

## РОЗДІЛ 3

# ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 347.1.001.362

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-11/32>

### ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА, ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ НА ПРАКТИЦІ ТА ПРИКЛАДИ ЗАКРІПЛЕННЯ У ЗАКОНОДАВСТВІ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

### CUSTOM AS A SOURCE OF CIVIL LAW OF UKRAINE: GENERAL CHARACTERISTICS, PROBLEMS OF IMPLEMENTATION IN PRACTICE AND EXAMPLES OF ENFORCEMENT IN THE LEGISLATION OF FOREIGN COUNTRIES

Антонов М., студент I курсу магістратури

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти  
Національного університету «Львівська політехніка»*

Римарчук Р.М, к.ю.н., доцент,

доцент кафедри цивільного права та процесу

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти  
Національного університету «Львівська політехніка»*

Стаття присвячена характеристикам та проблемі застосування звичаю в системі законодавства. Закон заснований на звичаї відомий як звичаєве право. Звичай як джерело права передбачає вивчення ряду його аспектів: походження від природи, важливість, причини визнання, класифікація, різні теорії, різницю з чинним законодавством.

Кожен звичай не може бути законодавчо забезпечений. Він повинен бути доведений в суді, як будь-які інші речі, перш ніж вони зможуть мати силу закону. Звичай має бути юридично визнаний судом щоб набути обов'язкової сили закону. Існують дві теорії щодо перетворення звичаю в право: історична та аналітична. Відповідно до історичної теорії розвиток права не залежить від свавільної волі будь-якої фізичної особи. Звичай походить з загальної свідомості людей. Це впливає з внутрішнього почуття правильності. Закон має своє існування в загальній волі людини

Згідно з аналітичною теорією, звичай не є законом сам по собі, але він є джерелом права. Якщо звичай не визнається законодавства та не схвалений судовою владою, він не стане законом. Законодавство, прецеденти, звичаї та мораль – усі вони є джерелами права. Термін «звичай» використовується в різних значеннях: місцевий звичай, традиційний звичай, загальний звичай, звичай в судовій практиці. Перші три – виключно пов'язані зі звичаєм, останній відноситься до precedent or stare decisis. Головна характеристика звичаю полягає в тому, що це загальноприйнята поведінка людини. Звичай можна розглядати як факт тобто часте, безкоштовне повторення дій щодо одного й того ж; як закон він є результатом, наслідком цього факту.

Звичай – це постійна поведінка людини, яка може здійснюватися за мовчазної згоди або виразного схвалення спільнотою, що його дотримується, розглядається як фіксація норми поведінки для членів спільноти.

**Ключові слова:** звичай, право, джерела права, судова практика, правовідносини, закон.

The article is devoted to the characteristics and the problem of the application of custom in the legal system. Law based on custom is known as customary law. Custom as a source of law involves the study of a number of its aspects: origin from nature, importance, reasons for recognition, classification, various theories, differences in current legislation.

Not every custom can be legally ensured. It must be proven in a court of law, like any other thing, before it can have the force of law. A custom must be legally recognized by a court to become legally binding. There are two theories regarding the transformation of custom into law: historical and analytical. According to the historical theory, the development of law does not depend on the arbitrary will of any individual. The custom comes from the general consciousness of people. It stems from an inner sense of rightness. The law has its existence in the general will of man

According to analytical theory, custom is not law in itself, but it is a source of law. If a custom is not recognized by law and approved by the judiciary, it will not become law. Legislation, precedents, custom and morality are all sources of law. The term «custom» is used in different meanings: local custom, traditional custom, general custom, custom in judicial practice. The first three are exclusively related to custom, the last one refers to precedent or stare decisis. The main characteristic of a custom is that it is generally accepted human behavior. A custom can be considered as a fact, i.e. a frequent, free repetition of actions regarding the same thing; as a law, it is a result, a consequence of this fact.

A custom is a permanent behavior of a person, which can occur with the tacit consent or express approval of the community that observes it, it is considered as a fixation of the norm of behavior for the members of the community.

**Key words:** custom, law, sources of law, judicial practice, legal relations, law.

Більшість сучасних світових систем права засновані на поділу права на приватне і публічне. Основою такого поділу є зміст інтересу, який може бути або державним або індивідуальним. Цей поділ започаткували ще в часи розквіту римського права. Цивільне право являється фундаментальною галуззю приватного права України, з якою люди стикаються практично кожен день.

Для більш ефективного функціонування будь-яка система права обов'язково повинна мати форму. Форму права створюють структурована внутрішня організація, яку складають норми, інститути підгалузі та галузі, та зовнішня форма, тобто способи зовнішнього виразу, завдяки яким право набуває офіційності та загальнообов'язковості [1].

Саме зовнішню форму часто й називають джерелом права або юридичним джерелом. За допомогою аналізу статей 4, 7 та 10 Цивільного кодексу України (далі ЦК) вважаємо, що систему джерел цивільного права становлять Конституція, міжнародні договори, Цивільний Кодекс, закони, підзаконні нормативно-правові акти (укази і постанови), нормативно-правові акти інших органів державної влади України, влади Автономної Республіки Крим, що регулюють цивільні відносини і прийняті лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом, а також звичай [2].

