

СмітюхА. В.,
Одеський національний університет
ім. І.І. Мечнікова

Звичай як джерело права в контексті нового законодавства України (перспективи застосування господарськими судами)

Проблема звичаю як джерела права є для правової системи України водночас старою та новою. Тривалий час звичай був єдиною формою існування права в Україні, його офіційними кодифікаціями стали Правда Ярослава, Статути Великого Князівства Литовського та Права, за якими судиться малоросійський народ. Правовий звичай вшановувався вітчизняними правознавцями, як вираз народного світосприйняття [1, с. 10].

Серед дореволюційних українських теоретиків права найбільшу увагу звичаям приділяв С. Дністрянський [2, с. 116-118; 3, с. 4]. Цей дослідник вважав головною ознакою права не забезпечення правила поведінки державним примусом, а визнання необхідності (*opinio necessitatis*) цього правила учасниками суспільних відносин, тобто психологічний чинник. На думку С. Дністрянського, норми звичаєвого права тримаються на внутрішній силі суспільства, старішого та сильнішого за державу, що унеможлиблює подолання цієї сили жодною державою.

Втім, післяреволюційне право та правова доктрина були несумісні з визнанням можливості виникнення права інакше, ніж через свідому діяльність державного правотворчого органу — видавника нормативного акта. Отже, звичай розумівся як історично перша форма існування права [4, с. 5], але не сприймався як джерело права, що діє.

Радянські теоретики чітко підкреслювали «положення про повне усунення звичаєвого права з правової дійсності Радянського Союзу» [5, с. 153], наголошувалось, що «розвиток соціалістичного права має йти шляхом виключення з системи джерел права та соціалістичної правової практики будь-яких елементів звичаєвого права як пережитку старих форм джерел права» [6, с. 216].

Незаперечним лідером серед джерел права став нормативний акт у різних його формах — від Конституції до відомчих інструкцій; домінування нормативного акта в правовій системі України призвело до того,

що вона перетворилась на, так би мовити, «моноджерельну» правову систему.

Так, Цивільний кодекс УРСР 1963 р. згадує лише: «звичайні вимоги, що ставляться до виконання зобов'язань» (ст. 161) та «звичайні вимоги до якості проданої речі» (ст. 233); «звичайне приймання» поставленої продукції за договором поставки (ст. 250) та «звичайне прийняття» роботи за договором підяду (ст. 343); «звичайну домашню обстановку» при спадкуванні (ст. 533-535). Про звичаї як джерела права не йдеться — йдеться лише про певні обставини, що їх оцінюватиме суд (звичайні або незвичайні).

Втім, на Заході завжди залишалась актуальною думка про те, що право інтегрує дві течії: по-перше, воно зростає знизу вверх із звичаїв суспільства та здорового глузду кожної людини, по-друге, влада прагне своєю власною волею створити «право, що засноване на наказі», отже, право неможна зводити лише до волі чи розуму законодавця [7, с. 504, 531-533]. Всі великі кодифікації визначають звичай як допоміжне, але невід'ємне джерело права.

Р. Давід у своїй класичній роботі «Основні правові системи сучасності» надав звичаям загальноновизнану класифікацію: він поділяє звичаї на (1) звичаї на доповнення закону (*secundum legem*), які доповнюють законодавче регулювання; (2) звичаї, окрім закону (*praeter legem*), які заповнюють прогалини законодавства; (3) звичаї проти закону (*contra legem*), норми яких явно суперечать нормам законодавства [8, с. 94-95], якої дотримуються всі дослідники.

В останнє десятиріччя вітчизняні теоретики почали переосмислювати співвідношення державного та позадержавного у праві: О. Пучков проголошує абсолютизацію ролі держави в процесі правотворчості «головною вадою юридичного позитивізму» [9, с. 297]; одеський правознавець Ю. Оборотов пише про можливість «різного ступеня присутності держави в праві» [10, с. 29]; О. Гервотмайський зазначає, що правові звичаї, судова практика, принципи права та доктрина потребують легалізації у вітчизняному праві [11, с. 34-37].

Зазначені тенденції знайшли відображення у законотворчості та стимулювали впровадження звичаїв до правової дійсності України.

