie tai, ar viena ar kita taisyklė laikytina papročiu, ar ne. Jei paprotys raštiškai neįtvirtintas, suinteresuota šalis įrodinėja esantį paprotį remdamasi bendromis įrodinėjimo priemonėmis [13, p. 63].

Dažnai pabrėžiama, kad papročių, neparemtų valstybės sankcija, negalima laikyti teisiniais, kad teisiniais jie virto dėl sąmoningos, organizuotos žmonių veiklos. Susikūrusios ir sustiprėjusios valstybės dalį visuomenės papročių paskelbdavo privalomais, o jų laikymąsi

garantuodavo specialus prievartos aparatas. Tai buvo papročiai, ne tik tenkinantys stiprios grupuotės interesus, bet ir atitinkantys laikmetį (palaikomi skirtingų visuomenės sluoksnių). Taigi paprotinė teisė buvo kuriama valstybei pripažinus, jog ilgalaikis paprotys (*usus longae-vus*) pagrįstas visuotiniu žmonių pritarimu (*opinio necessitatis*), todėl gali veiksmingai reguliuoti tam tikrus visuomeninius santykius [15, p. 173]. Kitaip tariant, paprotys laikomas subordinuotu įstatymų leidybai [4, p. 110; 16, p. 108]. Tačiau šiuo klausimu nesutariama – daug modernių autorių, pripažįstančių plačią teisės sampratą ir teisinį pliuralizmą, minėtas taisyklės linkę vadinti teisinėmis netgi jei jų valstybė nėra aprobavusi (H. J. Berman, B. L. Benson), juo labiau kad neapsisprendžiama, ar apskritai genties valdžią galima laikyti valstybe [5, p. 14].

Teisinis paprotys ankstyvojoje teisėje

Teisė yra būtinas visuomenės atributas [12, p. 113, 146], tuo tarpu raštas ir įstatymų leidyba – ne. Dar iki tol, kol žmogaus kalba taip išstobulėjo, jog ją buvo galima vartoti taisyklėms kurti, individas bendruomenėje neabejotinai privalėjo paklusti tam tikroms taisyklėms, už kurių nesilaikymą jam grėsė sankcijos [12, p. 113–129]. Tai taikytina netgi tais atvejais, kai taisyklės apskritai neįmanoma suformuluoti. Iki šiol kalba nėra tokia tobula, kad išreikštų visas teisės subtilybes ir teisės nereikėtų aiškinti papildomai [12, p. 115–118; 17, p. 30–31]. Kitaip nei teisė, kuri niekada nebuvo išrasta, įstatymų leidyba žmonijos istorijoje buvo išrasta palyginti vėlai [12, p. 113].

Pirmosios sąmoningos žmonių pastangos vienaip ar kitaip reguliuoti savo elgesį siejamos su giminine gentine santvarka, kai visą gyvenimą tvarkė primityvi ir savotiška reguliavimo sistema – tam tikros būties, gyvenimo ir sugyvenimo būdo taisyklės, perduodamos iš kartos į kartą. Šios taisyklės reiškesi papročių forma. Visi giminės nariai papročius išmanė, juos laikė teisingais ir laikėsi jų dažniausiai savanoriškai. Lietuvoje iki Pirmojo Statuto visas gyvenimas buvo reglamentuojamas vadovaujantis paprotine teise [16, p. 108]. Papročių laikymąsi garantavo jų autoritetas bei žmonių tikėjimas jų teisingumu. O pavieniais papročių nesilaikymo atvejais bendruomenė disponavo tam tikromis gana veiksmingomis priemonėmis – iki gyvybės atėmimo arba išvaymo iš genties [5, p. 15]. Pažymėtina, kad šiomis pirmosiomis dar neteisėmis sankcijomis buvo siekiama ne pakeisti pažeidėją, o tik apsaugoti bendruomenę nuo asmens, nesilaikančio papročių.

