

9. Посикалюк О. О. До питання про поняття юридичної особи публічного права // Університетські наукові записки, Хмельницький. Хмельницький університет управління та права. 2015, № 1. С. 46–59.
10. Примак В. Д. До питань про сенс і критерії розмежування юридичних осіб публічного та приватного права // Юридична Україна. 2004. № 2. С. 43–49.
11. Сабодаш Р. Б. Очерк о юридических лицах публичного права: некоторые теоретико-правовые проблемы // Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 3 / под ред. Р. А. Майданика. К.: Алерта. К.: Центр учебной литературы, 2010. С. 179–204.
12. Спасибо-Фатеева І. В. Деякі роздуми про юридичні особи та їх організаційно-правові форми // Цивілістика: на шляху формування доктрини. виб. наук. праці. Харків: Золоті сторінки. 2012. С. 250–257.

**Pervomaisky O.,**

*The article analyzes the provisions of the Civil Code of Ukraine, which regulate dividing of legal entities into legal entities of private law and legal entities of public law. The work reveals weaknesses of the provisions of the law and argues the possible way to eliminate these weaknesses.*

**Keywords:** legal entity, legal entity of public law, public interest, the public authority.

## ДУАЛІЗМ ЗВИЧАЮ: НОРМАТИВНІ ПРИПИСИ ТА ЮРИДИЧНІ ФАКТИ

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2019.19.11>

**Пленюк М. Д.,**

*доктор юридичних наук, професор, завідувач сектору проблем договірної права НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

*Статтю присвячено аналізу звичаю в приватному праві України як нормативного припису та юридичного факту. Встановлено, що дуалізм звичаю проявляється в тому, що в механізмі правового регулювання цивільних відносин звичай, з одного боку, може виступати регулятором цих відносин, а з іншого – передумовою, інколи підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин.*

**Ключові слова:** звичай, правові умови, звичасві умови, юридичний факт, нормативні приписи, нормативно-правовий акт, цивільні відносини.

Звичай – як правило, стереотип – характеризується сталою, звичною поведінкою соціальної групи людей, спільнот, окремих громадян тощо. Це ті правила, що в результаті багаторазового застосування входять до звичного обігу людей і, таким чином, регулюють поведінку суспільства. Звичай завжди прикріплений вимогою традицій і виражається у формулі: «Роби так-то, тому, що так робили інші до тебе» [1, с. 113].

Сьогодні прикладів звичаїв у праві, в тому числі їх трансформації у право, доктрина знає більш ніж достатньо. Вважається, що умовами послідовності реформування звичаїв у право є релігія–мораль–звичай–право. Саме на основі такого підходу, узагальнень перетворення звичаю у правову систему в кінці XVIII ст. на початку XIX ст. у Німеччині сформувалася історична школа під впливом навчань Г. Гуго, К. Савіньї, Г. Пухти та інших.

На українських землях, зокрема у Західній та Східній Галіції, у другій половині XVIII ст. діяв нормативно-правовий акт, в основі якого збереглася низка діючих в Галіції звичаїв. Саме вони за стилем викладу і з урахуванням природного права стали базовим актом для подальшого вдосконалення цивільного законодавства.

У свій час Е. Ерліх писав, що право – це сукупність установлених, повсякденних звичаїв і принципів справедливості, яких мають дотримуватися усі члени суспільства. При цьому право не слід розуміти як сукупність наказів і норм, що виходять від суверенної влади, адже головним гарантом права є сила у формі державної влади. Звичай виступає у формі громадської думки, але не завжди гармонує з політикою [2, с. 208]. У свою чергу, Ед. Б. Тайлор звертає увагу на нормативність звичаю і робить висновок, що зароджувані суспільні відносини спочатку регулюються традиціями, звичаями, які еволюціонують залежно від економічних, національних, політичних, релігійних факторів життєдіяльності та трансформуються у законодавчі норми [3, с. 396].

Сучасне розуміння звичаю в правовому просторі, його нормативна ознака не є новим викликом серед наукових дискусій. Право регулює відносини – це аксіома. Відомо й те, що право не може регулювати суспільні відносини, що лише зароджуються. Регулятором таких відносин, починаючи ще від римського права і донині, є соціальний інститут у формі звичаїв, традицій тощо.

Відповідно до ст. 7 ЦК України цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. На думку Р. А. Майданика, звичай є первинним або базовим джерелом українського права, від якого пішли всі інші джерела і в якому є критична точка всіх інших джерел права [4, с. 44].