Першим етапом (який співпадає з епохою «перехідного законодавства») стало прийняття у 1991-2001 рр. спеціальних актів, які

«легалізували» деякі категорії звичаїв.

Ч. 1 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» встановила, що суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами України.

Ч. 5 ст. 4 Господарського процесуального кодексу України (далі — ГПК України) зазначає, що «у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї».

Отже, діюче процесуальне законодавство визнає застосування звичаю правом, а не обов'язком господарського суду.

Кодекс торговельного мореплавства України 1995 р. (далі — КТМ України) приділяє звичаям значно більше уваги, ніж ЦК УРСР 1963 р. - ст. 6 КТМ України дозволяє включення в договори умов про застосування звичаїв торговельного мореплавства у разі, коли сторони можуть відступати від правил КТМ. Отже, КТМ України прямо визнає звичаї на доповнення закону (*secundum legem*) та звичаї окрім закону (*praeter legem*). Пряме посилення на «морські звичаї» містить ст. 71 КТМ України; на «звичаї порту» посиляється ст. 78 КТМ; ст. 293 КТМ згадує «міжнародні звичаї торговельного мореплавства», що застосовуються в разі «неповноти законодавства» з питань загальної аварії; ст. 295 — «звичаї торговельного мореплавства»; ст. 146 — «чинні звичаї» перевезення вантажів.

До цих норм приєднуються ст. 117 КТМ України, що посиляється на «звичайну практику морського агентування», якої повинен дотримуватися морський агент та ст. 118 КТМ України, що посиляється на «звичайні повноваження морського агента».

Втім, контекст ст. 160, ст. 166, ст. 257, ст. 262 КТМ України дозволяють зробити висновок, що згадувані в них відповідно «звичайно прийняті терміни доставки вантажу», «звичайний спосіб приймання вантажу», «зносненість від звичайного користування» та «звичайний шлях» є не звичаями (нормами права), а обставинами (фактами), які суд оцінюватиме, приймаючи рішення.

Найбільш ліберальною нормою у перехідному законодавстві України є запозичена з Типового закону ЮНСІТРАЛ «Про міжнародний торговий арбітраж» ч. 4 ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», згідно з якою в усіх випадках третейський суд приймає рішення з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди.

Можна зазначити, що головною ознакою законодавства перехідного періоду є обмежена легалізація звичаїв у специфічних сферах діяльності, тобто — звичаїв ділового обороту у зовнішньоекономічній діяльності та звичаїв торговельного мореплавства.

Обмеженість полягає також у тому, що застосування звичаїв розглядається як право, а не як обов'язок господарського суду.

Другий етап визнання звичаїв співпадає з новою кодифікацією 2002-2003 років.

Ст. 11 нового Сімейного кодексу України 2002 р. (далі — СК України 2002 р.) встановлює, що, вирішуючи сімейні спори, суд може за заявою заінтересованої сторони врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, якщо він не суперечить закону та моральним засадам суспільства, крім того, прямі посилання на «звичаї національної меншини» містять ст. 35 та ст. 146 СК України

2002 р.

Ст. 7 Цивільного кодексу України, прийнятого Верховною Радою України 16 січня 2003 р. (далі — ЦК України 2003 р.) зазначає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема, звичаєм ділового обороту.

Автори ЦК України 2003 р. прямо посилаються на «звичай ділового обороту» у ст. 213, ст. 526, ст. 529, ст. 531, ст. 532, ст. 538, ст. 539, ст. 513, ст. 627, ст. 630, ст. 652, ст. 654, ст. 668, ст. 682, ст. 687, ст. 846, ст. 1014, ст. 1021, ст. 1059, ст. 1068, ст. 1088, ст. 1089, ст. 1099 ЦК. Ст. 28 ЦК України 2003 р. посилається на «звичай національної меншини», ст. 333 на «місцевий звичай», ст. 444 — на «звичаї» взагалі.

До того ж багато статей ЦК України 2003 р. містять посилання на оціночні критерії «звичайних цін», «звичайних термінів» тощо.

