

# ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ, УЗВИЧАЄНІСТЬ, ЗВИЧАЙ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ - ФОРМИ ПРАВА СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ

Толкачова Н.Є.

(доцент кафедри теорії та історії держави і права Київського національного  
університету імені Тараса Шевченка, кандидат філософських наук)

**Анотація.** У статті аналізуються теоретико-методологічні засади застосування правового звичаю (звичаю ділового обороту, узвичаєності) при регулюванні суспільних відносин. Правовий звичай розглядається як форма (джерело) права, на підставі якої здійснюються конкретні відносини, укладаються договори та на яку може посылатися суддя при вирішенні спору.

**Ключові слова:** правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту, форма права, правовідносини.

**Аннотация.** В статье анализируются теоретико-методологические основы применения правового обычая (обычая делового оборота, обыкновения) при регулировании общественных отношений. Правовой обычай рассматривается как форма (источник) права, на основе которого осуществляются конкретные отношения, составляются договора и на которую может ссылаться судья, решая спор.

**Ключевые слова:** правовой обычай, обыкновение, обычай делового оборота, форма права, правоотношения.

**Summary.** This article analyzes the theoretical and methodological principles of the use of legal practice in the regulation of social relations. Legal practice is regarded as a form (source) of law under which carried out specific relationships and negotiated contracts which may refer to a judge in deciding the dispute.

**Key words:** custom, business process customs, form of law, legal relations.

З розвитком суспільства і держави правовий звичай, а разом з ним і звичаєве право, поступово витіснялись законами та іншими формами й інститутами права, ставали другорядними джерелами права. У поглядах деяких вчених спостерігається визначення ролі звичаю як архаїчної форми права, у той час як представники *соціологічної школи* підкреслюють значення звичаїв і традицій у соціальному регулюванні. Спори в минулому столітті велись переважно в напрямку – чи є звичай в умовах соціалізму джерелом права, чи ні. У цьому зв'язку в одних випадках звичай вважався субсидіарною нормою в правовому регулюванні (С.І. Вільнянський, І.Б. Новицький, П.О. Недбайло), а в інших він як такий заперечувався (С.А. Галунський, С.Л. Зивс). Найбільш розповсюджений підхід до виявлення сутності звичаю як соціальної норми неправового характеру зводився до поняття "правила соціалістичного співжиття" (С.І. Вільнянський, А.М. Айзенберг, І.Б. Новицький, Г.Г. Карева). При цьому Вільнянський вважав, що звичаї є не видом, а формою соціальних норм, в якій можуть бути виражені норми різноманітного змісту. Вони можуть бути і в якості норми права (звичаєве право), норми моралі тощо [3, с. 211].

Фактично з другої половини ХХ ст. радянська правова доктрина стала на позицію цілковитого заперечення значення *правового звичаю* як джерела чинного національного права, допускаючи його використання лише у міжнародному праві. Не заохочувалися й історико-правові дослідження відповідної тематики, хоча в силу своєї загальної значимості ця проблема поставала мало не у кожному серйозному дослідженні, присвяченому історії українського права.

Сфера регулювання суспільних відносин останнім часом у вітчизняній правовій системі зазнала суттєвих змін. У нашій країні відбулись суттєві зміни у сфері цивільно-правового регулювання майнових, шлюбно-сімейних, земельних відносин тощо. Властиві цивільному праву принципи диспозитивності, юридичної рівності, законодавчого обмеження державного втручання у приватні справи, судового захисту суб'єктивних цивільних прав підвищують його цінність у суспільстві.

Такі зміни відбулись і в безпосередньо пов'язаній із здійсненням правового регулювання суспільних відносин сфері джерел права. Сьогодні стало можливим формування правових норм у децентралізованому порядку, тобто поза рамками законотворчого процесу, що визнається певним нововведенням з боку держави. Саме тому в останні роки в науці активно обговорюється питання про перенесення частини правового регулювання з централізованого (загальнодержавного) на локальний рівень. Виник навіть термін «децентралізація правового регулювання». На думку Т. В. Кашаніної існує кілька рівнів (видів) такої децентралізації: 1) на рівні державних органів (республіканське і місцеве регулювання); 2) на рівні колективів і організацій (локальне регулювання); 3) на рівні індивідів (індивідуальне регулювання чи саморегулювання) [ 5, с. 22].

