

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗВИЧАЯ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ ЯК ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

THE LEGAL NATURE OF LIKELY BUSINESS TRANSFER AS SOURCES OF CIVILIAN LAW OF UKRAINE

Бірюкова А.Г.,

доктор юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права № 2

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню проблеми правової природи звичаїв ділового обороту та їхньої історичної цінності. Проаналізовано їхнє місце в системі джерел цивільного права та вплив на правове регулювання цивільно-правових відносин, що виникають на сучасному етапі розвитку української державності. Зроблено висновок, що звичай ділового обороту – самостійне джерело цивільного права за наявності сукупності деяких ознак, застосовується за визначених умов, є диспозитивною формою правового регулювання суспільних відносин, що не виходить безпосередньо від публічної влади.

Ключові слова: звичай, правовий звичай, звичай ділового обороту, джерела права, джерела цивільного права, цивільне законодавство України, Цивільний кодекс України.

Статья посвящена исследованию проблемы правовой природы обычаев делового оборота и их исторической ценности. Проанализированы их место в системе источников гражданского права и влияние на правовое регулирование гражданско-правовых отношений, возникающих на современном этапе развития украинской государственности. Сделан вывод, что обычай делового оборота является самостоятельным источником гражданского права при наличии совокупности определенных признаков, применяется в определенных случаях и выступает диспозитивной формой правового регулирования общественных отношений, не исходит непосредственно от публичной власти.

Ключевые слова: обычай, правовой обычай, обычай делового оборота, источники права, источники гражданского права, гражданское законодательство Украины, Гражданский кодекс Украины.

The article is devoted to the study of the problem of the legal nature of the traditions of business turnover and their historical value. The analysis of their place in the system of sources of civil law and the influence on the legal regulation of civil-legal relations that arise at the present stage of development of Ukrainian statehood is made. It is concluded that the custom of business turnover is an independent source of civil law in the presence of a set of certain features, is used in certain cases and serves as a dispositive form of legal regulation of social relations that does not come directly from public authority.

Key words: custom, legal custom, custom of business turnover, source of law, source of civil law, civil law of Ukraine, civil code of Ukraine.

Дослідження актуальних проблем сутності, ролі та значення звичаю як джерела права має велике наукове та пізнавальне значення для визначення специфіки правового регулювання суспільних відносин за допомогою не лише класичних форм – нормативно-правових актів. В Україні, як і в інших державах континентального типу правових систем, звичай застосовується здебільшого в галузях приватного права, зокрема в цивільному.

Звичай – це правило поведінки, добре відоме в певній місцевості або серед визначеної групи людей, яке має обов'язковий характер і постійно дотримується учасниками відносин. Звичай був найпершим, а протягом тривалого часу й єдиним джерелом права. Серед основних джерел права правовий звичай є історично першим, властивим всім правовим системам світу минулого, він набув правової характеристики внаслідок тривалого застосування і визнання органами державної влади.

Право Стародавнього Риму відносило правові звичаї до категорії усних джерел права (*jus non scriptum*). З посиленням законодавчої діяльності держави звичай значною мірою втратив своє значення, хоч і залишився джерелом права.

Римські юристи розрізняли кілька видів правових звичаїв. По-перше, звичай *secundum legem* (на додаток закону), які відіграють найважливішу роль, сприяють розумінню змісту тих термінів та висловів закону чи судового рішення, які вжито в особливому, відмінному від загальноприйнятого значенні (зловживання правом, розумна ціна тощо). По-друге, звичай *praeter legem* (крім закону) застосовуються за наявності прогалин у праві або законодавстві. По-третє, *contra legem* та *adversus legem* (проти закону) наявні за колізії закону та звичаю, відіграють незначну роль у правовій системі [7].

У Київській Русі вживалися різні терміни на визначення звичаєвого права: «звичай», «норов», «закон». Так, у

літописі Нестора поняття «закон» згадується поруч із поняттям «звичай»: «Мали звичаї свої і закони батьків своїх <...>». Це явище зафіксоване і в договорах київських князів із греками: «за законом і за поконом мови нашої» [8].