Rašytiniuose tekstuose, pavyzdžiui, Hamurapio kodekse, 12 lentelių įstatyme, būdavo tik užrašomos jau galiojančios taisyklės, t.y. joms suteikiama nauja forma [18]. Toks užrašymas reiškė iš esmės tai, kad valdovas pripažįsta visuomenės taisykles, laiko jas amžinomis ir įsipareigoja jas ginti [12, p. 124]. Be to, natūralu, jog tobulėjant rafinuotai teisei kalbai darėsi vis lengviau įvairius teisės subtilumus išreikšti tekstu, o teksto ilgaamžiškumas ir akivaizdumas leido išvengti ginčų dėl teisės turinio. Negalima atmesti ir natūralaus poreikio atskirti teisę nuo neteisės bei lengvai ją įsiminti. Tai taip pat gali užtikrinti arba teatrališkumas, arba išstobulėjus raštui – rašytinė forma [1, p. 87, 89, 96].

Teisinis paprotys bendrosios teisės tradicijoje

Teisinis paprotys bendrosios teisės valstybėse laikomas viena iš teisės formų. Visa precedentinė teisė susiformavo vietos papročių pagrindu, kai karališkųjų teisimų teisėjai, spręsdami ginčus, nuolat važinėdavo po Angliją ir grįžę į žiemos rezidenciją Londone aptardavo vietos papročius. Kai kuriuos iš jų pripažindavo teisingais ir protingais ir būtent jais grįsdavo savo sprendimus, platindavo šiuos papročius po visą Angliją.

Tačiau išliko ir tokių papročių, kurie neįėjo į bendrąją teisę. Nors lyginamosios teisėtyros specialistai teigia, kad teisinių papročių reikšmė šiuolaikinėse valstybėse smarkiai sumažėjo (akcentuojama gana siaura jų taikymo sritis, pvz., žvejybos taisyklės arba tinklų džiovimo taisyklės), paprotys laikomas vis dar gana reikšminga teisės forma [19, p. 240].

Kad paprotys taptų visuotinai pripažintas, keliama tam tikri jo reikalavimai. Paprotys turi:

- nenutrūkstamai funkcionuoti ilgą laiką;
- nebūti jėga primestas;
- neprieštarauti jau esantiems papročiams;
- būti protingas [19, p. 240–241].

Papročiams paprastai priskiriame ir kitas dvi Anglijos teisei sistemai būdingas teisės formas – tradicijas ir karališkąją prerogatyvą. Tradicijos verčia teismus ir kitas valstybines institucijas funkcionuoti laukiamu būdu. Parlamento akto, kuris nurodytų, kas turi būti ministras pirmininkas, nėra. Kad jis renkamas iš Parlamento daugumos partijos ir turi atsistatydinti pareiškus nepasitikėjimą juo arba svarbiu vyriausybės siūlymu, lemia tradicijos. Tradicijos nustato ir monarcho elgesio ribas (karalius Edvardas atsižadėjo sosto, nes vedė išsiskyrusią moterį). Karališkoji prerogatyva apima įvairias teises, kuriomis naudojasi monarchas. Šių teisių apimtis bėgant metams keitėsi, dažnai tam įtakos turėjo norminiai teisės aktai. Iki 1947 m. išleisto teisinio akto karalius pagal nerašytas paprotines taisykles negalėjo būti atsakovu civiliniame procese, ir tik minėtu aktu tai buvo panaikinta [19, p. 245–249].

Taigi bendrojoje teisėje nėra aklaai pasikliaujama rašytine teise, konkrečiai – įstatymų leidyba. Įsitikinimas, jog gali egzistuoti taisyklė, kuria kiekvienas yra pajėgus vadovautis net jei ji niekada nebuvo artikuliuota žodiniu pavidalu, bendrojoje teisėje išliko iki šiol [12, p. 172].