Відношення до звичаю у європейському праві також переживало своєрідні цикли – домінування звичаєвих норм, заперечення застосування звичаїв та визнання їх як субсидіарного, а в наш час основного джерела права, рівного закону. Можна відмітити, що відношення до звичаю змінюється кожен раз, коли зростає чи спадає напруга між діючим позитивним, писаним правом і практикою відносин, що склалась. Однак, окрім причин економічного характеру, непостійність у поглядах на звичаєве право викликається ще й ідеологічними причинами, які частіше за все заважають сприймати точну картину змін, що відбуваються в структурі права (на цьому будується позитивістська критика ідей природничої школи, яка наголошує на деідеологізації права). «Розбіжності, що існують в теорії, не мають, однак, ніяких фактичних наслідків. Насправді усюди судді ведуть себе так, якби закон був виключним чи майже виключним джерелом права. При цьому, однак, звичаю надається куди більше значення, ніж це можна уявити собі на перший погляд» [4, с. 94].

Разом з тим сама система права вцілому, в тому вигляді, який склався в епоху кодифікацій, і те місце, яке в ній займає звичай, до цього часу не зазнали принципових змін. При всьому тому, що загальною тенденцією розвитку права, названою у свій час М. Вебером процесом раціоналізації, що полягає у переважанні легітимних форм правоутворення (закону, судового прецеденту), панівна роль законодавчої діяльності аж ніяк не означає встановлення її монополії.

Питання санкціонування і використання правових звичаїв та їх різновидів (звичаїв ділового обороту, узвиченостей, торговельних звичаїв, звичаїв національних меншин, місцевих звичаїв) у сучасній національній правовій системі привертають увагу сучасних дослідників, зокрема О.А. Беляєвич, Р.М. Зумбулідзе, О.П. Івановської, М.М. Марченко, А.І. Порогикова та інших.

У наш час, як правило, виділяють дві форми санкціонування звичаєвих норм: фіксоване та відсильне. При *фіксованому санкціонуванні* зміст звичаєвої норми формулюється в якомусь правовому акті. В цьому випадку звичаєве право як сукупність звичаєвих норм сприймається й адаптується законодавством. Санкціоновані таким шляхом звичаєві норми функціонують в подальшому так само як й інші законодавчі акти. Таким чином, відбувалось санкціонування звичаєвого права давніми державами при виданні збірок звичаїв своїх народів. Фіксоване санкціонування звичаєвих норм може здійснюватися через закон, адміністративний акт чи судові рішення (в країнах «загального права»). Про *відсильне санкціонування* можна говорити, коли в певному правовому акті міститься відсилка до звичаєвої норми, якою необхідно керуватися в зазначених випадках [6, с. 591 - 592]. Відсилка не визначає суті змісту звичаєвих норм, тому деякі фахівці називають відсильне санкціонування легалізацією звичаєвого права [1, с. 11]. При цьому відсильна санкція може бути *загальною* (міститься в основоположних законодавчих актах, наприклад, кодексах) і *приватною* (міститься в інших нормативних актах).

Поряд з нормативно-правовим актом, який тривалий час вважався чи не єдиним джерелом і формою права, сьогодні законодавчо закріплено правовий звичай, звичай