В юридичній літературі, виходячи з наведеного правила ст. 7 ЦК України, виділяють такі ознаки звичаю: 1) він є правилом поведінки, тобто соціальною нормою, яка встановлює необхідну, бажану або можливу поведінку учасників суспільних відносин за певних умов; 2) звичайне правило поведінки має бути прийнятим у певній сфері цивільних відносин, тобто для того, щоб отримати статус звичаю, це правило повинно «працювати» на регулювання цивільних відносин у певній сфері протягом певного, відносно тривалого проміжку часу; 3) це правило не має бути встановлено актами цивільного законодавства [5, с. 98].

На нашу думку, цивільно-правовий звичай як джерело права має підпорядковану щодо закону роль в системі джерел цивільного права України. Адже завдяки звичаю, як форми права, у разі потреби, заповнюються правові прогалини. Однак за чергою вживання форм права звичай знаходиться після нормативно-правових актів і договорів. Так, у сфері спорту прикладом правового звичаю як підстави виникнення приватноправових відносин є «Правила гри у футбол» (1997 р.), що були прийняті Міжнародною радою футбольних асоціацій (IFAB–International Football Association Board) [6]. Існують й інші документи, в яких зафіксовані звичаї, в тому числі й звичаї ділового обороту. Вони давно діють на території України, є й такі, що «очікують» ратифікації.

Щодо міжнародних звичаїв у сфері спорту слід зазначити, що на відміну від міжнародних договорів, з урахуванням усіх змінних факторів, та із моментом запровадження єдиної практичної діяльності вони формуються протягом тривалого періоду та здебільшого мають усний характер. Характерною рисою міжнародних звичаїв є визнання суб'єктами спортивних правовідносин юридичної сили звичаю як джерела права. Такий підхід, а також характеристика поняття міжнародного звичаю як джерела права надані в ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Зокрема йдеться про те, що міжнародний звичай є доказом загальноправової практики, визнаної в якості правової норми [7].

З наведеного можна зазначити, що правовий звичай, в тому числі й міжнародний, для приватноправових відносин у сфері спорту займає своє особливе місце в ієрархії джерел права. Незважаючи на те, що за своєю вагомістю та значущістю правові звичаї поступаються місцем внутрішньодержавному законодавству, міжнародним договорам та іншим джерелам права, вважаємо, що у деяких випадках саме вони виступають підставою виникнення приватноправових відносин у сфері спорту та джерелом для правового регулювання цих відносин. При цьому доводиться констатувати, що застосування звичаїв, в тому числі й міжнародних, у сфері спорту є стриманим. Звідси частково й випливають проблеми щодо невизнання існуючих приватноправових відносин у сфері спорту в Україні.

Щодо звичаїв у підприємницькій діяльності, то слід зазначити, що серед переліку, який наводиться авторами [8, с. 77], вбачаються: найпростіші торговельні звичаї, класичні звичаї торгового обороту, що склалися, звичаї ділового обороту, звичаї ділового обороту, які знайшли своє відображення в корпоративних кодексах поведінки, тощо. Найпоширенішими в Україні є Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів (Правила ІНКОТЕРМС), які застосовуються як при укладанні зовнішньоекономічних договорів (контрактів), так і у внутрішньому цивільному обороті.

Таким чином, важливість звичаїв як форми права та соціальних регуляторів в цілому є очевидною. Однак звертаємо увагу на те, що можливість їх застосування в щоденній підприємницькій діяльності на сьогодні є стриманою, скоріш за все, у зв'язку з відсутністю відповідного досвіду.

Щодо питання співвідношення права та звичаїв нам імponує китайський приклад. За приписами китайської юриспруденції важливим вважається те, щоб звичай «лі» не суперечить нормам позитивного права «фа». Дисгармонія між цими категоріями вважається хворобою суспільства і держави [9, с. 250].

Варто зазначити, що в Україні, для прикладу у корпоративних відносинах, для їх дієвості регулювання беруться до уваги не лише принципи корпоративного управління, а й дієвість соціальних регуляторів, зокрема звичаїв (звичаїв ділового обороту) тощо. Під корпоративним звичаєм, як правило, розуміється звичай, застосування якого забезпечується заходами впливу з боку корпорації, заходами заохочення або санкціями. При цьому слід відрізнити корпоративний звичай від звичаїв, що являють собою моральну норму, оскільки під корпоративним звичаєм розуміється правило, що склалося на основі постійного однакового повторення фактичних відносин. Наприклад, звичай дочекатися протягом 20 хвилин усіх членів загальних зборів, а у разі неявки більшості учасників вчиняти відповідно до статутних документів певні дії. Натомість звичаєва норма, або правовий звичай в системі джерел права, характеризується низкою особливостей, які відрізняють її від інших цивільно-правових регуляторів.