Teisinis paprotys civilinėje teisės tradicijoje

Civilinės teisės tradicijoje paprotys buvo valstybės kuriamos teisės pagrindas. Pažymėtina, kad dar vėlyvojoje Romos respublikoje (II a. pr. Kr.–III a.) paprotinė teisė smarkiai konkuravo su valstybės nustatyta teise ir paprotinės teisės galia buvo didesnė nei valstybės nustatytos teisės. Paprotys netgi galėjo panaikinti priešingą jai valstybės nustatytą taisyklę [20, p. 43]. *Jus gentium*, paprotinė „tautų teisė“, kuri buvo taikoma ne Romos piliečiams, reguliavo daugumą komercinių sandorių Romos imperijoje [1, p. 449].

Principato laikotarpiu paprotinės teisės galia ima silpnėti, ypač privatinėje teisėje [20, p. 60]. Papročio privalomumo pagrindu buvo laikomas tylėjimu išreiškiamas visų pritarimas. Nuo šio laikotarpio fiksuojamos paprotinės teisės silpnėjimo tendencijos (papročiai daugiausia reguliuoja atskirų vietovių žmonių santykius).

Žlugus Romos imperijai suiro ir teisės sistema, leidusi gyvuoti tarptautinei prekybai. Išskirtinis paprotinės teisės vaidmuo pasireiškė tuo, kad prekybos srityje ji užpildė šį vakuumą ir sudarė galimybes prekybai [2].

Privatūs komerciniai arbitrai, priešingai nei valstybės teismai, visuotinai taikė tik verslo papročius ir *lex mercatoria*. Tai, beje, vyko tol, kol bendrieji teismai perėmė šias normas [5, p. 225–227; 21].

Lyginamosios teisėtyros ir teisės istorijos specialistai iki šio laikmečio buvo įpratę konstatuoti, kad civilinės teisės šalyse teisiniai papročiai yra seniausia, bet šiuo metu atgyvenusi teisės forma. Kaip išimtyms nurodomos Ispanijos Katalonijos provincija, kur nacionalinis Civilinis kodeksas netaikomas vietinių papročių reguliuojamiems santykiams, Vokietija, kur įtvirtinta galima papročio ir rašytinės teisės konkurencija, suteikianti papročiuui galimybę paneigti rašytinę teisę, bei Prancūzija, kur numatyta galimybė papročiais papildyti rašytinę teisę [19,

p. 120–121]. Paprotys paprastai įtraukiamas į privalomų teisės šaltinių sąrašą [19, p. 117, 120], tačiau laikoma, kad jie turi nedidelę praktinę reikšmę ir dažnai yra ignoruojami [16, p. 108]. Papročio reikšmės mažėjimas siejamas su ta aplinkybe, kad daugumą protingų ir teisingų papročių valstybė sankcionuoja ir šie įgyja kitą – norminio akto formą.

Tačiau vis garsiau kalbama apie didėjančią teisinių papročių reikšmę. Ši aplinkybė siejama su besiplečiančia teisės samprata – įstatymų leidėjas vis dažniau traktuoja teisę plačiaja prasme, kai žmogus gali tikėtis teisinės gynybos ne tik valstybės nustatytoms, bet ir paprotinėms arba net moralinėms normoms [22, p. 128–130].

Šią tendenciją drąsiai parėmė Rusijos įstatymų leidėjas, naujajame Rusijos civiliniame kodekse įtvirtindamas civilinės apyvartos papročius kaip savarankišką teisės formą, kai „šie papročiai susiformuoja verslo srityje ir yra plačiai taikomi, nors nėra įtvirtinti įstatymuose, nepriklausomai nuo to, ar jie yra išreikšti kokiame nors dokumente. Papročiai, prieštaraujantys privalomoms įstatymų ar sutarčių nuostatoms, netaikomi“ [23, p.17]. Taigi įstatymų leidėjas nurodo tokius papročio, kaip teisės formos, požymius:

- jie turi būti pastovūs ir savo turiniu gana konkretūs;
- plačiai taikomi;
- neįtvirtinti įstatymuose kaip privaloma elgesio taisyklė;
- susiformavę verslo (verslo sritis aiškinama plačiai) srityje [23, p. 18–19].

