

**Ключевые слова:** *жилье, жилые помещения, право собственности, право пользования, обеспечение жильем, дети-сироты, дети оставшиеся без попечения родителей.*

**Koval O. V. State guarantees of provision of housing for orphans and children deprived of parental care**

*The work is devoted to the study of state guarantees of provision of housing for orphans and children deprived of parental care, which are embodied in legal acts. The possibilities of implementation of the declared rights to identify problems and the ways of their solution are analyzed.*

**Key words:** *housing, habitable dwellings, right of ownership, right of use, provision of housing, orphans, children deprived of parental care.*

*Стаття надійшла 27 грудня 2012 р.*

УДК 346.13

**В.М. Махінчук**

**ТОРГОВИЙ ЗВИЧАЙ  
(ЗВИЧАЙ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ) ЯК ДЖЕРЕЛО  
ВИНИКНЕННЯ ТА РЕГУЛЮВАННЯ  
ПІДПРИЄМНИЦЬКИХ ВІДНОСИН**

*Розглядається категоріальний апарат поняття «звичай ділового обороту (торговий звичай)». Визначаються характерні риси та система звичаїв ділового обороту, а також сфера їх застосування. Здійснюється розмежування звичаїв ділового обороту та узвичаєнь, пропонуються рекомендації щодо застосування звичаїв ділового обороту в судовій практиці.*

**Ключові слова:** *торговий звичай, звичай ділового обороту, узвичаєння.*

**Постановка проблеми.** В результаті реформування правової системи України змінюються підходи до визначення тих чи інших правових явищ та інститутів. Проте певні твердження у праві залишаються досить консервативними. До таких відносимо усталену думку про торговий звичай як джерело підприємницького (комерційного) права, а також підходи до його розуміння та ролі у комерційному обороті як джерела регулювання підприємницьких відносин.

**Стан дослідження.** Ретельну оцінку формулярному праву, кодексам професійної етики та корпоративним кодексам у вітчизняній практиці було надано М.І. Кулагіним [1], Т.А. Батровою [2], Н. Кругловою [3], В.С. Белихом [4]. Нині в Україні діє Кодекс професійної

етики UAPR, Кодекс професійної етики Українського товариства оцінювачів, Регламент спільноти професійних електронних медіа.

**Виклад основних положень.** Поширеними у науковій літературі є такі визначення, як «торговий звичай», «звичай торгового обороту» та «звичай ділового обороту», які не мають відмінностей у змістовному навантаженні. На противагу їм вживається термін «торгові звичая» («торговые обыкновения»). У цьому дослідженні автор пропонує вживати загальний термін щодо позначення звичаїв у підприємницькій діяльності – «звичай ділового обороту» (надалі – ЗДО), аналогом якого в англійській мові є «customs of trade».

Історія виникнення ЗДО пов'язана зі звичаєвим правом. ЗДО з'явилися та набули важливої ролі як джерело торгового, а пізніше – комерційного права ще задовго до становлення системи писаного права, яке використовується і донині.

Слід зазначити, що чинне українське законодавство містить чимало посилань на ЗДО. Зокрема до таких слід насамперед віднести норму, яка міститься у ст. 7 – «Звичай» – ЦК України щодо ЗДО як джерела регулювання майнових відносин у сфері підприємництва. Наведена норма визначає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Визначено також, що звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Зокрема до звичаїв у сфері торговельного мореплавства відсилають й інші нормативні акти України: ст.ст. 6, 78, 146, 293, 295 Кодексу торговельного мореплавства (надалі – КТМ) України. Наприклад, ст. 293 КТМ регулює порядок застосування звичаїв «у процесі визначення виду аварії, обчислення розмірів загальної аварії та складання диспаші диспашер у разі неповноти закону керується міжнародними звичаями торговельного мореплавства». У торговельному мореплаванні склалися й інші звичаї: порядок перевезення вантажів на палубі (так званий палубний вантаж), розподіл збитків від спільної аварії.

