



Т.О. Піскуп\*

## ЗАСТОСУВАННЯ ТОРГОВЕЛЬНИХ ЗВИЧАЇВ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА В УКРАЇНІ: ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Міжнародний звичай і його різновид міжнародний торговельний звичай визнається джерелом міжнародного приватного права та застосовується на практиці для регулювання цивільних правовідносин. У загальному плані проблему торговельних звичаїв досліджували такі українські та зарубіжні науковці: М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, Ю.Г. Гошко, М.В. Євтушенко, О.С. Іоффе, А.Е. Кристер, І.Г. Побірченко, А.В. Смітюх, Р. Фолсом, П.П. Чубинський, Г.Ф. Шершеневич, К. Шмітгофф; різницю між правовим звичаем та звичаєвістю вивчали: Р. Джурович, І.С. Зикін, С.І. Кумок, А.Л. Маковський, О.О. Мережко, М.Г. Розенберг; співвідношення міжнародного торговельного звичаю та судово-арбітражної практики досліджували: О.М. Добров, Є.М. Єзерський, І.С. Зикін, С.Л. Зівс, М.І. Кулагін, Г.Ф. Шершеневич. Недостатньо досліджені такі проблеми: співвідношення міжнародного торговельного звичаю та прийнятого (усталеного) порядку; питання трансформації звичаєвих правил у прецедентне право; застосування міжнародних торговельних звичаїв у нових галузях торгівлі.

*Метою дослідження є проаналізувати правову традицію застосування торговельних звичаїв як джерела права до становлення незалежної української держави; з'ясувати як врегульований торговельний звичай у законодавстві України на сьогоднішній день; спробувати визначити недоліки та прогалини законодавчого регулювання та передбачити перспективи розвитку цього джерела права на майбутнє.*

Актуальність даного дослідження породжена трансформацією правової системи України із “моноджерельної” у “різноджерельну”<sup>1</sup>, посиленням ролі засобів недержавного децентралізованого регулювання міжнародного торгового обігу. Міжнародні торговельні звичаї є одним із різновидів цих недержавних засобів регулювання, що все частіше використовується контрагентами.

Для того, щоб зрозуміти яке місце займає міжнародний торговельний звичай у правовій системі України, сьогодні необхідно окреслити шлях, що його пройшов торговельний звичай, у своєму розвитку.

В період становлення Русі основним джерелом формування правових норм були старовинні звичаї (у тому числі торговельні) слов'янських племен, які об'єдналися у перші ранньофеодальні держави-князівства, а також князівська судова практика. Свідченням цього є тексти договорів Русі з Візантією (X ст.), що містять норми візантійського і руського торгового права (“статут”, “закон руський”), церковні статuti X-XI ст.ст., що регулювали шлюбно-сімейні відносини, юрисдикцію церковних судів.<sup>2</sup>

У середні віки в Європі торговельні звичаї продовжували відігравати важливу роль і становили основу таких правових актів, як “Руська правда”, “Салічна правда”, “Саксонське зеркало”, “Литовські статuti”, що, зокрема, ввібрали у себе засади руського копного (зборового)

© Піскуп Т.О., 2005

\* аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

<sup>1</sup> Див: Корчевна Л.О. Проблема різноджерельного права: Досвід порівняльного правознавства. Монографія. — К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. — 360 с.

<sup>2</sup> Максимова Н.А. Судебная практика как источник гражданского права // Адвокатская практика. — 2003. — № 4. — С. 25.



права.<sup>3</sup> Литовський статут прямо зобов'язував судові органи вирішувати справи “подле давнього обычая, одно судити мают с тым писаным правом”, а у випадку відсутності законодавчої норми керуватися “под сумленьем... водлуг стародавнього обычая”.<sup>4</sup> Сукупність правових звичаїв становила звичаєве право запорозьких козаків, що діяло на території так званих “Запорозьких Вольностей” у XVI-XVIII ст.ст. Зокрема нормами звичаєвого права регулювалися відносини цивільно-правового (право власності, зобов'язальне право) і кримінально-правового (злочини, покарання) характеру, порядок судоустрою і судочинства в Запорозькій Січі.<sup>5</sup>