На думку Т. В. Кашаніної, теоретичне розуміння корпоративного звичаю слід тлумачити з огляду на застосування правил, які забезпечуються заходами впливу з боку корпорації (заохочення, санкцій

тощо). Відтак корпоративний звичай – це правило, що склалося на основі постійного й однакового повторення будь-яких фактичних відносин. Для нього характерні такі риси: 1) зв'язок з тривалим і одноманітним дотриманням відомих правил, що стали звичкою; 2) масовість виконання; 3) вимоги цього правила людина поширює не тільки на інших, а й на себе; 4) майже ніколи не суперечить нормам моралі і державному правопорядку [10, с. 90].

На сьогодні беззаперечним є той факт, що звичаї, зокрема звичаї ділового обороту, є поширеними, однак переважна його частина стосується міжнародного приватного права. Звичаю притаманний локальний характер, оскільки завжди стосується лише певної сфери цивільних відносин (суб'єктів, місцевості, виду діяльності тощо), наприклад, звичай ділового обороту – сфери підприємницької діяльності, звичаї порту – діяльності порту, морські звичаї тощо.

На жаль, доводиться констатувати, що кодекси корпоративного управління (про які згадується у ст. 33 Закону України «Про акціонерні товариства» [11], які розуміються як сукупність принципів, стандартів або правил поведінки, що стосуються питань управління товариствами та здійснення контролю) майже не застосовуються в Україні. Натомість практика їх запровадження, яка започаткована Великою Британією ще на початку 1990 року, активно підтримується іншими країнами протягом багатьох десятиліть [12, с. 366].

В Інформаційному листі від 07 квітня 2008 р. № 01-8/211 Вищим господарським судом України надано роз'яснення щодо звичаю (звичаю ділового обороту). Зазначається, що у випадку, якщо звичай визнаний господарським судом загальновідомим на підставі ч. 1 ст. 35 ГПК України, він не потребує доказування. В іншому випадку наявність звичаю, його застосування у певній сфері цивільних відносин, на певній території тощо згідно зі ст. 33 ГПК України має довести сторона, яка посилається на звичай як на підставу своїх вимог і заперечень. Як приклад наводиться усталена практика сторін при виконанні договору облігаторного перестрахування щодо надсилання повідомлень про настання страхової події засобами електронної пошти [13]. Не вдаючись до дискусії щодо розмежування правових звичаїв, ділових узвичаєнь та практики усталених відносин зазначимо, що ділові звичаї чи/або узвичаєння, які відіграють роль додаткових регуляторів корпоративних відносин, запроваджуються у межах певної професійної групи або певного виду професійної діяльності. При цьому, у разі формування звичаю ділового обороту, учасники намагаються закріпити їх у відповідних документах, запроваджуючи їх обов'язковість у практичну діяльність організації. Наприклад, Принципи корпоративного управління, затверджені Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку від 22 липня 2014 р. № 955 [14], які не мають сили нормативного акта, а містять рекомендаційний характер управління акціонерним товариством відповідно до міжнародних стандартів. У змісті зазначених Принципів розкривається сутність порядку здійснення органами управління акціонерних товариств своїх повноважень системи контролю за їх фінансово-господарською діяльністю, розкриттям інформації, додержанням прав акціонерів, реалізацією прав у відносинах з відповідними органами акціонерних товариств тощо.

Однак при позитивному ставленні до звичаїв в доктрині приватного права доводиться констатувати неоднозначний підхід законодавця. Так, у попередній редакції ч. 4 ст. 265 ГК України зазначалось, що умови договорів поставки *повинні* викладатися сторонами відповідно до вимог Міжнародних правил тлумачення термінів «Інкотермс». Очевидно, що такий імперативний припис не витримав перевірки часом, а тому у 2012 році були внесені зміни, відповідно до яких 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 Кодексом чи законами України. На нашу думку, саме такий підхід законодавця є правильним, адже немає підстав визнавати договір недійсним чи неукладеним лише у разі відсутності вказівки на правила Інкотермс (п. 3 Інформаційного листа ВГСУ від 07.04.2008 р. № 01/8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»).

Отже, можна підсумувати, що сама собою фіксація певних правил поведінки в корпоративних відносинах не є доказом того, що ті чи інші правила є звичаєм (звичаєм ділового обороту) тощо. Адже відповідно до ст. 630 ЦК України типові умови договорів певного виду, оприлюднені у встановленому порядку, можуть застосовуватися як звичаї ділового обороту лише у разі, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК України. У корпоративних правовідносинах звичаю, в тому числі звичаю ділового обороту тощо, надається роль додаткового регулятора. Адже більшість положень ЦК України, зокрема ст. 526, 527, 531, 532, 538, 539, 613, 627, 652 та інших, не визначають імперативно відповідних правил поведінки, а лише вказують на їх існування серед звичаєвих норм. У більшості випадків сторонам надається можливість самостійно врегульовувати свої відносини. І лише у випадку не використання такої можливості самостійно, а також у разі відсутності врегулювання нормами законодавства договору тощо застосовуються звичаєві норми.