Використовувати торговельні звичаї українське законодавство дозволяє не лише суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності, а й судовим органам, які вирішують їхні суперечки з іноземними контрагентами, якщо відносини між сторонами не врегульовано ані законодавчими актами, ані умовами контракту, згідно зі ст. 28 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». Відповідно до ч. 5 ст. 4 ГПК України: «У разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб'єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосувати міжнародні торгові звичаї». Порядок за-

стосування цієї норми ГПК визначив Вищий Господарський Суд України в п. 3.2 Роз'яснень Президії ВГСУ № 05/-4/608 від 31.05.2002 р. «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій». «Торгові та інші чесні звичаї» застосовуються і у сфері захисту економічної конкуренції згідно ст.ст. 6, 8, 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. [5].

Таким чином, характерними рисами ЗДО є наступні: це правило (алгоритм) певної поведінки; ЗДО є відомим і досить поширеним у певному середовищі (зокрема серед підприємців); така поведінка не обов'язково має законодавче закріплення; певна поведінка як типова для певної ситуації може бути зафіксована у документі; за своєю сутністю сам ЗДО не може суперечити змісту договору та /або актам цивільного законодавства.

Виходячи із загальних характеристик ЗДО, постає низка питань, а саме:

– Чи є підстави вважати ЗДО потенційно важливим джерелом підприємницьких (комерційних) відносин?

– У чому полягає цінність ЗДО для регулювання комерційного обігу у порівнянні з класичним нормативним регулюванням?

– Чому судова практика майже не використовує ЗДО?

– Які подальші перспективи для використання ЗДО у правозастосовчій практиці України ?

У сучасній підприємницькій практиці використання ЗДО досить розповсюджене, однак переважна його частина стосується міжнародного приватного права. Відкритим залишається питання щодо запровадження ЗДО не лише на міжнародному, а й національному рівні. Аналізуючи застосування ЗДО, необхідно пам'ятати про сприйняття цього явища у радянський період, що характеризується майже суцільною відсутністю звичаїв у праві, підміною їх так званими принципами комуністичного співжиття у зв'язку з несприйняттям державою практики вільного трактування певних обставин без всеосяжної доброї волі владного апарату.

Нині ситуація зі сприйняттям ЗДО докорінно змінилась, але важко навести хоча б декілька ЗДО, які безпосередньо мають місце у комерційному обороті України. Це пояснюється насамперед:

– вітчизняною юридичною спадщиною, яка тривалий час не сприймала ЗДО як джерело права;

– досить пізньою ратифікацією міжнародних Конвенцій та Угод, які фактично закріплюють ті чи інші ЗДО (зокрема йдеться про Інкотермс);

– певною судовою заангажованістю щодо застосування ЗДО при винесенні (постановленні) судового рішення, що певною мірою стосується

ся і наявної практики прийняття роз'яснень та узагальнень практики вищими судами, які своєю чергою, не приділяють ЗДО належної уваги;

– незначним поширенням в Україні корпоративних практик, які закріплюють ті чи інші ЗДО;

– відсутністю належної науково-викладацької роботи щодо роз'яснення та поширення серед майбутніх юристів вчення про ЗДО як важливе джерело підприємницького (комерційного) права.

Говорячи про звичаї у праві як такі, слід також пам'ятати, що існують декілька видів звичаїв, які можуть використовуватись у цивільному (приватному) праві як джерело виникнення прав та обов'язків. Зокрема О.М. Родіонова, пишучи про систему джерел цивільного права Росії і цивільно-правові звичаї, зазначає, що до них слід віднести:

– звичаї ділового обороту (ст. 5 ЦК РФ);

– місцеві звичаї (ст. 221 ЦК РФ);

– національні звичаї (ст. 19 ЦК РФ) [6, с. 167].

Слід також погодитись з тим, що існує і певний різновид (система) звичаїв у підприємницькій діяльності, зокрема до таких, на думку автора, слід віднести:

1. Найпростіші торгові звичаї, які притаманні періоду існування певного торгового стану, до яких належить так зване «купецьке слово». На сьогодні такий вид ЗДО майже себе вичерпав і не має перспектив до широкого застосування через об'єктивні причини.