В історії українського народу визнання звичаїв державою здійснювалося різними способами і найпростіший полягав у тому, що держава просто не забороняла їх, визнаючи безпечним для себе їх зміст і характер. Підтвердженням цього може бути функціонування в Гетьманщині копних (громадських) судів. Виникли вони на основі місцевих звичаїв і розглядали справи на підставі звичаєвого права. Тривалий час копні суди діяли з мовчазної згоди польсько-литовської влади і лише в XVI ст. були санкціоновані державою в законодавчому порядку. Діяльність копних судів була одним із прикладів перетворення торговельного звичаю у правову норму.<sup>6</sup> Як відзначав відомий дослідник українського права А.П. Ткач, цей процес відбувся у 3 етапи: а) незаперечення звичаю з боку держави; б) розгляд справ у суді на підставі норм звичаєвого права; в) фіксування існуючого звичаю в законі.<sup>7</sup>

Суттєву вагу мали норми звичаєвого права на етапі входження України до складу Московської держави, коли царський уряд офіційно визнавав збереження “давніх прав”, у тому числі звичаїв, як своєрідну гарантію автономії України. Прикладом кодифікації звичаєвого права можуть слугувати “Права, за якими судиться малоросійський народ” 1743 р. У цьому збірнику зібрані норми, якими регулювалися відносини власності, договори купівлі-продажу, дарування і позики, кримінального покарання тощо. З поширенням на Україну російського загальноімперського законодавства давні українські права збереглися у вигляді окремих норм “Місцевих законів Полтавської та Чернігівської губерній”, що містилися у Зводі законів Російської імперії 1832 р.<sup>8</sup>

У Росії достатньо довгий період розвитку держави аж до встановлення самодержавства поняття “закон” і “звичай” подавалися як синоніми. Приватні і державні права: права князів і народу, право спадкування, помсти, викупу, право власності і т.д. підпорядковувалися дії звичаю.<sup>9</sup> Ст. 47 Основних законів Зводу законів Російської імперії закріпила, що “Імперія Російська управляється на твердих засадах позитивних законів, приписів та статутів, що виходять від самодержавної влади”. В Російській імперії були і інші джерела права — правовий звичай та судова практика. На основі статутів торговельного, цивільного судочинства та окремих законів у Росії допускалося застосування місцевих звичаїв при спадкуванні майна селян та при вирішенні цивільних справ. Місцеві звичаї застосовувалися волосними судами, мировими суддями, іншими цивільними судами; застосовувалися також торговельні звичаї.<sup>10</sup>

Класична буржуазна доктрина XIX ст. в основному заперечувала значення звичаю як джерела права. Але вже в кінці XIX ст. все більше авторів доводять, що “в дійсності звичай є

<sup>3</sup> Див: *Лашенко Р.* Копні суди на Україні, їх походження, компетенція і устрій (кінець) // Збірник правничої комісії при історично-філософській секції Наукового Товариства ім. Шевченка, ч. 2. — Львів, 1927. — С. 37-41.

<sup>4</sup> *Самохвалов В.П.* Звичаєве право у Гетьманщині // *Правова держава.* — Вип. 7. — К., 1996. — С. 228

<sup>5</sup> Див: *Грозовський І.М.* Звичаєве право запорозьких козаків: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01 / Х., 1998. — С. 3-13

<sup>6</sup> *Самохвалов В.П.* Звичаєве право у Гетьманщині // *Правова держава.* — Вип. 7. — К., 1996. — С. 227-228

<sup>7</sup> *Ткач А.П.* Історія кодифікацій дореволюційного права України. — К., 1968. — С. 26.

<sup>8</sup> *Юридична енциклопедія:* В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К.: Укр. енцикл., 1998. — Т. 2: Д-Й. — С. 567.

<sup>9</sup> *Аксенова І.Ч., Свечникова Л.Г.* Теория обычного права в этнологических, теоретико-правовых и историко-правовых исследованиях // *Право и политика.* — 2002. — № 12. — С. 105-115.

<sup>10</sup> *Хвостов В.М.* Общая теория права. — М., 1914. — С. 94.