Reikėtų atskirai aptarti įdomią tendenciją – kuriant teisę, ypač ją taikant, didelę įtaką daro teisei reikšmingų įpročių panaudojimas (kelių policija retai baudžia vairuotojus, kurie greitį viršija mažiau negu 10 km per valandą ir turbūt niekada nebaudžia nėščių moterų, kurios važiuoja neprisigėmusios saugos diržų). Viena vertus, šių nuostatų, dažnai labai reikšmingų teisei, lyg ir negalime laikyti teisiniais papročiais, nes šiuo atveju mes susiduriame ne su formaliai apibrėžtomis elgesio taisyklėmis, o su vienokiu arba kitokiu gyvenimiškos situacijos vertinimu. Kita vertus, jei situacija taip vertinama nuolat, tokio vertinimo tikisi visi teisinių santykių dalyviai ir nuo jo priklauso tikrosios, kitų asmenų pripažįstamos teisinių santykių dalyvių teisės ir pareigos, – tokiais atvejais kategoriškai nevadinti šių papročių teisiniais būtų ne visiškai tikslu.

Teisinis paprotys ir tarptautiniai santykiai

Teisinis paprotys priskiriamas pagrindiniams tarptautinės teisės šaltiniams. JTO tarptautinio teismo statuto 38 straipsnis papročiu suteikia tarptautinės teisės šaltinio reikšmę ir leidžia juo remtis sprendžiant ginčus, tačiau keliami sąlyga – kad jis būtų „visuotinės praktikos įrodymas“ [24].

Elgesio taisyklė gali būti pripažinta tarptautiniu papročiu, jei ji atitinka tris reikalavimus:

- taikoma gana ilgą laiką;
- visuotinai pripažįstama;
- tarptautinio bendradarbiavimo dalyviai turi būti bendros nuomonės, kad ši taisyklė yra teisiškai privaloma [14, p. 52].

Taigi praktika gali būti pripažinta teisine taisykle tik tuos pačius veiksmus (arba susilaukymą nuo veiksmų) analogiškose situacijose kartojant ilgą laiką. Prancūzų profesorius Ž. Badevanas pateikia tokio papročio pavyzdį – nepersekioti atviroje jūroje užsienio piliečių, kaltinamų dėl laivų susidūrimo. Tačiau pakartotinumai ir laiko trukmė nėra lemiami, kad paprotys taptų teisinis, nes kai kurie papročiai taip ir lieka neteisiniai arba tarptautinės moralės, mandagumo normomis. Lemiamu veiksmu laikoma valstybių valios išraiška vieną arba kitą paprotį laikyti teisiniu.

Šiuo metu vyksta daugelio teisinių papročių sutartinio įforminimo (kodifikavimo) procesas ir „tarptautinės sutartys pakeitė iki tol galiojusias paprotines teisės normas“ [14, p. 53]. Tačiau teisiniai papročiai reguliuoja valstybių atsakomybės sritį bei kitus tarptautinių santykių aspektus. Be to, teisiniais papročiais laikytini tarptautinių organizacijų veiklos principai taikomi šalims, kurios nėra jų narės, bet siekia jomis tapti.

Bene plačiausiai teisinis paprotys naudojamas tarptautinių privatių santykių srityje, ypač pasireiškia tarptautinėje paprotinėje prekybos teisėje. Moderni tarptautinė komercinė

teisė iki šiol išlieka iš esmės savanoriškai kuriama ir įgyvendinama paprotinės teisės sistema nepaisant didelių pastangų padaryti ją priklausomą nuo centralizuotos valdžios [25, p. 730]. Valstybės visuomet blaškosi tarp tarptautinės komercinės teisės ribojimo ir jos autonomijos pripažinimo. Jau Anglijos Didžiojoje laisvių chartijoje teigiama, kad visi pirkliai tegul gyvena ir keliauja „laisvi nuo įstatymo nustatytų muitų ir laikydamiesi senovinių teisingų papročių“ [1, p. 453]. 1473 m. Anglijos kancleris paskelbė, kad į jį besikreipiančių svetimšalių pirklių ieškiniai bus nagrinėjami „pagal prigimtinę teisę..., kurią kai kas vadina prekybos teise ir kuri yra universali pasaulio teisė“ [1, p. 452].

