

Стаття 7. Звичай

1. Цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту.

Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Звичай може бути зафіксований у відповідному документі.

2. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у

цивільних відносинах не застосовується.

Коментар:

1. Джерелом цивільного права є правові звичаї, зокрема звичаї ділового обороту. ЦК України містить норми, присвячені правовому звичаю як джерелу цивільного права. Звичаєм ЦК визнає правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин (ч. 1 ст. 7 ЦК).

У відповідних нормах ЦК України загальне поняття звичаю проявляється в його різновидах (звичаї національних меншин, ст. 28; місцеві звичаї, ч. 1 ст. 333) і трансформується в юридичні формулювання, які регулюють спеціальні види відносин. Так, у ст. 673 ЦК встановлено, що в разі відсутності в договорі купівлі-продажу умов щодо якості товару продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, придатний для мети, з якою товар такого роду звичайно використовується. Приблизно так само звичаї ділового обороту знайшли своє втілення і в окремих нормах Господарського кодексу України. Так, у ч. 3 ст. 268 ГК передбачено, що в разі відсутності в договорі умов щодо якості товарів остання визначається відповідно до мети договору або до звичайного рівня якості для предмета договору чи загальних критеріїв якості. З огляду на це не є вдалою ст. 7 ГК, яка дає перелік видів лише нормативно-правових і нормативних актів як джерел регулювання господарських відносин. Фіксація звичаїв передбачена Кодексом торговельного мореплавства. КТМ надає начальникові морського порту право видавати (затверджувати) звід звичаїв порту.

Аналіз нормативно закріпленого поняття звичаю дає підстави для відмежування ознак правового звичаю від умов його застосування.

Слід виділяти такі характерні риси (ознаки) звичаю як джерела цивільного права: 1) звичай є загальновизнаним правилом поведінки, що склалося внаслідок неодноразового і тривалого однакового застосування; 2) не є обов'язковою фіксація звичаю в якихось документах, що прямо впливає зі змісту ст. 7 ЦК України.

Умовами звичаю є: 1) неврегульованість питання, що є предметом судового спору, в чинному законодавстві або договорі; 2) відсутність суперечності з договором або актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 7 ЦК України).

Звичай є загальноприйнятим правилом поведінки, яке не виражене прямо ні в законі (нормативному акті), ні в договорі сторін, але не суперечить їм. Отже, звичаї діють у разі відсутності прямих приписів у нормативному акті або в договорі.

Звичай повинен бути усталеним 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 звичайно пред'являються). Ознака усталеності передбачає, що звичай, внаслідок його багаторазового застосування,

сприймається у суспільстві або у його значної частини як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, зокрема в силу історичних, національних, суспільних традицій.

Звичаї можуть застосовуватись у будь-якій сфері цивільних правовідносин (зобов'язальні, речові, спадкові тощо).

Зазвичай звичай і без його формального закріплення виступає джерелом права. Окремі звичаї фіксуються у відповідному документі (наприклад, звичаї, закріплені в КТМ України тощо). Найпоширенішими є зібрання торговельних звичаїв, що застосовуються в міжнародному торговельному обороті.

Однак в більшості випадків звичаї не фіксуються в актах цивільного законодавства чи будь-яких інших документах; вони мають характер аксіом, які зазвичай приймаються до уваги учасниками цивільних відносин, судом тощо (наприклад, "родові речі не гинуть" (*genus non perit*); правило "розумної людини" (*prudent man rule*) тощо).

Правові звичаї мають характер конкретного правила поведінки, не встановленого актами цивільного законодавства, але усталеного в певній сфері цивільних відносин. Сформульовані в самому загальному вигляді правила самі по собі не становлять правового звичаю, оскільки їх конкретизація вимагає з'ясування необхідних конкретних обставин, які в сукупності створюють юридичну звичаєву норму.

2. ЦК України визначає місце звичаїв в системі норм цивільного права. Відповідно до ч. 2 ст. 7 ЦК України звичай може застосовуватися до певних цивільних правовідносин, якщо ці відносини не врегульовані цивільно-правовими нормами, а також за умови, якщо ці звичаєві правила поведінки не суперечать договору або актам цивільного законодавства.

Отже, в Україні правовий звичай не займає рівноправне місце серед інших форм цивільного права. За українським правом звичаї за юридичною силою поступаються договорам та актам цивільного законодавства. Другорядну роль звичаю як джерела права України можна пояснити впливом позитивістських традицій та закріпленням в актах законодавства багатьох звичаїв, внаслідок чого сучасне вітчизняне цивільне право істотно обмежує значення правового звичаю.

3. Правовий звичай слід відрізнити від звичаєвості (узвичаєння) та прийнятого порядку.

Звичаєвості (узвичаєння) і прийнятий порядок не є джерелами права, хоча за конкретними справами можуть мати більшу юридичну силу.