У Росії до 1917 р. звичай регулював відносини між селянами. Дослідники зазначали, що у сфері приватного цивільного права більшість населення Росії керується звичаєвим правом, а писані закони призначені для меншин.

Радянська правова доктрина ставилася до правового звичаю негативно. Це й зрозуміло – для встановлення та закріплення звичаєвого права потрібен значний час, а нове соціалістичне суспільство, яку вбудували після революції 1917 р., за панівними уявленнями, принципово й якісно відрізнялося від попереднього ладу.

Сучасне розуміння і місце правового звичаю в системі джерел цивільного права є результатом його еволюції, яка відбувалася по-різному в різних правових системах.

Норми, присвячені правовому звичаю як джерелу цивільного права України, містить Цивільний кодекс України (далі – ЦК України). У результаті аналізу норм ЦК України можна виділити такі види звичаїв: 1) звичай національної меншини (ст. 28); 2) звичай ділового обороту (ст. ст. 213, 526, 529, 531, 532, 538, 539, 613 тощо); 3) місцевий звичай (ст. 333); 4) звичай як такий (ч. 1 ст. 444) [6].

У ст. 7 ЦК України закріплено, що джерелом цивільного права є звичай, зокрема звичай ділового обороту. Законодавець уточнив поняття звичаю в згаданій статті ЦК України та розуміє звичай як правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але усталене в певній сфері цивільних відносин. Також він встановив заборону застосування звичаїв, які суперечать актам цивільного законодавства чи договору. Отже, законодавець, по-перше, вказав на ознаки, за яких правило поведінки перетворюється на звичай, а саме:

а) не повинно бути встановлено актами цивільного законодавства; б) повинно бути ustalеним у певній сфері цивільних правовідносин. По-друге, офіційно виокремив лише один вид звичаю – звичай ділового обороту. По-третє, вказав на джерело можливої фіксації звичаю, а саме у відповідному документі. Документами, що застосовуються в Україні, в яких зафіксовані звичаї ділового обороту, є «Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів» у редакції 1993 р., Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) у редакції 1994 р., «Інкотермс» – офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати в редакції 2000 р. [2]. Формалізація звичаїв відбувається шляхом тлумачення міжнародних торговельних термінів, уніфікації правил та звичаїв, неофіційної систематизації звичок, які можуть набувати правового значення за умови посилання на них учасників договірних відносин. Однак здебільшого звичаї не фіксуються в актах цивільного законодавства чи будь-яких інших документах; вони мають характер аксіом, які зазвичай беруться до уваги учасниками цивільних відносин, судом тощо. Деякі вчені ототожнюють звичаї ділового обороту з торговельними звичаями [9, с. 193]. О.А. Беляневич вважає, що «<...> внутрішні торгові звичаї (звичаї ділового обороту) як ustalені правила у певних відносинах <...>». Тобто автор звичаями ділового обороту називає внутрішні торгові звичаї [4, с. 226]. В українській юридичній енциклопедії торговим звичаєм названо правило, що склалося в торгівлі в результаті одноманітного повторення певних відносин [5, с. 569]. Н.С. Толкачова зазначає, що торговельні звичаї є різновидом звичаїв ділового обороту, а звичаї ділового обороту розглядаються нею крізь призму ustalеного правила поведінки, яке широко застосовується в певній сфері підприємницької діяльності [10]. Наведена теза узгоджується із правовою позицією Вищого господарського суду України, відповідно до якої звичаєм ділового обороту є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але ustalене у сфері ділового обороту [2]. З порівняльною метою доцільно згадати про те, що в сучасному німецькому праві торговий звичай вважається різновидом звичаю ділового обороту [11]. Український законодавець не ототожнив поняття «торговий звичай» та «звичай ділового обороту», тому, на нашу думку, торгові звичаї можуть вважатися близькими за значенням до звичаїв ділового обороту, але не синонімами.