Vis dažniau kalbama apie „tarptautinės prekybos nevalstybinio reguliavimo instrumentus“ ir, teikiant didžiausią reikšmę sutarčiai, atskleidžiama labai sustiprėjusi, ypač per pastarąjį dešimtmetį, teisinių papročių įtaka. Minimoms trys pagrindinės jų rūšys: 1) bendrų taisyklių sąvada; 2) tipinės proformos; 3) elgesio kodeksai. Pavyzdžiui, Tarptautinių pramonės rūmų leidinys „Unifikuoti papročiai ir praktika dokumentiniams akreditivams“ [13, p. 61].

Nuolatinis ir platus šiuose dokumentuose įtvirtintų, iš pirmo žvilgsnio rekomendacinių nuostatų taikymas praktikoje leidžia jas laikyti teisiniais papročiais ir teismams bei arbitražams jais remtis. Teismai ir arbitražai, nagrinėdami bylas, vis dažniau šias nuostatas taiko kaip privalomas net tada, kai šalys sutartyse nieko apie jas nekalba (suprantama, jei nė viena iš šalių neįrodinėja kito papročio buvimo).

Teisinis paprotys Lietuvoje

Lietuvoje papročio, kaip teisės išraiškos formos, vaidmuo nedaug tyrinėtas. Beveik vienareikšmiai pripažįstama, kad savarankiško turinio paprotys egzistuoja; pabrėžiama, kad jis tampa teisinis tik tada, kai valstybė vienu ar kitu būdu juos sankcionuoja [10, p. 180, 239–240; 26, p. 122], t.y. teisės formą papročiu suteikiantis sankcionavimas [10, p. 240]. Toks subordinuotas, šalutinis papročių vaidmuo buvo pripažįstamas ir tarpukario Lietuvos teisėje [16, p. 111–112].

Papročio sankcionavimo mechanizmas nėra išsamiai aptariamas. Nors pateikiami pavyzdžiai paprastai yra susiję su konkrečiomis elgesio taisyklėmis, perkeltomis į valstybės leidžiamus teisės aktus (užrašytos teisės aktuose) [10, p. 240], galima numanyti, kad nuoroda į papročius (neperrašinėjant taisyklės) taip pat laikytina papročių sankcionavimu. Tokį sankcionavimo būdą įtvirtina ir Lietuvos Respublikos civilinio kodekso 1.4 straipsnis [27, p. 15].

Tačiau požiūris, kad valstybės nesankcionuoti papročiai netampa teisiniais papročiais (nenustato teisių ir pareigų), yra per siauras. Pirma, jau minėtas Civilinio kodekso 1.4 straipsnis nustato, kad civiliniai santykiai yra reglamentuojami pagal papročius tais atvejais, kai tai nustato sutartis. Tai reiškia, kad papročių privalomumas gali kilti nebūtinai tik iš valstybės sankcionavimo, bet ir iš civilinės sutarties šalių nuorodos. Beje, tokia nuostata galiotų netgi tuo atveju, jei nebūtų aptariamo Civilinio kodekso straipsnio, nes civilinėje teisėje sutartys, kurių nedraudžia įstatymas, yra laikomos tinkamomis. Faktą, kad įstatymai nedraudžia daryti nuorodos į papročius, vargu ar galima laikyti valstybiniu papročių sankcionavimu, nors papročiai ir įgautų teisinę prasmę.

Antra, teisinių papročių vaidmuo susijęs su teisės aiškinimu, neišvengiamu dėl kalbos neišbaigtumo. Pavyzdžiui, teismas, aiškindamas, ką reiškia tame pačiame Civilinio kodekso 1.4 straipsnyje minimi sąžiningumo, protingumo ir teisingumo principai, kuriems teikiama didžiulė teisinė reikšmė, negalės vadovautis savo voliuntaristinėmis nuostatomis arba abstrakčiais doktriniais komentarais, o privalės atsižvelgti į visuomenės nuostatas, kas yra sąžininga, protinga ir teisinga, bei pritaikyti šias nuostatas bylos aplinkybėms. Tai *de facto* reiškia vadovavimąsi teisiniais papročiais. Sąvokų, kurių teisė iki galo neapibrėžia ir negali apibūdinti, apstu visose teisės šakose: „visos įmanomos priemonės“, „chuliganizmas“, „laisvė“, „protingas laikotarpis“, „saugus atstumas“ ir kt.