джерелом права, до того ж важливим”. Класична позиція юристів XIX ст. пояснювалася “культом тексту закону”. Поступово намітилися відмова від категоричної позиції заперечення звичаєвого права. Була обґрунтована конструкція санкціонування звичаїв, зокрема шляхом відсилання до них в законі або “відсилання, що малося на увазі” закону до звичаю. Таким чином відбулася реабілітація звичаю як джерела права і, перш за все, цивільного права. А в середині XX ст. намітилася тенденція “звільнення” звичаєвого права від “опіки закону”. З поглибленням кризи буржуазної законності завершився повний цикл відходу від принципу верховенства закону та заперечення звичаєвого права.<sup>11</sup>

На початковому етапі становлення радянського права допускалося застосування тих звичаїв, що не суперечили соціалістичній правосвідомості. З'явилась навіть концепція “революційного звичаєвого права” академіка О.О. Малиновського. З 1918 р. і до ліквідації у 1934 р. діяла Комісія для вивчення звичаєвого права України як наукова установа ВУАН (Всеукраїнська Академія Наук). Члени комісії підготували близько 150 наукових праць, присвячених переважно аналізу ролі звичаєвого права на різних історичних етапах розвитку України. Особлива увага приділялася спадковому, сімейному, земельному праву, дослідженню торговельно-звичаєвих норм, “вивченню норм сучасного народного права в нарсудах”. Доробки Комісії були опубліковані у збірниках “Праці Комісії для вивчення звичаєвого права України”. Значний інтерес становлять такі роботи, як “Три ступені правоутворення” А.Е. Кристера, “Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні” В.А. Камінського, “Вплив звичаю на судову практику” Є.М. Єзерського, “Правоутворення без законодавця. Ч. 1. Звичаєве право” О.С. Добрава, “Репрезентативна метода та студії над звичаєвим правом” Б.О. Язловського.<sup>12</sup>

У Західній Україні, що спочатку знаходилася під владою Австро-Угорщини, а з 1923 р. — Польщі теж проводилася активна робота по вивченню застосування торговельних звичаїв у різноманітних правовідносинах. На початку XX ст. у Львові діяла Правнича комісія при історично-філософській секції Наукового товариства ім. Шевченка, що видавала Збірник наукових праць, багато з яких були присвячені питанням звичаєвого права України. Очолював Комісію громадський діяч і універсальний правознавець С.С. Дністрянський, до наукових інтересів якого входили проблеми державного, цивільного, сімейного і авторського права, окремі питання теорії і історії держави і права, а також деякі аспекти міжнародного приватного права. Великий інтерес становлять його праці “Звичаєве право та соціальні зв'язки” 1902 р., “Про природу звичаєвого права” 1904 р., “Нові причинки до теорії заручин в новітнім праві” 1905 р., “Природні засади права” 1911 р., “Генеза та основи права” 1923 р., у яких він намагається відійти від традиційного правничого позитивізму, підкреслюючи соціальний характер норм та природних засад права.<sup>13</sup> С.С. Дністрянський вважав головною ознакою права не забезпечення правил поведінки державним примусом, а визнання необхідності (*opinio necessitatis*) цього правила учасниками суспільних відносин, тобто психологічний чинник. На його думку, норми звичаєвого права тримаються на внутрішній силі суспільства, старішого та сильнішого за державу, що унеможливає подолання цієї сили жодною державою.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Зивс С.Л. Источники права. — М., 1981. — С. 162-163.

<sup>12</sup> Див: Добров О.М. Правоутворення без законодавця (нарис з теорії джерел права). — Ч. 1. Звичаєве право // Праці комісії для вивчення звичаєвого права України за ред. А.Е. Кристера. — Збірник № 8. — К., 1928. — С. 297-415; Камінський В. Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні. // Праці комісії для вивчення звичаєвого права України за ред. А.Е. Кристера. — Збірник № 4. — К., 1925. — С. 32-53;

<sup>13</sup> Див. також: Дністрянський С. Провідні думки в історії і теорії міждержавного приватного права / Прага: Український університет, 1923. — 22 с.; Дністрянський С. Річеве право / Прага: Український університет, 1923. — 1 зшиток. — 204 с.

<sup>14</sup> Усенко І.Б. Наукова спадщина академіка С.С. Дністрянського // Правова держава. — К., 1996. — Вип. 7. — С. 232- 234