Отже, можна обґрунтовано зазначити, що за ЦК України 2003 р. звичаї, зокрема, звичаї ділового обороту стають повноцінними, всеохоплюючими правовими регуляторами.

ЦК України 2003 р. вперше надає нормативне визначення звичаю—відповідно до ст. 7 ЦК звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Отже, невід'ємною ознакою звичаю є його усталеність, тобто стале повторення раз у раз учасниками суспільних відносин дій, які становлять зміст звичаю. Зрозуміло, що йдеться про загальновизнаність звичаю не взагалі всіма громадянами України, а саме тими особами, які здійснюють діяльність «у певній сфері цивільних відносин» (ст. 7 ЦК України 2003 р.).

Таке «визнання», розуміння звичаю ділового обороту підприємцями, як обов'язкового, утворює *opinio necessitatis* — ознаку, що відрізняє звичай від інших форм поширеної поведінки, зокрема — моди.

Ч. 2 ст. 7 ЦК України 2003 р. встановлює, що звичай, який суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується. Якщо використовувати класифікацію Р. Давіда [8, с. 94-95], ЦК України 2003 р. (так само, як СК України 2002 р.) визнає звичаї на доповнення закону (*secundum legem*), звичаї окрім закону (*praeter legem*) та заперечує існування звичаїв проти закону (*contra legem*).

Ст. 7 ЦК України встановлює можливість фіксації звичаю у відповідному документі. Йдеться, безперечно, про неофіційні кодифікації, здійснені певними авторитетними установами, бо офіційне викладення звичаєвої норми перетворить її на звичайне положення нормативного акта.

До таких неофіційних кодифікацій міжнародного рівня можна віднести Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 1994 р., Міжнародні правила тлумачення торгових термінів ІНКОТЕРМС, Уніфіковані правила по інкасо, Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів та ін.

Не виключена можливість видання внутрідержавних або навіть місцевих кодифікацій звичаїв українськими спілками підприємців.

На відміну від ЦК України 2003 р., новий Господарський кодекс України (далі — ГК України 2003 р.), згадує звичаї лише декілька раз.

Це ст. 32 ГК, яка посилається на «торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності» та ст. 344 ГК «банківські звичаї»

(як регулятор міжнародних розрахункових відносин). Ст.193, ст. 199, ст. 268, ст. 269 та ст. 322 ГК України 2003 р. посилаються на оціночні критерії на кшталт «звичайного способу прийняття роботи». Загальна норма про звичаї, подібна ст. 7 ЦК України 2003 р. у новому ГК України відсутня. Отже автори ГК України 2003 р. зберегли традиційне для радянської доктрини обережно-недоброзичливе ставлення до звичаїв.

Втім, оскільки норми ЦК України 2003 р. (норми загальної дії), які містять посилання на звичаї, застосовуватимуться до тих самих відносин, що й норми ГК України 2003 р. (норми спеціальної дії), можна сподіватись, що суди та господарські суди застосовуватимуть звичаї, засновуючись на положеннях ЦК України 2003 р.

Можна констатувати, що нове законодавство дозволить реанімувати звичаї як джерело права та перетворити їх з проблемного питання правової теорії на актуальне явище правової дійсності. Це матиме наслідком надання захисту усталеним практикам відносин між фізичними та юридичними особами, які несуть право «в собі», бо встановлюють правила, що розуміються як належні та справедливі.

Втім, впровадження звичаїв у правозастосовчу діяльність господарських судів буде не безхмарним, а навпаки — досить ускладненим, і для цього твердження є декілька підстав.

По-перше, визнання звичаю джерелом права призводить до того, що застосування звичаю судом, встановлення його змісту повстає як питання правозастосування, а не встановлення факту. Сторони набувають можливості обґрунтовувати свої вимоги та заперечені посиленнями на звичаї, як на підставу правомірності власних дій. Отже, порушення звичаю або неправильне його застосування буде підставою для касаційного оскарження відповідного судового рішення (ст. 111-10 ГПК України). Треба зазначити також, що сторони не повинні доводити суду зміст звичаєвої норми, так само, як вони не повинні надавати суду тексти нормативних актів.