Paprotinės teisės reikšmė ir pagrindiniai bruožai

Net vadovaujantis pozityvistine teisės samprata teks pripažinti, kad susiformavęs paprotys dažnai pirmąkart išreiškia tam tikrą teisės turinį. Neretai aprašyti svarbiausi papročiai įgydavo jau rašytinės teisės, patvirtintos valstybės institucijų, reikšmę, juo labiau kad valstybė visuomet stengdavosi perimti ir savo aktais įtvirtinti visuotinai priimtas paprotines taisykles. Tiek labai rafinuoti teisės institutai, tokie kaip čekiai arba vekseliai, tiek kertiniai teisės principai, tokie kaip nuosavybės neliečiamumas arba pareiga atlyginti padarytą žalą, nėra išrasti, juo labiau – valstybės įstatymų leidybos institucijų. Šie institutai ir principai atsirado kaip ilgos žmonių praktikos rezultatas ir iki suteikiant jiems pozityviosios teisės statusą buvo įtvirtinti papročiuose.

Tačiau, kaip matėme, papročiai nėra tik šaltinis pozityviajai teisėkūrai. Papročiai drąsiai gali būti laikomi savarankiška teisės forma. Nors įstatymų leidyba, kaip minėta, yra modernesnė teisėkūros forma, teisinio papročio vaidmuo ir reikšmingi pranašumai neturi būti ignoruojami.

Papročiai yra paprasta ir suprantama teisės forma. Kol individai veikia pagal taisykles, nebūtina, kad jie sąmoningai jas suvoktų. Užtenka, kad jie žinotų, kaip pagal jas veikti, jiems nebūtina artikuliuotu pavidalu žinoti, kad taisyklės yra vienokios arba kitokios [12, p. 151; 1, p. 78]. Nors šis, F. A. Hayeko teigimu, „žinojimas, kaip“ padės patikimai orientotis tik pasikartojančiose situacijose, o mažiau įprastose situacijose nebus intuityvaus tikrumo dėl teisėtų lūkesčių [12, p. 151], tačiau akivaizdu, kad dauguma situacijų nėra labai specifinės arba originalios ir teisinį jų vertinimą kasdieniame gyvenime paprastai sužinome ne studijuodami įstatymus, o paklusdami savo ir aplinkinių nuostatoms, koks įprastas elgesio modelis yra teisingas, t.y. iš papročio. Pats F. A. Hayekas pripažįsta, kad „tai, kas paskelbiama iš anksto, dažnai tėra netobula formuluotė principų, kurių žmonės labiau paiso veikdami nei gali išreikšti žodžiais“ [12, p. 173].

Paprotinėje teisėje lengviau numatyti teisinius sprendimus. Papročiai formuoja lūkesčius, kuriais žmonės vadovaujasi veikdami, vadinasi, privaloma bus tokia praktika, kurios, kaip tikisi kiekvienas, bus laikomasi [12, p. 148]. Natūralu, kad į visuotinumą ir universalumą, apribotą dirbtinių valstybės sienų, o ne spontaninių socialinių grupių, pretenduojanti įstatymų leidyba dažniau nei papročiai prasilenkia su visuomenės lūkesčiais ir įsivaizdavimu apie tai, kas yra teisinga ir teisėta. Nagrinėjant praktiką tų bylų, kuriose teisėjo sprendimai šokiravo visuomenę ir buvo laikomi neteisingais, tektų pritarti F. A. Hayeko išvadai, jog tokie sprendimai dažniausiai kyla dėl to, jog teisėjas privalo laikytis rašytinio įstatymo raidės ir negali nukrypti nuo silogistinės išvados, paremtos vien eksplicitinėmis to įstatymo prielaidomis [12, p. 172].