ділового обороту, національний звичай, торговельний звичай як форму права (ст. 7 Цивільного кодексу України, ст. 11 Сімейного кодексу України, ст. 4 Господарського процесуального кодексу та у Кримінальному кодексі України – ст. 438 - «порушення законів та звичаїв війни»). Аналогічні процеси відбуваються й у наших сусідів. Конституція Російської Федерації (1993) закріпила права корінних малочислених народів Півночі у відповідності із загально визнаними принципами і нормами міжнародного права і міжнародними договорами РФ (ст. 69). Особливою компетенцією державної влади було визнано «захист ісконного середовища мешкання і традиційного способу життя малочислених етнічних спільнот» (ст. 72). Конституцією РФ передбачено і те, що земля й інші природні ресурси використовуються і охороняються як основа життя і діяльності народів, що проживають на відповідній території (ст. 9). Ці конституційні положення розвинуті у поточному законодавстві. Так, стаття 14 федерального Закону «Про гарантії прав корінних малочислених народів РФ» (1999) говорить, що «особи, які належать до малочислених народів, а також об'єднання малочислених народів мають право на судовий захист ісконного середовища мешкання, традиційного образу життя, господарювання і промислів... При розгляді в судах справ, в яких особи, що належать до малочислених народів, виступають в якості позивачів, відповідачів, потерпілих чи обвинувачених, можуть братися до уваги традиції і звичаї цих народів, якщо вони не суперечать федеральним законам і законам суб'єктів РФ». Аналогічні норми передбачені й в інших законах, наприклад «Про території традиційного природокористування корінних малочислених народів Півночі, Сибіру і Далекого Сходу РФ» (2001).

У зв'язку з цим виникає питання: як буде визначатись «правильність» традицій і звичаїв? Адже норми звичаєвого права не фіксувались письмово, вони існували усно і передавались з покоління у покоління. Крім того, вони мали свої особливості у різних народів і навіть у різних груп одного народу. Суттєвою являється й та обставина, що протягом кількох десятків років представники корінних народів (національних меншин) жили в єдиному цивільно-правовому просторі Радянського Союзу, що не могло не вплинути на їх правосвідомість і менталітет.

Звернемося до чинного Цивільного кодексу України, стаття 7 якого допускає можливість застосування в регулюванні цивільно-правових відносин звичаїв, зокрема звичаїв ділового обороту (відсильне регулювання), а в п. 2 цієї ж статті встановлено, що звичаї, що суперечать договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовуються. З даного положення ясно, що звичай ділового обороту визнається субсидіарним джерелом права і має «меншу» юридичну силу порівняно з законодавством та договором сторін. У статті 28 міститься норма, яка передбачає застосування звичаїв національних меншин щодо визначення ім'я фізичної особи. Наприклад, відповідно до статті 12 Закону України «Про національні меншини в Україні» (1992) [2] кожен громадянин України має право на національне прізвище, ім'я та по-батькові. При цьому вказаним Законом допускається відновлення особою свого національного прізвища, імені та по-батькові. Якщо у національних традиціях немає звичаю фіксувати «по-батькові», особа має право записувати в паспорті лише своє ім'я та прізвище, а у свідоцтві про народження – ім'я батька і матері. Стаття 333 ЦК (місцевий звичай) встановлює новий спосіб виникнення права власності, який не передбачався у старому Цивільному кодексі УРСР (1963): «Особа, яка збрала ягоди, лікарські рослини, зловила рибу або здобула іншу річ у лісі, водоймі тощо, є їхнім власником, якщо вона діяла відповідно до закону, місцевого звичаю або загального дозволу власника відповідної земельної ділянки». Існують й інші норми цивільного законодавства, які встановлюють порядок застосування звичаєвих норм у правовому регулюванні відносин, зокрема у зобов'язаному праві.

Законодавець не обмежує сторони у виборі та застосуванні до своїх відносин звичаїв. Але при цьому *необхідно дотримуватися двох правил*: 1) звичай не повинен суперечити договору; 2) звичай не повинен суперечити актам цивільного законодавства.

Щодо застосування диспозитивних норм уявляється, що звичай ділового обороту і будь-який інший правовий звичай не повинні застосовуватися, якщо умови договору визначаються імперативними нормами. При відсутності відповідності умов договору імперативним нормам, встановленим у законах чи інших правових актах, договір може бути визнаний недійсним. Очевидно, диспозитивна норма закону не в усіх випадках може мати пріоритет над нормою звичаю. У тих випадках, коли норма правового звичаю покликана заповнити прогалину, що утворилась в результаті неврегульованості позитивним правом умови в договорі, вона повинна застосовуватися якщо умову договору неможливо визначити із змісту диспозитивної норми.