Пізніше звичаї, зокрема торговельні, або взагалі не називали різновидом регуляторів поведінки учасників радянського цивільного обігу, або традиційно обмежувалися двома сферами дії звичаю, охопленими відповідно Ст. 77 Земельного кодексу РСФСР 1922 р., яка передбачала застосування “місцевих звичаїв”, та декількома статтями Кодексів торговельного мореплавства СРСР 1929 і 1968 р., які говорили саме про звичаї, прийняті в морській торгівлі.<sup>15</sup> Застосування оціночних критеріїв, зокрема “вимог, що звичайно ставляться” передбачалося Основами цивільного законодавства СРСР та республік 1961 р. та Цивільним Кодексом УРСР 1963 р. при виконанні зобов’язань, визначенні якості речі. Можливість застосування торговельних звичаїв прямо передбачалася лише в параграфі 12 Правил провадження справ у Зовнішньоторговельній арбітражній комісії при ТПП СРСР.<sup>16</sup> Таким чином, сфера застосування торговельних звичаїв звузилася до міжнародних морських перевезень та регулювання зовнішньоторговельних угод. Поясненням цього факту може бути те, що радянська держава, відносно торговельних звичаїв, продовжувала законодавчу політику Російської імперії, яка “завжди неприхильно ставилася до звичаю як наслідок близького зв’язку останнього з ідеєю місцевої автономії, намагалася виставляти на перший план укази, устами та інші законодавчі джерела”.<sup>17</sup>

У період із кінця 50-х рр. і до розпаду СРСР з’являлися поодинокі роботи, присвячені торговельним звичаям. Серед науковців, які навіть у радянський час намагалися висвітлювати питання звичаєвого права, можна назвати М.Н. Кулажнікова, В.А. Александрова, С.Л. Зівса, І.С. Зикіна, С.І. Вільнянського, Б.Я. Токарева, Р.І. Станіславайтиса.<sup>18</sup>

У законодавстві незалежної України правила застосування торговельних звичаїв та посилання на них містяться у кодексах, законах, підзаконних нормативних актах. Уперше можливість застосування торговельних звичаїв була законодавчо закріплена у Законі України “Про зовнішньоекономічну діяльність” 1991 р. У нормі закону, що стосується договорів (контрактів) суб’єктів зовнішньоекономічної діяльності та права, що застосовується до них зазначено, що суб’єкти зовнішньоекономічної діяльності при складанні тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) мають право використовувати “відомі міжнародні звичаї, рекомендації міжнародних органів та організацій”, якщо це не заборонено прямо та у виключній формі цим та іншими законами України (ч. 1 ст. 6).<sup>19</sup> У Арбітражному процесуальному кодексі України 1991 р. зазначається, що “у разі відсутності законодавства, що регулює спірні відносини за участю іноземного суб’єкта підприємницької діяльності, господарський суд може застосовувати міжнародні торгові звичаї” (ч. 5 ст. 4).<sup>20</sup>

Згідно ч. 1 Указу Президента України від 4 жовтня 1994 року “Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб’єкти підприємницької діяльності

<sup>15</sup> Див: Советское гражданское право. — М.: Госюриздат, 1950. — Т. 1. — С. 79; Советское гражданское право. — М.: Высшая школа, 1968. — Т. 1. — С. 55; Советское гражданское право. — М.: Высшая школа, 1972. — Т. 1. — С. 38.

<sup>16</sup> Див: Правила производства дел во ВТАК при ТПП СССР, утвержденные постановлением президиума ТПП СССР от 25.06.1975 г.

<sup>17</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. — СПб., 1908. — Т. 1. — С. 79.

<sup>18</sup> Див: Кулажников М.Н. Право, традиции и обычаи в советском обществе. — Ростов: Изд-во Рост. ун-та, 1972. — 176 с.; Александров В.А. Обычное право крепостной деревни России XVIII — нач. XIX в. / Отв. ред. В.К. Гарданов. — М.: Наука, 1984. — 255 с.; Зивс С.Л. Источники права. — М., 1981; Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. — М., 1983; Вильнянский С.И. Обычаи и практика социалистического общежития // Ученые записки Харьковского юридического института. — Вып. 5. — Харьков, 1954; Токарев Б.Я. Советское право и обычай в их связи и развитии: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.710 / Саратов. юрид. ин-т им. Д.И. Курского. — Саратов, 1976. — 15 с.; Станиславайтис Р.И. Обычаи и традиции в механизме социального действия права: Автореф. дис. докт. юрид. наук: 12.00.01 / Ин-т гос-ва и права АН СРСР. — М., 1989. — 51 с.

<sup>19</sup> Про зовнішньоекономічну діяльність. Закон України від 16.04.1991 р. // ВВР Української РСР. — 1991. — № 29. — Ст. 377.