Paprotinė teisė labiau atsižvelgia į visuomenės santykių realijas, nes pagrįsta praktikos patvirtintais elgesio modeliais. Įstatymo leidėjo (bent jau savarankiškai kuriančio teisės normas, o ne sankcionuojančio jau egzistuojančias) veikla yra susijusi su tuo, kad jis turi numatyti daugybę jam nežinomų aspektų, kurie pasireišk tik ateityje: interesus, konfliktus, kai susiduria šie interesai, konfliktų aplinkybes ir kiekvienos jų įtaką bei rezultatus esant vienokiam ar kitokiam konflikto sprendimo būdai. Teisinis paprotys, priešingai, paremtas praktika, kai tiek konfliktas, tiek jo aplinkybės jau yra išaiškėjusios, o konflikto vienokio ar kitokio sprendimo padariniai beveik akivaizdūs. Natūralu, kad tokie konfliktai dažniausiai išsprendžiami neįsikišus tretiesiems asmenims (toks įsikišimas reikalauja laiko ir materialinių sąnaudų), taigi tik patvirtinant susiklosčiusį elgesio variantą. Sprendžiant bet kurį ginčą galima pasiremti tokia laiko patvirtinta praktika.

Paprotinės teisės taikymo sritis yra optimalesnė nei valstybės išleistų teisės aktų. Esant skirtingiems santykiams ir veikloms, egzistuojančioms moderniaame pasaulyje, taisyklės, kurios yra efektyvios vienais atvejais, gali būti neefektyvios kitais atvejais. Paprotinė teisė, priešingai nei valstybės leidžiami teisės aktai, yra būdinga nebūtinai valstybės sienų apribotoms teritorinėms bendruomenėms. Dėl šios priežasties paprotinė teisė gali labiau prisitaikyti prie atskirų socialinių grupių poreikių.

Paprotinė teisė atitinka žmonių nuostatas, nes žmonės tikrąsias savo nuostatas parodo veikdami, o ne sakydami nuomonę. Be to, centrinės valdžios ir prievartos aparato nebuvimas (arba nebūtinis buvimas) paprotinėje teisėje lemia tai, kad neteisėtais bus laikomi tik tie

veiksmai, kurie daugeliui yra nepriimtini, nes galimybė įgyvendinti teisinę pagalbą priklausys nuo socialinės grupės palaikymo.

Išvados

Teisinis paprotys – tai viena iš teisės formų, kuriai būdingi tiek teisės, tiek papročio požymiai. Teisinį paprotį, kaip specifinį žmonių elgesio reguliatorių, apibūdina kiekybiniai požymiai, nusakantys, kiek plačiai ir sistemingai elgesio taisyklė yra įgyvendinama, ir kokybiniai požymiai, parodantys, ar teisės subjektai paplitusią praktiką laiko įpareigojančia.

Tiek bendrosios teisės, tiek civilinės teisės rašytiniai teisės šaltiniai buvo kuriami remiantis papročiais.

Šiuo metu teisiniai papročiai savarankiškai reguliuoja tam tikras gyvenimo sritis. Jie ypač reikšmingi tarptautinėje teisėje (tiek viešojoje, tiek privatinėje) ir civilinėje bei komercinėje srityje.

Valstybės sankcionavimo negalima laikyti vienareikšmiu skiriamuoju teisinio papročio bruožu. Visuomeninė praktika gali tapti teisiniu papročiu net ir tais atvejais, kai valstybė apie tai nepareiškia savo nuostatų.

Nors įstatymų leidyba yra modernesnis teisės normų išraiškos būdas nei papročiai, paprotinė teisė, palyginti su įstatymais (centralizuota rašytine teise), turi svarbių pranašumų. Visiškai atsisakyti teisinių papročių netgi nebūtų įmanoma, nes neįmanoma kalba išreikšti visų teisinio reguliavimo niuansų.