В аспекті співвідношення застосування норм звичаїв і норм права слід розглянути ще одну проблему: взаємодія правил звичаїв ділового обороту і суті договірних зобов'язань. У нормах, що регулюють загальні положення про виконання цивільно-правових зобов'язань, суті зобов'язання надається перевага перед звичаєм ділового обороту. У нормах, що регулюють умови окремих цивільно-правових договорів, суті зобов'язання також надається перевага перед звичаєм ділового обороту, хоча між двома поняттями може стояти союз «чи», який передбачає їхню рівну юридичну силу. У такому випадку застосування правового звичаю чи норми права виникає питання: чи повинен правовий звичай мати пріоритет над підзаконними актами?

Для пріоритетного застосування окремих нормативних актів у цивільному законодавстві повинні бути зроблені чіткі застереження, які б встановлювали послідовність застосування цих актів і звичаїв. При цьому переважне застосування повинно стосуватися нормативних актів, що містять імперативні норми, обов'язкові для учасників цивільно-правових відносин. Підзаконні нормативні акти, що містять диспозитивні норми, на нашу думку, можуть мати пріоритет над правилами звичаїв при регулюванні відносин, що впливають з конкретних цивільно-правових договорів, тільки у тому випадку, якщо в договорі міститься пряма відсилка до цих нормативних актів.

Як вже зазначалось, наш законодавець включив у статтю 7 Цивільного кодексу України визначення поняття *звичаю* в цивільних відносинах, однак не дає дефініцію *ділового обороту*, який також може застосовуватися в цій сфері згідно цієї ж статті. Звичаєм визнається правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним в певній сфері цивільних відносин. Ознака усталеності підкреслює, що звичай внаслідок його багаторазового застосування сприймається в суспільстві або у його значної частини як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, у тому числі в силу історичних, національних, суспільних традицій. За загальним правилом звичай є джерелом права і без його формального закріплення. Він може бути зафіксований у відповідному документі, а якщо він суперечить договору або актам цивільного законодавства – не може бути застосований у цивільних відносинах.

Таким чином, *правовим звичаєм* визнається правова норма, не передбачена законодавством, яка склалась і стала обов'язковою у певній сфері діяльності в результаті багатократного і одноманітного повторення відомої поведінки, забезпечена соціальним примусом (авторитетом) і використовується для регулювання конкретних цивільно-правових відносин в установленому порядку з санкції держави.

Норми законодавства, що відсилають до «звичаїв» чи до «звичаєвого» можуть бути як диспозитивними, так й імперативними. Якщо, наприклад, продавець не прийняв необхідні заходи по узгодженості ціни в розумний термін, то покупець сплачує ціну за товар, яка в момент укладення договору при схожих обставинах зазвичай стягувалась за аналогічні товари. Річ, яка здається на зберігання в ломбард, підлягає оцінці за узгодженістю сторін у відповідності з цінами на речі такого роду і якості, що зазвичай встановлюються в торгівлі у момент та у місці їх прийняття на зберігання. Виходить, що в першому випадку сторони є вільними в узгодженості ціни, а договірну умову про ціну неможливо оспорити. У другому випадку сторони зв'язані зазвичай встановленими

цінами, тому їх оспорити неможливо. Іншими словами, у першому випадку мова йде про диспозитивну норму, а у другому – про імперативну.

Передача, трансляція нормативного повідомлення, закладеного у звичайній поведінці, відбувається частіше за все не через закріплення і наступне цілеспрямоване поширення писаного тексту серед невизначеного кола осіб, як у випадку із законом, а шляхом безпосереднього сприйняття поведінкового зразку тими, хто зайнятий в одній і тій же сфері діяльності. Частіше за все суб'єкт права дізнається про існування звичайної норми не із нормативного документу, а через зіткнення з її носіями, безпосередньо спостерігаючи за її застосуванням на практиці. Розвиток засобів зв'язку суттєво розширило можливості такого зіткнення, але тільки просторово, а не за колом осіб. Те, що відбувається в торгівлі текстилем, як і раніше, мало цікавить продавця криці.