2. Класичні звичаї торгового обороту як усталені правила поведінки серед комерсантів, які майже неможливо на сьогодні віднайти у практиці правозастосування. Парадокс ситуації полягає в тому, що класичні ЗДО мають бути неписаними, а просто усталеними у практиці. Проте саме відсутність цього епістолярного елемента породжує двояке тлумачення і можливе непорозуміння. Відтак підприємців не влаштовує і не може влаштовувати така ситуація. Слід зазначити, що свого часу об'єктивні складнощі у правозастосовчій діяльності, такі ЗДО свого часу спеціально збиралися, описувалися та систематизувалися. Зокрема, це так звані узагальнення торгових звичаїв бірж, поширених наприкінці XIX сторіччя (на території Російської імперії). Насамперед тут слід згадати: «Обычаи (торговые) Рижской биржи», «Обычаи торговые Кенигсбергской биржи», «Свод Либавских торговых обычаев, утвержденных и исправленных общим собранием Либавской биржи».

3. Усталені ЗДО, які зафіксовані певним чином у писаному вигляді. Передусім це стосується правил ІНКОТЕРМС. В літературі існують різні думки стосовно того, чи можна останні вважати класичними ЗДО. Зокрема серед аргументів *contra* знову ж таки наводяться ті твердження, що

класичні ЗДО не можуть мати писаного вигляду. Проте, більшість науковців визнають за ІНКОТЕРМС саме певне писане закріплення звичаїв торгового обороту. Видається, що висвітленню ролі ІНКОТЕРМС у міжнародній практиці доцільно було б присвятити окрему увагу.

ЗДО, які знайшли своє відображення у різноманітних корпоративних кодексах поведінки у різних сферах комерційного обігу. Порівняно з попередньою формою документарного узагальнення ЗДО, слід відзначити значно вужчу сферу застосування останніх та їх певну корпоративність та специфічність.

Підтвердженням правомірності віднесення правил ІНКОТЕРМС та корпоративних кодексів поведінки до різновидів ЗДО узгоджується з положенням п. 3 ч. 1 ст. 7 ЦК України, згідно з якою звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Крім того, в останній редакції ІНКОТЕРМС (2010), яка набула чинності з 01.01.2011 р., вперше більш ніж за 70-ти річну історію існування збірника, його абревіатура була розшифрована авторами як «ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms» (що слід перекладати як Правила ІСС (міжнародної торгової палати) з використання національних і міжнародних торгових термінів». Тобто, правила ІНКОТЕРМС вперше були представлені Міжнародною Торговою Палатою саме як правила для застосування на національному рівні [7, с. 165].

Указ Президента України «Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» (ІНКОТЕРМС) був прийнятий лише 04.10.1994 р., і навіть з огляду на можливість їх застосування виключно до зовнішньоекономічних контрактів, сама позиція законодавця була досить прогресивною.

Зокрема в останньому було зазначено, що з метою однакового тлумачення комерційних термінів суб'єктами підприємницької діяльності України при укладанні договорів, а також учасниками відносин, що виникають у зв'язку з такими договорами, постановлялось:

1. При укладанні суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів (контрактів), предметом яких є товари, застосовуються Міжнародні правила ІНКОТЕРМС, підготовлені Міжнародною торговою палатою у 1953 році.

2. Суб'єктам підприємницької діяльності України при укладанні договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів, забезпечувати дотримання правил ІНКОТЕРМС.

3. Дію Указу поширити на відносини, що виникають у зв'язку з договорами, в тому числі зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними після надання чинності цим Указом.

Незважаючи на широку популярність і практичну застосованість, за своєю правовою природою ІНКОТЕРМС не є джерелом права в об'єктивному сенсі, тобто не виражені як норми права. Разом з тим вони можуть отримати юридично обов'язкове значення, якщо у договорі сторонами на них буде зроблене посилання. Іншими словами, таке посилання, будучи договірною умовою, надасть «ІНКОТЕРМС» зобов'язальний характер для контрагентів. У подібній ситуації «ІНКОТЕРМС» набувають якості джерела права у суб'єктивному сенсі – джерела суб'єктивних прав і обов'язків сторін.