Наведений підхід застосування звичаєвих правил зберігається й у зарубіжному законодавстві. Так, в корпоративному законодавстві Польщі наводиться теза, що джерелами права товариств також слід вважати так зване м'яке право (*soft law*), тобто положення, які не мають загальнообов'язкової сили (звичаї, правила корпоративного управління, судова практика, правова доктрина, а також право, що міститься у договорах, положеннях договорів про застосування товариств, статuti, акти органів тощо) [15, с. 125].

Розглядаючи звичай як форму (джерело) права і як юридичний факт, доходимо висновку, що звичай формується на підставі своєї повторюваності, масовості виконання в межах норм моралі, а не «за велінням». Натомість звичаєві умови, наприклад у корпоративному управлінні, вважаються загальноприйнятими правилами, які сприяють накопиченню колективного досвіду, досвіду проведення співбесід, домовленостей про співпрацю тощо. Такі звичаєві правила не можуть вважатися юридичними фактами та слугувати підставою виникнення, зміни та припинення цивільних правовідносин.

З огляду на наведене доходимо висновку, що дуалізм звичаю в приватному праві проявляється насамперед в тому, що в механізмі правового регулювання цивільних відносин звичай, з одного боку, може виступати регулятором цих відносин, а з іншого – передумовою, інколи підставою їх виникнення, зміни чи припинення. Недотримання звичаїв, тобто будь-яка дія (бездіяльність) чи подія, що відображає суспільно-індивідуальні, конкретні і реально існуючі обставини дійсності, вважатиметься юридичним фактом, настання якого призводитиме до юридичних наслідків для суб'єктів.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Общая теория права и государства. Учебник. Под ред. В. В. Лазарева. Москва: Юристъ, 1996. С. 113.
2. Поздняков Э. А. Философия государства и права. Москва, 1995. С. 207–210.
3. Тайлор Эд. Б. Антропология (Введение к изучению человека и цивилизации). Пер. с англ. док. И. С. Ивина с предисл. П. Л. Лаврова. Изд. 3-е, сверенное с последним английским изданием. С.-Петербург, 1908. С. 396–397.
4. Майданик Р. А. Система источников гражданского права Украины. Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції: у 2-х томах, Київ, 19 жовтня 2012 року. К.: ТОВ «Білоцерківдрук», 2013. С. 37–46.
5. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія. К.: Правова єдність, 2009. С. 98–99.
6. Правила гри у футбол. URL: <http://www.rules.com.ua> (дата звернення: 03.10.2018).
7. Устав Организации Объединённых Наций и Устав Международного суда. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010) (дата звернення: 02.10.2018).
8. Методологія дослідження проблем цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяченій пам'яті професора О. А. Пушкіна (26 травня 2012 р.). Харків: Харківський національний університет внутрішніх справ, 2012. 465 с.
9. Кычанов В. И. Основы средневекового китайского права. Москва, 1976. С. 249–253.
10. Кашанина Т. В. Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ): учеб. для вузов. Москва: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М. КОДЕКС, 1999. С. 89–90.
11. Про акціонерні товариства. Закон України від 17.09.2008 р. (в редакції від 11.06.2017 р.). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата звернення: 15.09.2017).
12. Корпоративне право України: підручник. Київ. Юрінком Інтер, 2010. С. 366.
13. Постанова ВГСУ від 04.08.2009 р. № 37/111. URL: [www.arbitr.gov.ua](http://www.arbitr.gov.ua) (дата звернення: 14.10.2018 р.).
14. Про затвердження Принципів корпоративного управління від 22.07.2014 р. № 955. URL: [http://search.ligazakon.ua/l\\_doc2.nsf/link1/KL140337.html](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KL140337.html) (дата звернення: 16.12.2018).
15. Корпоративне право Польщі та України: монографія / Васильєва В. А., Гербет Анджей, Ковалишин О. Р. [та ін.]; за ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. 377 с.

### Pleniuk M. Dualism confirmed: normative prescriptions and legal facts

The article is devoted to the analysis of the custom in the private Law of Ukraine as a normative prescription and legal fact. It has been established that the practice of dualism manifests itself in the fact that in the mechanism of legal regulation of civil relations, the custom, on the one hand, can act as a regulator of these relations, and on the other – a prerequisite, sometimes the basis for the emergence, change or termination of civil legal relations.

**Keywords:** custom, legal conditions, customary conditions, legal fact, normative prescriptions, normative-legal act, civil relations.