Правові звичаї традиційно відрізняються від узвичаєнь, тобто таких усталених правил, якими прямо погодилися керуватися сторони договору і лише тому вони (тобто узвичаєння) набули юридичного значення. Узвичаєння існує у вигляді передбачуваної умови договору (умови, яка мається на увазі; рос. подразумеваемое условие). Якщо такої умови в договорі немає (або намір сторін керуватися ним не доведено), узвичаєння не враховується як обов'язкове правило і за відсутності спеціальних указівок законодавства чи договору. Іншими словами, звичаєвість (узвичаєння) - це, на відміну від звичаю, таке правило поведінки, про дотримання якого прямо домовилися сторони у своєму договорі або мають його на думці. За таких підстав звичаєвість може застосовуватись судом лише тоді, коли вона прямо визначена у спірному договорі або доведені наміри сторін керуватись нею. Зокрема, такою звичаєвістю стають і загальноновизнані оприлюднені звичаї, якщо на обов'язковість їх застосування прямо вказали сторони у договорі.

У цьому зв'язку в основі узвичаєнь також можуть бути загальноновизнані звичаї. Одним із найавторитетніших зібрань міжнародних торговельних звичаїв є Правила "ІНКОТЕРМС", які уточнюються та редагуються Міжнародною Торговельною Палатою у Парижі (ІСС).

Всі вони є неофіційною систематизацією таких узвичаєнь, які зазвичай набувають юридичного значення лише для конкретного договору у разі посилання на них контрагентів.

Від узвичаєнь відрізняється "заведений (прийнятий) порядок", тобто практика взаємовідносин сторін конкретного договору, яку склалася між ними в попередніх взаємозв'язках, яка хоч прямо і не закріплена будь-де, але передбачувана на підставі відсутності будь-яких заперечень з цього приводу. Наприклад, сторона є постійним виконавцем певних послуг для замовника за договорами про юридичне обслуговування,

що періодично переукладаються. При цьому, факт надання таких послуг завжди посвідчувався актами за формою, проти якої сторони не заперечували. Якщо надалі виникне спір про форму такого акта за умови, що чинне законодавство і договір певної форми не встановлюють, суд може послатися на договірну практику, яка раніше склалася з цього приводу між сторонами спору. Отже, прийнятий порядок - це практика взаємовідносин, що вже тривалий час існують між сторонами спірного договору. Такий порядок (усталена/прийнята практика взаємовідносин) зовсім не обов'язково становить будь-який звичай або узвичаєння майнового обороту. По суті, він також відображає передбачувані сторонами умови конкретного договору, а тому скасовує у відповідній частині чинність як диспозитивного правила закону, так і звичаю.

Однак, значення джерела цивільного права закон надає лише звичаю. Узвичаєння, заведений порядок, умови конкретних договорів не виступають об'єктивованою формою вираження загальнообов'язкових правових норм і тому не можуть бути джерелами права.

В окремих країнах окрему групу становлять правові звичаї, засновані на нормах релігії, яка домінує у відповідному суспільстві. Так, деякі постулати ісламу забороняють стягувати відсотки за борговими зобов'язаннями. Однак, практичне застосування подібних норм ускладнюється конституційними нормами про свободу совісті, плюралізм тощо. Для вітчизняного права такого роду класифікація звичаїв не є актуальною.

4. Класифікація звичаїв може проводитися за різними критеріями. Залежно від характеру правового звичаю розрізняють кілька його видів: звичаї ділового обороту; міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, засновані на звичаєвому праві; судовий звичай тощо.

Найпоширенішим є поділ звичаїв залежно від форми вираження (способів фіксації) і сфери застосування.

За формою вираження звичаї поділяють на дві групи: а) звичаї, що зафіксовані у відповідних документах; б) звичаї, що не зафіксовані у відповідних документах, тобто правові аксіоми. Прикладом звичаїв першої групи можуть слугувати різноманітні кодифікації етичних норм, прийняті деякими професійними корпораціями в Україні, наприклад Кодекс честі Професійної асоціації реєстраторів і депозитаріїв або збірники звичаїв міжнародного торгового обороту (Іон-Антверпенські правила про загальну аварію, 1994 р. До другої групи звичаїв включають правові аксіоми, які ніде прямо не зафіксовані, але завжди беруться до уваги сторонами договорів, наприклад: "Усні переговори самі по собі не породжують правові наслідки" або "Спеціальний закон має перевагу над загальним законом"). При цьому помилковою є оцінка як правових аксіом таких постулатів: "Двічі за одне й те ж не відповідають", "Незнання законів не звільняє від відповідальності". Насправді ці норми прямо не включені до Конституції України (відповідно до статей 61 і 68), отже, є нормами конституційного права, а не правовими аксіомами.

За сферою застосування звичаї поділяються на: а) міжнародні звичаї; б) норми звичаєвого права; в) судовий звичай; г) звичаї ділового обороту.

Видом правового звичаю є звичай ділового обороту, під яким розуміється усталене правило поведінки, яке широко застосовується у певній сфері підприємницької діяльності. Традиційно найпоширенішими звичаями ділового обороту є звичаї в торгівлі, розрахункових операціях, торговельному мореплавстві тощо