Вкотре розглядаючи питання досить пасивного використання Правил ІНКОТЕРМС вітчизняними підприємцями, слід шукати корені цього у тій історичній правовій спадщині, що залишилась нам від періоду радянського права.

Останнім видом джерела ЗДО є так звані корпоративні кодекси або кодекси корпоративної поведінки в тій чи іншій сфері підприємницької діяльності. Саме з ними пов'язують наступний етап розвитку правозастосування ЗДО у вітчизняній практиці. Чинниками, що сприяють такому розумінню, є насамперед:

1. Суб'єкти тієї чи іншої сфери комерційного обігу добровільно створюють такі кодекси поведінки, за відсутності будь-якого адміністративного тиску.

2. Такі кодекси корпоративної поведінки, як правило, створюються під егідою певної структури (асоціації), що об'єднує більшість учасників тієї чи іншої сфери комерційного обігу.

3. Такі кодекси значно більше та повніше деталізують та формалізують відповідні ЗДО у певній конкретній сфері, чим якісно відрізняються від загальних засад ЦК чи ГК.

4. Самі кодекси корпоративної поведінки, формалізуючи ті чи інші ЗДО, сприяють усуненню їх вади щодо неоднозначного тлумачення.

5. Такі кодекси, як правило, включають до себе ті ЗДО у конкретній сфері, які пройшли «витримку» часом та практикою та відповідають вимогам «неодноразовості» та «систематичності» в їх застосуванні.

6. Такі кодекси спрямовані на максимальне обмеження втручання адміністративних органів і сприяють вільному та автономному волевиявленню учасників певного сегмента ринку.

7. Такі кодекси все більше у світі набувають визнання як джерела права (як вид джерела ЗДО) та правового регулювання у тій чи іншій сфері підприємницької діяльності.

Розглядаючи ЗДО, необхідно чітко відмежовувати останні від так званих узвичаєнь (в російській мові усталеним є термін «обыкно-

венія), в англійському праві це поняття вживається як «usage»). Проте, говорячи про узвичаєння та ЗДО, слід чітко розуміти суттєву відмінність і принципову різницю між цими поняттями. Якщо ЗДО навіть не маючи певного епістолярного закріплення володіє властивістю нормативності (саме в силу загальних характеристик ЗДО: загальна відомість, обізнаність, повторюваність, періодичність повторювання у часі та ін.), то узвичаєння такої нормативності не мають, не володіють і не потребують. У класичному розумінні, торгові узвичаєння – це та певна поведінка суб'єкта підприємницької діяльності, яка має ознаки повторюваності та/або вживаності у певному бізнесовому проєкті та/або певній бізнесовій ситуації (як приклад, можна навести певні узвичаєння у будівельному бізнесі, такий, як передача функцій замовника-забудовника, у готельному; такий, як здача у довготривалу оренду перших поверхів не під проживання, а під організацію торговельних точок, проведення розпродажу товарів з нагоди свят та ін). Тобто це певні усталені форми поведінки суб'єктів підприємницької діяльності, які мають ознаки повторюваності, регулярності, широкої вживаності, є зрозумілими та широківідомими серед учасників певного сегмента ринку, проте не володіють ознаками нормативності та не можуть виступати джерелом виникнення та регулювання підприємницьких відносин.

Відсутність в Україні системи ЗДО та практики їх широкого застосування пояснюється і тим, що самі комерсанти досить «обережно» ставляться до останніх. Можливість застосування ЗДО у повсякденній підприємницькій практиці стримується та гальмується відсутністю досвіду в такій практиці. Необхідно враховувати і той факт, що саме комерсанти зацікавлені в одноманітному, правильному тлумаченні тих чи інших ЗДО, адже саме вони ризикують грошовими коштами для здійснення певних операцій і прагнуть уникнути подвійного тлумачення умов тієї чи іншої операції (правочину). Відповідно, подальше ретельне розроблення проблеми ЗДО, систематизація останніх та застосування має сприяти утвердженню справжніх ринкових цінностей в Україні.