Сама природа звичаю не дозволяє встановити чіткі рамки його застосування. «Таким чином, для норм звичаєвого права немає і не може бути такого точно визначеного середовища підкорення, як для закону. Для одних звичаїв вона більше, для інших менше. У цій обставині криється значний недолік правових звичаїв як примусових норм співжиття» [9, с. 192]. Розмитість меж дії звичаєвої норми створює підґрунтя для колізій різних звичаїв у регулюванні однорідних відносин.

Співвідношення правових звичаїв із диспозитивними нормами закону повинно визначатися залежно від їх ролі в регулюванні суспільних відносин. Якщо норма правового звичаю заповнює прогалину, що утворилась у результаті неврегульованості умови в договорі, диспозитивна норма закону має перевагу перед ним. Якщо ж норма правового звичаю покликана встановити інше правило порівняно із диспозитивною нормою закону, то вона повинна мати перевагу перед диспозитивною нормою.

Для переважного застосування підзаконних нормативних актів перед правовим звичаєм у ЦК повинні бути зроблені чіткі застереження, що встановлюють послідовність застосування цих актів і звичаїв. Переважне застосування повинно стосуватися нормативних актів, що містять імперативні норми, які являються обов'язковими для учасників цивільно-правових відносин. Підзаконні нормативні акти, що містять диспозитивні норми, можуть мати перевагу над правилами звичаїв при регулюванні договірних відносин, тільки при наявності у договорі прямої відсилки до цих нормативних актів.

У наш час у ряді правових систем звичаєве право займає місце закону в тих випадках, коли законодавство неспроможне охопити всю сферу відносин, що ним регулювались. Однак чим ширше законодавча діяльність держави, тим вужче сфера застосування звичаєвого права. У країнах, що мають добре кодифіковану систему законодавства, звичаєве право може мати силу, але тільки в межах встановлених самим законом. До недавнього часу правові звичаї залишались важливою формою права у міждержавних відносинах.

Водночас на глобальному рівні у контексті загального переосмислення ряду правових категорій, явищ і процесів дослідження звичаєвого права стали підґрунтям сучасних концепцій теорії права, наприклад феноменологіко-комунікативної концепції, соціологічної юриспруденції, концепції народного права, локального права, формулярного права тощо.

Правові звичаї – це звичаї, дотримання яких підтримується крім традицій, звичок, суспільної думки і засобами державного примусу і переконання. У випадку визнання певного звичаю правовим суд (чи інший державний орган) має право застосовувати норму, що міститься у даному звичаї, як офіційну підставу вирішення справ і винесення по ним рішень.

Визнаючи правовий звичай формою права, державна влада, таким чином, бере під захист вже існуюче правило поведінки, яке відповідає інтересам суспільства. Це правило живе у свідомості людей і не фіксоване в будь-якій певній словесній формулі.

Але навіть якщо воно записано ким-небудь чи виражено у народному прислів'ї, воно не має загально визнаного значення, не буває так точним і визначеним, як наприклад, зміст закону. Існують різні відтінки в розумінні змісту звичаю різними особами, групами населення, в різних місцевостях. Правові звичаї важко узгоджуються з поняттям єдиного національного права; вони мають, як правило, вузький місцевий і національний характер.

Невизначеність і розмитість норми, що міститься у правовому звичаї, відкривають можливість довільного її тлумачення, а значить, і довільного застосування суддями і адміністраторами. Звідси можливість різноманітної і навіть суперечливої судової практики по однорідним справам. Правовий звичай – форма, як правило, консервативна по своєму характеру, пов'язана не з перспективою розвитку суспільства, а з його минулим, яка виражає тенденції збереження і закріплення цього минулого [ 8, с. 47].

Щодо питання співвідношення звичаєвого права і законодавства в правовій системі нашого суспільства, необхідно, створюючи нові закони, співставляти їх з реально діючими правовими звичаями, які повинні слугувати певною основою для законів, що творяться заново. Причому слід підкреслити, що мова йде саме про реально існуючі та діючі правові звичаї, а не ті, які давно вже «канули в лету».

На сьогодні залишається складним питання яким має бути механізм застосування статей законодавства у частині правових звичаїв, звичаїв національних меншин, ділових узвичаєностей, звичаїв ділового обороту? Які сфери життя національних меншин можуть регулюватися звичаями?