Втім, це вимагатиме від суддів досконалої обізнаності у практиці відносин сторін у відповідній сфері, бо необізнаний з цією практикою суддя невзміє буде встановити наявність або відсутність звичаю та його зміст (особливо, якщо звичай не закріплений неофіційною кодифікацією).

По-друге, певні проблеми створюватиме накладення норм ЦК України 2003 р. на положенні діючого ГПК України.

Застереження ч. 5 ст. 4 ГПК України про «право застосовувати звичаї» посилюється ч. 1 ст. 7 ЦК України 2003 р., за якою «цивільні відносини можуть регулюватись звичаєм». Господарський суд не може відмовити у розгляді справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства (ч. 6 ст. 4 ГПК України), тому, вишукуючи нормативну базу, на якій ґрунтуватиметься майбутнє рішення, він з власної ініціативи може звернутись (або ні) до звичаїв ділового обороту із тим, щоб доповнити регулювання, встановлене національним правом. Отже, застосування звичаю належить до огляду суду, до того ж обмежується випадками відносин «за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності» та випадками «відсутності відповідного законодавства» (тобто визнаються лише звичаї *praeter legem*).

Чинна редакція ст. 4 ГПК України була прийнята у 1991 р., тобто в самому початку «перехідного періоду» в законодавстві України.

Втім, надані звичаю статусу повноцінного джерела права повинні перетворити право суду застосовувати (або не застосовувати) звичай на обов'язок діяти таким чином. Отже, до ч. 5 ст. 4 ГПК України необхідно внести відповідні зміни та привести її у відповідність до положень ст. 7 ЦК України 2003 р.

Набуття чинності ГК України 2003 р., СК України 2002 р., та, особливо, ЦК України 2003 р. розпочне третій період впровадження звичаїв до правової дійсності України — період формування практики застосування звичаїв.

Д. Мейер, досліджуючи юридичний побут комерсантів м. Одеси середини XIX століття зазначив, що звичаї часто «є прихованими від свідомості тих самих людей, які в дійсності керуються ними... більшою частиною лише зіткнення між інтересами і правами громадян проявляє зовні існування певного звичаю» [12, с. 175]. Отже, юристи повинні навчитися вишукувати, відкривати ці «приховані» та, до того ж, ігноровані протягом багатьох десятиріч реально діючі звичаї для того, щоб обґрунтовувати ними позицію у справі.

Відсутність у вітчизняних суддів традицій юридичної громадскості щодо проблем застосування звичаїв, брак чітких критеріїв для звичаю як джерела права зумовлюють визначення межі, яка відділяє звичайну необхідність фундаментальних наукових досліджень в цій галузі. «практику відносин» від практики, що становить вже норму права, недостатня інформованість

ЛІТЕРАТУРА:

1. *Гримич М.* Литовський статут і звичаєве право : про співвідношення кодифікованого права і звичаєво-правової традиції. - Етнічна історія народів Європи, 2002. - 10.
 2. *Возьний В.* Правова концепція С. Дністрянського // Право України. - 1999. - № 6.
 3. *Усенко І. Б.* Наукова спадщина академіка С. С. Дністрянського // Правова держава. - К., 1996. - Вип. 2.
 4. *Зыкин И. С.* Обычай и обыкновения в международной торговле. - М.: Междунар. отношения, 1983.
 5. *Зивс С. Л.* Источники права. - М., 1981.
 6. *Сабо И.* Социалистическое право. - М., 1964.
 7. *Берман Гарольд Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования: Пер. с англ. - М.: Изд-во МГУ, Издательская группа ИНФРА-М-НОРМА, 1998.
 8. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В. А. Туманова. - М.: МеЖдунар. отношения. - 1999.
 9. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. Корельского и В. Перевалова. - М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М., 1999.
 10. *Оборотюв Ю. М.* Сучасна держава: основи теорії / Навчальний курс. - Одеса: Астропринт, 1998.
 11. *Первомайський О.* До питання про джерела цивільного права // Право України. - 2001. - № 2.
 12. *Мейер Д. И.* Избранные произведения по гражданскому праву. - М.: АО «ЦентрЮрИнфоР», 2003.
-
-