**Висновки.** Підводячи підсумки усього вищезазначеного, можна сказати, що:

1. Необхідно чітко розрізнати такі поняття як «узвичаєння», «звичай» та «ЗДО».
2. ЗДО можуть бути не лише меморальними, але й зафіксованими у певному епістолярному вигляді (документі), про що чітко зазначено у ЦК України.
3. На вкрай низький рівень врегулюваності питання ЗДО у матеріальному праві та правозастосовної практики з використанням ЗДО,

реакцією стала практика розроблення та прийняття кодексів професійної поведінки у різних сферах підприємницької діяльності, роль та значення яких до кінця ще не досліджена.

4. Редакція ІНКОТЕРМС 2010 року надала нового дихання правилам (які є формалізованими ЗДО) для застосування останніх на національному рівні.

5. На сьогоднішній день потенціал використання ЗДО на національному рівні ще сповна не розкритий і потребує вкрай детального подальшого опрацювання.

6. Аспекти застосування ЗДО у міжнародній практиці потребують окремого висвітлення через надзвичайну велику специфічних, відмінних від національних аспектів правозастосування.

7. Звичай, звичаї ділового обороту, ділові узвичаєння можуть розглядатися як джерело правового регулювання підприємницьких правовідносин насамперед: тоді, коли ці відносини не врегульовані цивільно-правовими нормами, а також за умов, якщо ці правила поведінки звичаєвого походження не суперечать договору або актам цивільного законодавства, тобто, коли вони відповідають основним засадам цивільного права.

8. Торговельні звичаї представляють більш широкі можливості для реалізації принципу свободи договору, оскільки застосовуються виключно в певній сфері підприємницької діяльності та до відносин, не врегульованих законом.

9. Дотримання торговельних звичок сторонами (надання знижки при купівлі великої партії товару, здійснення продажу постійному контрагенту, адресна доставка товару безкоштовно тощо) сприяє збереженню добрих стосунків з партнерами, прискорення ведення справ, заповненню прогалин у законодавстві, економії ресурсів тощо.

10. Видається доцільним рекомендувати судам формулювати в судовому акті виявлений ЗДО у вигляді чіткої правової норми (управомочної, зобов'язуючої чи забороняючої). Це особливо важливо у випадках застосування судом ЗДО, не зафіксованих у доступних виданнях, до яких належать, наприклад, зводи звичаїв морських портів. Ця міра багато в чому полегшила б завдання інших судів при вирішенні аналогічних ситуацій і сприяла б формуванню і правильному застосуванню ЗДО.

---

1. Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву / М.И. Кулагин. – М.: Статут, 2004. – 362 с.



2. Батрова Т.А. Современные тенденции развития торгового права / Т.А. Батрова. – М.: РИОР ИНФРА, 2011. – 180 с.

3. Круглова Н. Источники правового регулирования внешнеторгового договора купли-продажи / Н. Круглова. [Электронный ресурс] – Режим доступа: inventech.ru/lib/right/right-02

4. Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография / В.С. Белых. – М.: Проспект, 2009. – 360 с.

5. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64.

6. Родионова О.М. Источники гражданского права России: история и современность / О.М. Родионова. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 180 с.

7. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

8. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.

9. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992 р. – № 6. – Ст. 56.

10. Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів: Указ Президента України від 04.10.1994 р.

**Махинчук В.М. Торговий обычай (обычай делового оборота) как источник возникновения и регулирования предпринимательских отношений**

*Рассматривается категориальный аппарат понятия «обычай делового оборота (торговый обычай)». Определяются характерные черты и система обычаев делового оборота, а также сфера их применения. Осуществляется разграничение обычаев делового оборота и обыкновения, предложены рекомендации по применению обычаев делового оборота в судебной практике.*

**Ключевые слова:** торговый обычай, обычай делового оборота, обыкновение.

**Mahinchuk V.M. Trade custom (business turnover custom) as a source of arising and regulation of business relations**

*The article deals with the categorical mechanism of the concept «business turnover custom (trade custom)». The typical features, the custom trade system, the sphere of application are determined. The distinction between the business trade customs and bringing into common use is carried out. The recommendations of the business trade customs application in the court practice are suggested.*

**Key words:** trade custom, business turnover custom, custom.

Стаття надійшла 28 листопада 2012 р.