Р.А. Майданик вважає, що звичай ділового обороту розуміється як ustalене правило поведінки, яке широко застосовується в певній сфері підприємницької діяльності. Традиційно найпоширенішими звичаями ділового обороту є звичаї в торгівлі, розрахункових операціях, торговельному мореплаванні тощо [6]. Отже, до ділового обороту можна віднести тільки той сегмент договірних відносин, в яких хоча б одна сторона є суб'єктом господарської діяльності. Звичаї ділового обороту можуть бути утворені тільки у відносинах за участю суб'єкта господарювання, а в інших – ні. З одного боку, такий підхід має сенс, оскільки звичаєві норми формуються шляхом практики, яка є сталою (усталеною), тобто є більша ймовірність їх утворення в діловому обороті, ніж у загальному. Однак, з іншого боку, загальний оборот також може створювати звичаєві норми, які не будуть перебувати в рівних умовах зі звичаями ділового обороту. Наприклад, у ст. 527 ЦК України йдеться лише про звичаї ділового обороту, а не про звичаї загалом. І в цьому полягає проблема, оскільки правила, утворені практикою підприємців, можуть діяти у відносинах інших осіб, а навпаки – ні. Такий стан суперечить принципу рівності учасників цивільних відносин [3].

У результаті аналізу правової природи звичаю ділового обороту, що є загальноприйнятим правилом поведінки, яке не виражене прямо ні в законі (нормативному акті),

ні в договорі сторін, але не суперечить їм, можна зробити висновок, що звичаї діють за відсутності прямих приписів у нормативному акті або в договорі.

Звичай повинен бути ustalеним правилом поведінки, тобто досить визначеним за своїм змістом і широко застосовуваним у майновому обороті (наприклад, традиції виконання тих чи інших договірних зобов'язань; інші вимоги, які зазвичай висуваються). Ознака ustalеності передбачає, що звичай, завдяки його багаторазовому застосуванню, сприймається в суспільстві або в його значній частині як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, зокрема через історичні, національні, суспільні традиції.

З аналізу окремих статей ЦК України можна зробити висновок про правила застосування звичаїв ділового обороту. По-перше, варто зазначити неоднаковість підходів до застосування звичаїв у ЦК України. Наприклад, зі ст. 526 ЦК України можна зробити висновок, що умовою застосування звичаїв ділового обороту до питань виконання зобов'язання є відсутність відповідного регулювання в договорі, ЦК України, інших актах цивільного законодавства (ст. 526 ЦК України встановлює: «Зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться») [1]. Водночас з інших статей ЦК України (ст. ст. 527, 529, 531, 532, 538, 539, 613, 652, 687, 846) випливає пріоритетність застосування звичаїв порівняно з нормами ЦК України (у ст. 527 ЦК України зазначено: «Боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор – прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту»). Аналогічні формулювання містяться і в інших згаданих статтях ЦК України [1]. По-друге, зі ст. 627 ЦК України випливає, що звичаї ділового обороту є обмежувачем свободи договору (сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості). По-третє, зі ст. 630 ЦК України випливає, що за певних умов звичаєм ділового обороту вважаються типові умови договору (зокрема, у ч. 2 ст. 630 ЦК України визначено: «Якщо у договорі не міститься посилання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватись як звичай ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 цього Кодексу») [1].

Звичаї ділового обороту беруть до уваги під час тлумачення угод. За наявності сумнівів їх необхідно трактувати з огляду на вимоги добросовісності, розумності та справедливості, брати до уваги застосований до відносин між сторонами звичай.

Зауважимо, що звичай ділового обороту набуває юридичного характеру лише після його схвалення державою. Тільки держава може визнавати звичаї, що склалися, та наділяти їх чинністю, точно вказувати умови їх застосування, головною з яких є вимога, щоб звичай не суперечив закону. Виключно держава дозволяє переводити частину загальних звичаїв до складу юридичних норм, а деякі з таких звичаїв вона сама оголошує юридичними й обов'язковими для судді. Взаємовплив звичаю та права полягає в тому, що корисні звичаї стимулюються правом, держава не заперечує застосування потрібних звичаїв, а ті з них, які суперечать закону, кваліфікуються як правопорушення. Після санкціонування звичаю ділового обороту як джерела цивільного права держава повинна сприяти діяльності щодо виявлення та фіксації звичаїв.