Для досліджуваної теми цікавою є саме стаття 7, яка вказує, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту.

В доктрині немає сумнівів щодо визначення звичаю як загальноприйнятого правила поведінки, яке не виражене прямо ні в законі (нормативному акті), ні в договорі сторін, але не суперечить їм. Отже, звичай діють у разі відсутності прямих приписів у нормативному акті або в договорі. Це ж прямо зазначено у досліджуваній статті [2; 3].

Звичай повинен містити низку ознак для того, щоб мати юридичну силу, дослідники виділяють наступні: 1) звичай має бути заснованим на усвідомленні його необхідності як норма поведінки; 2) часовий критерій, тобто тривалість його застосування [4, с. 130]. Звичай це усталене правило поведінки, яке внаслідок його багаторазового застосування не потребує додаткової формалізації, зокрема в силу історичних, національних, суспільних традицій [3].

При цьому вчені погоджуються, що на сьогоднішній день, в Україні правовий звичай не займає рівноправне місце серед інших форм цивільного права, тому дехто відносить до допоміжних або другорядних джерел. Також вказують, що поняття звичаїв ділового обороту має недостатній рівень закріпленості правил застосування в українському законодавстві та юридичній доктрині, що створює труднощі для правозастосування [5, с. 19].

Незважаючи на це, можливість застосування звичаю для врегулювання відносин міститься в багатьох нормативно – правових актах законодавства України, при чому з аналізу відповідних положень можна навіть виокремити види таких звичаїв. Наприклад у Цивільному кодексі, як зазначає Діковська І.А., можна знайти наступні:

1) звичай національної меншини (ст. 28): Ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається із прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не впливає із закону або звичаю національної меншини, до якої вона належить. [2];

2) звичай ділового обороту (ст. ст. 213, 526, 529, 531, 532, 538, 539, 613 тощо): Якщо за правилами, встановленими частиною третьою цієї статті, немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правочин, до уваги беруться мета правочину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичай ділового обороту... [2];

3) місцевий звичай (ст. 333) Особа, яка зібрала 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;

4) звичай як такий (ч. 1 ст. 444) Твір може бути вільно, без згоди автора та інших осіб, та безоплатно використаний будь-якою особою: як цитата з правомірно опублікованого твору або як ілюстрація у виданнях, радіо- і телепередачах, фонограмах та відеограмах, призначених для навчання, за умов дотримання звичаїв [6].

Можливість застосування звичаю міститься також в Господарському кодексі, зокрема у ст. 32 вказано, що недобросовісна конкуренція визнаються будь-які дії у конкуренції, що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаєм у підприємницькій діяльності й ст. 265, де норма вказує що сторони для визначення умов

договорів поставки мають право використовувати відомі міжнародні звичаї, рекомендації, правила міжнародних органів та організацій, якщо це не заборонено прямо або у виключній формі цим Кодексом чи законами України. Стаття 344 закріпила можливість регулювання міжнародних розрахунків в тому числі банківськими звичаями і правилами [7].

Також Кодекс торговельного мореплавства у статті 6 дозволяє включати до договорів звичаї торговельного мореплавства, а ст. 78 передбачає видачу начальником морського порту зводу звичаїв порту [8].

Але існує досить велика кількість проблемних моментів у застосуванні правових звичаїв на практиці, далі ми наведемо приклади таких ситуацій, яких насправді більше, але деякі були об'єднані в один пункт.

По-перше, через те що ст. 7 ЦК не містить конкретних правил застосування правового звичаю, їх доводиться шукати в окремих статтях,

По-друге, ці статті до того ж мають трохи різний підхід до застосування звичаю. Наприклад стаття 526 ЦК вказує, що звичай можна застосувати тільки у разі відсутності відповідного регулювання у договорі чи цивільному законодавстві. Тобто тут чітко вбачається допоміжний характер звичаю. При цьому в деяких інших статтях (наприклад 527, 529 тощо) виходячи зі змісту норми вбачається як мінімум рівноправне застосування норм законодавства та звичаю ділового обороту [2].

З цього випливає інша проблема, коли деякі дослідники та правники – початківці прирівнюють поняття ділового обороту з торговими звичаями, хоча з аналізу законодавства та міжнародної практики розуміємо що це не синоніми, бо наприклад в Німеччині торгівлі звичай є по факту підвидом звичаїв ділового обороту [9].

По-третє неповна відповідність процесуального цивільного законодавства нормам регулювання відносин матеріального права. Наприклад стаття 10 Цивільного процесуального кодексу яка визначає принцип верховенства права та законодавства, відповідно до якого суд вирішує справи взагалі не містить згадки про правовий звичай, а вказує на застосування положень закону, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – загальних засад законодавства (аналогія права) [4, с. 135; 10]. Тому навіть якщо сторона й посилається на якийсь звичай про доведенні якихось обставин справи, суд не тільки не зобов'язаний його знати, а ще й не зобов'язаний його застосовувати.