<sup>20</sup> Господарський процесуальний кодекс України // ВВР. — 1992. — № 6. — Ст. 56



України” розрахунки за зовнішньоекономічними договорами, укладеними суб’єктами підприємницької діяльності України, предметом яких є товари (роботи, послуги), здійснюються відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів та Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати.<sup>21</sup> Указом Президента України “Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів» встановлено, що “при укладанні суб’єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності договорів, у тому числі зовнішньоекономічних договорів, предметом яких є товари, застосовуються Міжнародні правила інтерпретації комерційних термінів, підготовлені Міжнародною торговою палатою у 1953 році” (ч. 1 п. 1).<sup>22</sup> На момент видання зазначеного Указу Президента вже вийшла нова редакція Правил ІНКОТЕРМС 1990 р. і тому недоцільним було посилення Указу на стару редакцію 1953 р. У 2000 р. Міжнародна торгова палата знову перевидала Правила ІНКОТЕРМС, але відповідний Указ Президента про застосування положень нових Правил не був виданий, що призвело до виникнення правової колізії.

У листі Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України роз’яснюється, що застосування Офіційних правил тлумачення торговельних термінів у договірних відносинах між суб’єктами господарювання — резидентами України можливе з урахуванням доцільності застосування цих термінів у внутрішній торгівлі (ч. 4).<sup>23</sup> Вважаємо за доцільне внести зміни до Указу Президента України “Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів” від 4 жовтня 1994 р. відповідно до яких застосування Правил ІНКОТЕРМС є обов’язковим лише при укладанні суб’єктами підприємницької діяльності України зовнішньоекономічних договорів (контрактів) відповідно до мети і сфери застосування цих Правил. Виняток становлять договори поставки, умови яких повинні викладатися сторонами відповідно до вимог Правил ІНКОТЕРМС відповідно до ч. 4 ст. 265 Господарського кодексу України.<sup>24</sup>

Законодавство України містить можливість застосування міжнародних торговельних звичаїв у сфері торговельного мореплавства. Згідно із ст. 6 Кодексу торговельного мореплавства України 1995 р. (далі — КТМ України) включення в договори умов про “застосування звичаїв торговельного мореплавства” дозволяється, коли сторони можуть відступати від правил Кодексу. Посилання на звичаї містить ряд статей КТМ України, зокрема на “морські звичаї” (ст. 71), на “звичаї порту” (ст. 78), ст. 146 посилається на “чинні правила і звичаї” перевезення вантажів, ст. 293 передбачає “міжнародні звичаї торговельного мореплавства”, що застосовуються у разі неповноти закону у процесі визначення виду, обчислення розмірів загальної аварії; у ст. 295 зазначаються “правила і звичаї торговельного мореплавства”. Містить КТМ України і численні відсилки до “звичайного”, як то “звичайна практика морського агентування”, “звичайно прийняті терміни доставки вантажу”, “зношеність від звичайного користування”, “звичайний шлях” і т.д.<sup>25</sup> Можна погодитися із думкою А. Смітюха<sup>26</sup>, що вище перелічені відсилки до “звичайного” є не звичаями у розумінні норми права, а лише обставинами (фактами), що їх суд буде оцінювати приймаючи відповідне рішення.

<sup>21</sup> Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб’єкти підприємницької діяльності України: Указ Президента України від 04.10.1994 р. № 566/94 // Урядовий кур’єр. — 1994. — 18 червня.

<sup>22</sup> Про застосування Міжнародних правил інтерпретації комерційних термінів: Указ Президента України від 04.10.1994 р. // Урядовий кур’єр. — 1994. — 6 жовтня.

<sup>23</sup> Щодо застосування Офіційних правил тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати у разі укладання зовнішньоекономічних договорів (контрактів): лист Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 27.01.2003 р. № 83-20/34 // Бухгалтер. — 2003. — № 16.

<sup>24</sup> Господарський кодекс України. — К.: Парламентське вид-во, 2003. — 192 с.

<sup>25</sup> Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. // ВВР. — 1995. — № 48-52. — Ст. 349.

<sup>26</sup> Див: Смітюх А.В. Звичаї як джерело права в контексті нового законодавства України (перспективи застосування господарськими судами) // Вісник господарського судочинства. — 2004. — № 1. — С. 345



Ст. 11 Сімейного кодексу України зазначає, що при вирішенні сімейного спору суд може за заявою заінтересованої сторони врахувати “місцевий звичай, а також звичай національної меншини”, якщо вони не суперечать вимогам Кодексу, закону та моральним засадам суспільства. Посилання на “звичай національної меншини” містять також ст. 35 право на вибір прізвища при реєстрації шлюбу та ст. 146 Кодексу — визначення імені дитини.<sup>27</sup>