LITERATŪRA

1. **Berman H. J.** Teisė ir revoliucija. – Vilnius: Pradai, 1999.
2. **Benson B. L.** To Arbitrate or to Litigate: That is the Question // *European Journal of Law and Economics*. 1999. No 8.
3. **Dominas G., Mikelėnas V.** Tarptautinis komercinis arbitražas. – Vilnius: Justitia, 1995.
4. **Hart H. L. A.** Teisės samprata. – Vilnius: Pradai, 1997.
5. **Benson B. L.** The Enterprize of Law: Justice without the State. – San Francisco: Pacific Research Institute for Public Policy, 1990.
6. **Ellicson R.** Order Without Law: How Neighbours Settle Disputes. – Massachusetts, Harvard University Press, 1991.
7. **Zion J. W.** The Use of Custom and Legal Tradition in the Modern Justice Setting // *Contemporary Justice Review*. 1998. Vol. 1.
8. **Tamanaha B. Z.** A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism // *Journal of Law & Society*, June 2000. Vol. 27. Issue 2.
9. **Parisi F.** Spontaneous Emergence of Law: Customary Law // *Encyclopedia of Law and Economics*. 9500 (603 – 630). 1999.
10. **Vaišvila A.** Teisės teorija. – Vilnius: Justitia, 2000.
11. **Eisenberg M. A.** Corporate Law and Social Norms // *Columbia Law Review*. 1999. Vol. 99.
12. **von Hayek F. A.** Teisė, įstatymų leidyba ir laisvė. Taisyklės ir tvarka. – Vilnius: Eugrimas, 1998. T. 1.
13. **Еропов В. В.** Некоторые инструменты негосударственного регулирования в международной торговле: правовые аспекты // *Государство и право*. 2000.
14. **Kūris P., Požarskas M.** Tarptautinės teisės apybraižos. – Vilnius: Mintis, 1985.
15. **Ehrlich St.** *Więzonce uzory zachowania*. – Warszawa, 1995.
16. **Maksimaitis M.** Lietuvos teisės šaltiniai 1918–1940 metais. – Vilnius: Justitia, 2001.
17. **Mikelėnienė D., Mikelėnas V.** Teismo procesas: teisės aiškinimo ir taikymo aspektai. – Vilnius: Justitia, 1999.
18. **Maine H.** Ancient Law, Chapter 1: Ancient Codes. 1861. (<http://socserv2socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/313/maine/anclaw/chap01>, 2002.01.19).
19. **Glendon M. A., Gordon M. W., Osakwe C.** Vakarų teisės tradicijos. – Vilnius, 1993.
20. **Rzymyskie** prawo prywatnie. – Warszawa, 1994.

21. **Caplan B.** The Economics of Non–State Legal Systems. 1997. (<http://www.digiweb.com/igeldard/LA/legal/nonstate.txt>, 1998.10.16).
22. **Wronkowska G., Ziembinski Z.** Zarys teorii prawa. – Poznan, 1998.
23. **Комментарий** к Гражданскому кодексу РФ. – Москва, 1999.
24. **Statute** of the International Court of Justice (http://www.icj-cij.org/icjwww/basicdocuments/basetext/istatute.htm#CHAPTER_II, 2002.01.25).
25. **Benson B. L.** Where Does Law Come From? // The Freeman. December, 1997.
26. **Vansevičius St.** Valstybės ir teisės teorija. – Vilnius: Justitia, 2000.
27. **Lietuvos Respublikos** civilinis kodeksas // Valstybės žinios. 2000. Nr. 74.



The Role of Legal Custom in Legal Regulation

Doctoral Candidate Remigijus Šimašius

Lector Giedrė Lastauskienė

Law University of Lithuania

SUMMARY

The authors of the article seek for broader and deeper definition of legal custom. The article explores definition of legal custom, it features and differences from other instruments of normative regulation, including non legal custom and state created law. The authors draw attention to the role of legal custom, which is usually accepted by positivist legal theories, and which can be actually observed. The article explores the role of legal custom in legal systems of Common law and Continental law, including Lithuania. The article also analyses positive and negative aspects of customary law.