По-четверте, через аналіз статті 627 ЦК, яка встановлює принцип свободи договору, вбачається, що застосування звичаю обтяжує подальше волевиявлення сторін договору, які мають укладати договір, вибирати контрагента та визначати умови договору в тому числі з урахуванням звичаїв ділового обороту 2. Стаття ж 630 ЦК вказує, що в разі відсутності у договорі посилання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватись як звичай ділового обороту [2].

При такій кількості проблем, існують реальні приклади ефективного законодавчого закріплення правил застосування правового звичаю. Наведемо кілька з них.

У Франції звичай часто має рівнозначну юридичну силу із законом. В Цивільному кодексі Франції (ст. 1135 та 1648) вказано, що угоди зобов'язують не лише до того, що в них виражено, а й до всіх наслідків, виконання яких, відповідно до характеру цього зобов'язання, вимагають справедливості, звичай або закон, а позов, який впливає з недоліків, що спричинюють розірвання договору, повинен бути висунутий набувачем у найкоротший строк залежно від характеру недоліків, що тягнуть розірвання договору, і відповідно до звичаю місця, де був здійснений продаж [6, с. 30; 11].

У ФРН звичай згідно цивільного законодавства (параграфу 157, 242 та 310 Німецького цивільного уложення)

звичай береться до уваги нарівні з вимогами доброї совісті при тлумаченні договорів, зобов'язання боржника мають виконуватися як того вимагає звичай ділового обороту, тобто добросовісно, звичай також береться до уваги при укладенні правочинів між підприємцями [12].

У праві Швейцарії часто застосовується правовий звичай, зокрема у разі наявності прогалін у законодавстві суди зобов'язані застосувати звичаєве право. Часто Цивільний кодекс Швейцарії посилається на практику та місцеві звичаї, які чинне кантональне право вважається їх дійсним вираженням, за умови, що не було встановлено існування відмінної практики [6, с. 31].

Цивільний кодекс Республіки Польща також містить чимало згадувань про можливість застосування звичаю, зокрема у статті 56 вказано, що договір (або угода) породжує не лише наслідки, виражені в ньому, але й ті, що випливають із акту, принципів соціального співіснування та усталених звичаїв. Стаття 287 закріпила, що обсяг земельного сервітуту та спосіб його виконання зазначається, за відсутності інших даних, відповідно до принци-

пів суспільного співжиття з урахуванням місцевих звичаїв.

Цікавим є застосування звичаю в Цивільному кодексі Республіки Молдова, адже вказується, що крім несуперечності закону, звичай має відповідати основам правопорядку та моралі [14].

У підсумку зазначимо, що більшість дослідників все ж таки вважають правовий звичай джерелом цивільного права, зокрема про це каже стаття 7 Цивільного кодексу. Загалом законодавство України містить достатньо згадувань звичаю як одного з регуляторів правовідносин, хоча й не конкретизує правила застосування.

Це створює в теорії та на практиці достатньо проблем, які законодавець не спішить вирішити, адже по суті правовий звичай як джерело права має другорядний характер порівняно із нормативно – правовими актами та міжнародними договорами.

Отже одним з рішень частини проблем буде застосування практики зарубіжних країн, а також синхронізація пріоритетності застосування норм законодавства над звичаями в цивільному законодавстві.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Нормативно-правові акти та їх систематизація. URL: [https://studopedia.su/9\\_60479\\_vnutrishnya-i-zovnishnya-formi-prava.html](https://studopedia.su/9_60479_vnutrishnya-i-zovnishnya-formi-prava.html) (дата звернення 14.10.2022)
2. Цивільний кодекс України: Закон від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення 14.10.2022)
3. Вороняк А. С. Застосування звичаїв ділового обороту, 2016, м. Луцьк. URL: <https://vl.arbitr.gov.ua/sud5004/pres-centr/news/284603/>
4. Яворська О. С. Звичаєве право як соціальний регулятор цивільних відносин. *Науковий вісник*. 2013. № 2. С. 129–137
5. Бедрій М. М. Стаття 7 Цивільного кодексу України: аналіз криз призму феномену звичаєвого права. *Часопис цивілістики*. № 38. С. 18 – 35
6. Діковська І.А. Правовий звичай як джерело регулювання цивільних відносин за правом окремих країн. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*, 2015. С. 29–31.
7. Господарський Кодекс : Закон від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення 14.10.2022)
8. Кодекс торговельного мореплавства України : Закон від 23 травня 1995 року, № 176/95-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80#Text>
9. Проценко І. Звичай ділового обігу за законодавством України та Німеччини. *Юридичний журнал*. 2003. No 6. С. 32–34.
10. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон від 18 березня 2004 року № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення 14.10.2022)
11. Code civil Version consolidée au 18 février 2015. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/> (дата звернення 14.10.2022)
12. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата звернення 14.10.2022)
13. Kodeks cywilny. U S T AWA z dnia 23 kwietnia 1964 r. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640160093/U/19640093Lj.pdf> (дата звернення 14.10.2022)
14. Цивільний кодекс Республіки Молдова URL: [https://continent-online.com/Document/?doc\\_id=30397878#pos=6;-142](https://continent-online.com/Document/?doc_id=30397878#pos=6;-142). (дата звернення 14.10.2022)