Господарський кодекс України 2003 р. передбачає можливість застосування звичаїв лише декілька разів. Ч. 1 ст. 32 посилається на “торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності” при визначенні недобросовісної конкуренції. Ч. 3 ст. 344 згадує “банківські звичаї і правила” як регулятор міжнародних розрахунків. Господарський кодекс України містить численні відсилки до “звичайного”. Ст.ст. 193, 199, 268, 269, 322 посилаються на такі оціночні критерії як “вимоги, що звичайно ставляться”, види забезпечення виконання зобов’язань, що “звичайно застосовуються”, “звичайний рівень якості”, “звичайний спосіб прийняття роботи”.<sup>28</sup>

Цивільний кодекс України 2003 р. (далі — ЦК України) вперше вводить звичаї ділового обігу у сферу цивільно-правового регулювання. Так ст. 7 ЦК України передбачає, що “цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується”. Посилання на “звичаї ділового обороту” містять такі статті ЦК України: ст.ст. 213, 526, 529, 531, 532, 538, 539, 613, 627, 630, 652, 654, 668, 682, 687, 846, 1014, 1021, 1059, 1068, 1088, 1089, 1099. Ст. 28 ЦК України посилається на “звичай національної меншини”, ст. 333 на “місцевий звичай”, ст. 444 на “звичаї” взагалі. Ряд статей Кодексу містять посилання на оціночні критерії, наприклад “звичайні обставини” отримання доходу; вимоги, що “звичайно ставляться”; “звичайна ціна” і т.д.<sup>29</sup>

Проаналізувавши законодавство України, можна зробити такі висновки. По-перше, законодавство України використовує різну термінологію для визначення звичаїв: звичаї ділового обороту, місцеві звичаї, звичаї національної меншини, міжнародні звичаї, міжнародні торгові звичаї, звичаї торговельного мореплавання, морські звичаї, звичаї порту, чинні звичаї, чесні звичаї у підприємницькій діяльності, банківські звичаї. Це створює плутанину щодо того, що розуміє законодавець під певним видом звичаю. Ст. 7 ЦК України дає визначення лише загального поняття звичаю, не розшифровуючи поняття “звичай ділового обороту”. Доцільно уніфікувати термінологію, що використовуються у законодавстві України для визначення поняття звичаїв, зважаючи на види правовідносин, що ними регулюються.

По-друге, “звичайне” не є синонімом “звичую” тому, що, на відміну від останнього, є більш розмитим, недостатньо структурованим і стійким, внаслідок чого фактично створюється заново при застосуванні норми, що відсилає до “звичайного”. З точки зору свого функціонального призначення ці правові категорії є близькими, що підтверджується тим, що норми, які містять відсилання до “звичайного”, можуть бути як диспозитивними, так і імперативними.<sup>30</sup>

По-третє, користуючись загальновизнаною класифікацією, яку дав Р. Давід звичаям<sup>31</sup>, можна зробити висновок про те, що в Україні визнаються звичаї на доповнення закону (*secundum*

<sup>27</sup> Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III // ВВР. — 2002. — № 21-22. — Ст. 135.

<sup>28</sup> Господарський кодекс України. — К.: Парламентське вид-во, 2003. — 192 с.

<sup>29</sup> Цивільний кодекс України. — К.: Парламентське вид-во, 2003.

<sup>30</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. — М.: Статут, 1997. — С. 52-53.

<sup>31</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. — М.: Междунар. отношения, 1999. — С. 94-95.



*legem*) та звичаї, окрім закону, які долають прогалини законодавства (*praeter legem*) та заперечується існування звичаїв проти закону (*contra legem*).

По-четверте, для отримання звичаєм статусу повноцінного джерела права необхідно право суду застосовувати або не застосовувати звичаї перетворити на обов'язок суду діяти таким чином. Пропонується внести зміни до ч. 5 ст. 4 ГПК України, привести її у відповідність із ЦК України.

По-п'яте, у договірних відносинах між суб'єктами господарювання — резидентами України застосування Правил ІНКОТЕРМС є недоцільним, крім застосування Правил до договорів поставки, відповідно до практики, що склалася.

По-шосте, розробити законодавство для регулювання застосування торговельних звичаїв у новій галузі торгівлі — електронній комерції.

Нове законодавство України дозволило реабілітувати торговельні звичаї як джерело права та перетворити їх із питання правової теорії на актуальне явище правової дійсності, таким чином відновивши українську правову традицію застосування торговельних звичаїв.

