

ЗВИЧАЙ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ ЯК ДЖЕРЕЛО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ЗА НОВИМ ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Смітюх А.В. - аспірант кафедри цивільноправових дисциплін економіко-правового факультету ОНУ ім. І.І. Мечникова

Досі у правовій системі УРСР та її правонаступниці - незалежної України незаперечним лідером серед джерел права був нормативний акт у різних його формах - від Конституції до відомчих інструкцій. Домінування нормативного акту в правовій системі України призвело до того що вона перетворилась на, так би мовити, “моно-джерельну” правову систему; визнання принципів права, доктрини, судової практики та звичаю джерелами права вважалось суто академічним “проблемним питанням”.

Серед радянських теоретиків панувала була думка про необхідність «чітко...підкреслити положення про повне усунення звичаєвого права з правової дійсності Радянського Союзу» [1, с. 153]. Дослідники наголошували, 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» [2. с.216].

Правова наука радянського періоду була несумісна з визнанням можливості виникнення права інакше ніж через свідому діяльність державного правотворчого органу - видавника нормативного акту. Отже, звичай розумівся як історично перша форма існування права [3, с.5], але не сприймався як явище сучасного права.

Втім, на Заході традиційно вважається, 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 [4, с. 504, 531-533]. Всі великі кодифікації визначають звичай як допоміжне, але невід'ємне джерело права.

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 [5, с. 297]; одеський правознавець Ю.Оборотов пише про можливість «різного ступінню присутності держави в праві» [6, с. 29]; О.Первомайський

зазначає, що правові звичаї, судова практика, принципи права та доктрина потребують легалізації у вітчизняному праві [7, с. 34-37].

Ці тенденції знайшли своє втілення в новій кодифікації цивільного права України - ст.7 Цивільного кодексу України, прийнятої о Верховною Радою України 16 січня 2003 р. (далі - ЦК України 2003 р.) зазначає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Відповідно до ст.7 ЦК України 2003 р. звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Таким чином, невід'ємною ознакою звичаю є його усталеність, тобто стале повторення раз у раз учасниками суспільних відносин дій, які становлять зміст звичаю.

4.2 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. 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 перетворює її на звичайне положення нормативного акту.

4.6 ст.4 ЦК України 2003 р. зазначає, що цивільні відносини регулюються однаково на всій території України. Системне тлумачення цієї норми та ст.7 ЦК України 2003 р. дозволяє вивести ще одну встановлену законодавцем ознаку звичаю - це загальновизнаність звичаєвої норми в межах всієї України.

Зрозуміло, що йдеться про загальновизнаність звичаю не взагалі всіма громадянами України, а саме тими особами, які здійснюють і, 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. Вимогу щодо *opinio necessitatis* прямо не закріплено нормативними актами, але вона впливає з сутності звичаю.

Визнання звичаю ділового обороту джерелом права призводить, до того, що застосування звичаю судом, встановлення його змісту повстає як питання правозастосування, а не встановлення факту,

Отже, порушення звичаю, або неправильне його застосування буде підставою для касаційного оскарження відповідного судового рішення. Сторони не повинні доводити суду зміст звичаєвої норми, але можуть обґрунтовувати свої вимоги та заперечення посиланнями на звичаї, як на підставу правомірності власних дій.

Втім, накладення ЦК України 2003 р. на діючий Господарський процесуальний кодекс України (далі - ППК України) дозволяє зробити висновок, що застосування звичаю ділового обороту у господарських судах буде досить ускладненим.

4.5 ст.4 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. Застереження ч.5 ст.4 ГПК України посилюється наголосом 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 - визнає лише звичаї *praeter legem*).

Втім, надання звичаю статусу джерела права повинно 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.

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

Література:

1. Зивс С.Л. Источники права. М., 1981
2. Сабо И. Социалистическое право. М., 1964
3. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. — М Междунар.отношения, 1983
4. Берман Гарольд Дж. Западная традиция права: эпоха формирования Пер. с англ. - М.: Изд-во МГУ, Издательская группа ИНФРА-и - НОРМА, 1998
5. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. Корельского и Е Перевалова. - М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М., 1999
6. Оборотов Ю. М. Сучасна держава: основи теорії: Навчальний курс Одеса: Астропринт, 1998.
7. Первомайський О. До питання про джерела цивільного права // При.: України. - 2001. - № 2. - С. 34-37.
8. Давид Р. Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А.Туманова,- М.: Междунар.отношения. - 1999.