У результаті аналізу вищезазначених особливостей звичаїв ділового обороту можна виділити такі їхні характерні риси (ознаки) як джерела цивільного права: 1) це загальновизнані правила поведінки, що склалися в резуль-

таті неодноразового і тривалого однакового застосування; 2) їх документальна фіксація не обов'язкова, що прямо впливає зі змісту ст. 7 ЦК України; 3) вони регулюють конкретні цивільно-правові відносини установленим порядком; 4) правове значення звичаїв ділового обороту полягає в тому, що вони застосовуються після нормативних актів і договорів; 5) вони забезпечені соціальним примусом; 6) не передбачені цивільним законодавством; 7) санкціоновані державою.

Специфіка звичаїв ділового обороту зумовлена самою їхньою природою, тобто тим, що як такі вони не можуть з'явитися в суспільстві, де, по-перше, немає розвинутого власного товарно-грошового обігу, по-друге, не склалися досить стабільні відносини стосовно умов та порядку такого обігу, що дозволяє ідентифікувати ці відносини як ділові.

З погляду включення до системи джерел права тієї чи іншої держави звичаю ділового обороту сьогодні в більшості країн він є визнаним рівноправним джерелом, як закони, підзаконні акти й інші джерела права. Україна не стала винятком і офіційно надала визначення звичаю ділового обороту як джерела цивільного права в ст. 7 ЦК України.

Отже, можна зробити висновок, що звичай ділового обороту застосовується тоді, коли, по-перше, є прогалини в позитивному праві за умови санкціонування влади, по-друге, є відсилання закону до звичаю, по-третє, на підставі звичаю ухвалено судове чи адміністративне рішення.

Звичай ділового обороту можна назвати самостійним джерелом права, що відіграє важливу роль у системі сучасного цивільного права, є диспозитивною формою правового регулювання суспільних відносин, що не виходить безпосередньо від публічної влади.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Цивільний кодекс України: Закон від 16 січня 2003 р. (зі змінами). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page>.
2. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: інформаційний лист Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р. № 01–8/211. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08.
3. Бедрій М.М. Звичай ділового обороту: роздуми щодо змісту поняття та його доцільності. Публічне і приватне право: конституційні засади та інноваційні тенденції: тези доповідей учасників науково-практичної інтернет-конференції (22 червня 2017 р.). URL: http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1590%3A130617-21&catid=187%3A3-062017&Itemid=232&lang=en.
4. Беяневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): монографія. К.: Юрінком-Інтер, 2006. 592 с.
5. Коломацька С.П. Звичай торговий. Юридична енциклопедія: у 6 т. / за ред Ю.С. Шемшученка (гол.) та ін. Т. 2: Д – Й. К.: Укр. енцикл., 1999. С. 569.
6. Коментар до Цивільного кодексу України / Р.А. Майданик Р.А. Глави 1, 2, 9, 10, 11, 70. URL: <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/367-7.html>.
7. Майданик Р.А. Правовий звичай як джерело цивільного права. URL: <http://www.actio.com.ua/ru/publ-katc/pravovii-zvichai-ia-k-dzherelotciv-inogoprava>.
8. Майданик Р.А. Цивільне право: загальна частина. Т. I: Вступ у цивільне право. К.: Алерта, 2012. URL: http://pidruchniki.com/1584072046508/pravo/tsivilne_pravo.
9. Махінчук В.М. Торговий звичай (звичай ділового обороту) як джерело виникнення підприємницьких відносин. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична». 2013. Вип. 1. С. 192–200.
10. Толкачова Н.Є. Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту – форми права сучасної України: проблеми застосування. Соціологія права. 2011. № 2.
11. Проценко І.М. Звичай ділового обігу за законодавством України та Німеччини. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=316/>