Уявляється, що в першу чергу, сферою звичаєво-правового регулювання уявляється традиційне природокористування. Другою сферою виступає самоуправління національних меншин, яке будується на їх власних правових уявленнях про управління ресурсами, висування лідерів, охорони природного і культурного спадку. Також правовими звичаями можуть регулюватися й деякі питання сімейного права і спадкування. При цьому застосування звичаїв і традицій національних меншин не повинно привести до порушення прав людини, прав іншого населення.

Можливо є доцільним на конституційному рівні закріпити норму, яка забезпечуватиме права національних меншин у питаннях самоуправління і статтю 140 Конституції України викласти в такій редакції: «Місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення, володіння, користування і розпорядження власністю та здійснювати місцеве самоврядування з урахуванням історичних та інших місцевих традицій». Адже саме у рамках самоуправління можуть вирішувати багато життєво важливих питань, пов'язаних із самобутністю образу життя корінних народів (національних меншин) і саме на досвіді общин може бути почата робота по фіксації принципів звичаєвого права.

Необхідним уявляється напрацювання загальних принципів застосування норм звичаєвого права (правових звичаїв) у тому числі й правових звичаїв національних меншин у правовій системі України та відображення їх у законодавстві. Ці принципи повинні узгоджуватися з принципами міжнародного та національного права, слід віднайти «правильну інтонацію» їх відносин з сучасним оточуючим світом. Шлях правового плюралізму дає великі можливості для розвитку цього процесу, якщо врахувати, як пише французький вчений Норбер Рулан, що «звичаї володіють гнучкістю і порівняно легкою пристосованістю. І якщо численні земельні реформи і кодифікації часто давали незадовільні результати, то це відбувалось тому, що їх приписи сприймалися населенням як якесь право, нав'язане ззовні. Замість того щоб змінювати традиційне право, краще було б створити такі умови, щоб воно поступово перетворювалось, а не поступати з ним авторитарно, аж до його скасування» [ 7, с. 206].

Таким чином, не можна не визнати того факту, що в сучасному праві основним джерелом права є нормативний акт (закон), однак існує особлива наукова та практична зацікавленість до правового звичаю. З догматичної точки зору питання про співвідношення між звичаєвим правом і законом полягає в тому, чи є ці джерела права

рівносильними чи ні. Позитивне визнання звичаєвого права, як правило, відбувається шляхом використання чи запозичення певних звичаєво-правових норм та інститутів в офіційному праві, тобто шляхом *рецепції*.

Отже, звичай існує незалежно від волі сторін і діє як норма права субсидіарно по відношенню до нормативно-правового акту і умові договору, якщо сторони в договорі не подолали правило звичаю. Ділові ж узвичаєності як правила, не формалізовані в якості норми права діють тільки якщо сторона наперед погодилась з їх дією в рамках їх конкретного правовідношення. Тому слід вважати, що основне призначення ділових узвичаєностей полягає в тому щоб служити зразком для формування договірних умов (наприклад, відсилка до «Інкотермс», Уніфікованим правилам по інкасо тощо).

*Література:*

1. Алимжан К.А. Обычное право как форма права // Научные труды Казахского государственного юридического университета. Выпуск 1. Алматы, 1999. - С. 11.
2. Відомості Верховної Ради України від 08.09.1992 - 1992 р., № 36, стаття 529.
3. Вильнянский С.И. Источники гражданского права / Всесоюзный институт юридических наук Министерства юстиции СССР. - М.: Юрид. изд-во Минюста СССР, 1949. - 211 с.
4. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности, - М.: Прогрес, 1988. - С. 94.
5. Кашанина Т.В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Советское государство и право. – 1992, № 1. - С. 22.
6. Проблеми теорії державства і права. Учебник для вузов / Под. ред. М.Н. Марченко. – М.: Проспект, 2001. - С. 591-592.
7. Рулан Н. Юридическая антропология. 1999. – С. 206.
8. Шебанов А.Ф. Форма советского права. - М., 1968. - С. 47.
9. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. - Тула, 2001. - С. 192.