



О. О. Гайдулін,
кандидат філософських наук,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного та європейського права
Київського національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана

УДК 34 (091) + 347.44

ТЛУМАЧЕННЯ ЗВИЧАЄВИХ НОРМ: НОРМАТИВІСТСЬКИЙ ТА ІСТОРИЧНИЙ АНАЛІЗ

Розглядається яким чином правова природа звичаю закріплена в чинному цивільному законодавстві України. За результатами дослідження встановлено колізію норм, що закріплені у ст.ст. 7 та 627 Цивільного кодексу України. Для більш глибокого з'ясування проблеми здійснено аналіз інституту інтерпретації звичаю в римському приватному праві.

Ключові слова: звичаї, правила тлумачення, цивільне законодавство України, римське приватне право.

На перший погляд, предмет дослідження, вказаний в назві цієї роботи, не містить проблематики, гідної розгортання з її приводу окремої наукової дискусії. Так, у ч. 4 ст. 213 (Тлумачення змісту правочину) Цивільного кодексу України (далі ЦК України) прямо згадуються *звичаї ділового обороту* і навіть *усталена практика відносин між сторонами*, яка в цивілістичній доктрині позначається терміном *узвичаєння*. Однак при більш уважному тлумаченні згадуваної статті ЦК України з'ясовується, що тут, справді, йдеться про звичаї та узвичаєння саме як *засоби* правової інтерпретації правочинів, але в жодному разі не як про специфічні *об'єкти* тлумачення. Отже, цивільне законодавство України зовсім не виділяє особливості тлумачення звичаєвих норм. Не буде перебільшенням припустити, що причиною і наслідком мовчання законодавця з цього питання є замовчування цієї проблеми вітчизняною доктриною.

Особливості тлумачення звичаєвих норм не потрапили в предметну галузь дисертаційних та монографічних досліджень, які здійснювалися останніми роками у галузі правової герменевтики в Україні та Росії М. М. Амельченко, О. О. Березіною, А. М. Бернюковим, А. М. Гермашевим, В. Я. Карабаньом, А. А. Козловським, А. Є. Писаревським, Н. І. Сатохіною, Н. В. Степанюк, З. М. Юдіним і тільки позначені в кандидатській дисертації Я. С. Вольфовської "Об'єкти юридичного тлумачення: проблеми теорії і практики" (Ярославль, 2007 р.).

Мета статті двоєдина і полягає в з'ясуванні об'єктивної специфіки звичаїв як джерел сучасного цивільного права, що потребує особливих підходів до їх тлумачення, а також історичного досвіду правової інтерпретації звичаєвих норм, де такі специфічні підходи були реалізовані.

Остаточне розв'язання порушених питань у межах однієї статті неможливе, тому матимемо на меті лише привернути увагу юридичної громадськості до цієї проблеми, що певним чином виправдовує деяку полемічну заостреність цієї публікації.

Проблема виглядає більш рельєфно, якщо зауважити, що укладачі ЦК України обачно обійшли таке дискусійне питання теоретичної цивілістики, як визначення та класифікація самого звичаю як джерела права, і тому не віддали переваги жодному



з існуючих доктринальних підходів. При такому відстороненому підході є небезпека опинитися “поміж двох стільців”, тобто фактично залишити без жодного концептуального підґрунтя ті норми, у яких згадується це джерело права. Однак відсутність концепції — теж концепція, тільки “неназвана”, неявна або, як говорять філософи, внутрішньо присутня, імпліцитна (від лат. *implicite*, — заплутана, уплетена) [1, с. 525–526].

Спробуємо її відновити шляхом попереднього експрес-аналізу нормативного тексту ЦКУ, де, власне, й втілюється ця прихована концепція. Для цього звернемо увагу на понятійне впорядкування розуміння звичаю, що досліджується на:

- (1) загальне визначення звичаю;
- (2) відмежування звичаю від суміжних понять;
- (3) класифікацію звичаїв.

1) У ч. 1 ст. 7 ЦК України міститься дуже важлива новела, зокрема така легальна дефініція: “Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин”. До неї законодавець додає: “Звичай може бути зафіксований у відповідному документі”.

Однак надмірне збільшення обсягу цього поняття є наслідком скороченого змісту. Фактично під таку дефініцію підпадає не тільки звичай, а й узвичаєння. При цьому необхідно враховувати принципове розмежування цих понять у європейських доктринах, де під узвичаєннями (*usage, habitude, Verkehrssitte*) розуміються правила поведінки, які так само, як і звичаї, склалися в певній галузі торгівлі на основі постійного й однакового їх застосування. Проте ці правила мають не загальнообов’язковий, а індивідуальний регулюючий характер і використовуються переважно для тлумачення волі сторін, яку не відбито у тексті договору [2, с. 223–224]. Отже, якщо звичай є джерелом права, то узвичаєння такими не визнаються, але можуть бути застосовані й до матеріального змісту правовідносин, якщо відомі сторонам і відображенні в змісті контракту у вигляді прямого відсилання або умови, що передбачається [3, с. 85].

2) Легальна класифікація звичаїв прямо у ЦК України не наведена, але концептуальні підходи до поділу загального поняття звичаю можуть бути відновлені через аналіз інших статей кодексу. Аналізована класифікація репрезентується таким чином:

— *Звичай ділового обороту* поняття, зміст якого легально не визначається, але вживається в кодексі дуже часто (ст.ст. 7, 213, 526, 527, 529, 531, 532, 538, 539, 613, 627, 630, 652, 654, 668, 682, 687, 846, 1014, 1021, 1059, 1068, 1088, 1089, 1099 ЦК України). У ст. 630 ЦК України визнається можливість застосування *типових умов договору* як звичаю ділового обороту.

— *Звичай національної меншини*, який згадується у зв’язку з визначенням імені фізичної особи (ст. 28 ЦК України);

— *Місцевий звичай* як нормативна підстава привласнення загальнодоступних дарів природи (ст. 333 ЦК України).

— *Звичай [цитування]*, про які йдеться в п. 1 ч. 1 ст. 444 ЦК України (випадки правомірного використання твору без згоди автора).

Безумовно, така класифікація є далеко не повною, але ця вимога, обов’язкова щодо доктринальних положень, не може бути пред’явлена до нормативно-правового акта.

Похвальною є визначеність законодавця при застосуванні терміна *типові умови договору* в ст. 630 ЦК України. Це повинно покласти край “термінологічному анархізму” з цього питання, що виник у цивілістиці. Так, явно не сприяє процесу правозастосування розмаїття таких понять, як загальні умови укладення правочину, стандартні умови контракту, типові контракти, формуляри, проформи, що, до речі, має місце й у доктрині європейського контрактного права (*general conditions of business, standard terms in contracts, standard contracts, Allgemeine Geschäftsbedingungen*) [4, с. 85].



Не можна залишати без визначеності зміст найбільш вживаного для позначення звичаєвих норм у ЦК України поняття *звичаю ділового обороту*.

3) Легальна дефініція звичаю, яка наведена у ст. 7 ЦК України, а також його типологія потребують уточнення, що просто неможливо без концептуального визначення правової джерельності такого правила поведінки. Без цього не можна розмежувати звичай та узвичаєння, наслідком чого є двозначність усіх інших норм, пов'язаних зі звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. До речі, подібна термінологічна невпорядкованість має місце й у німецькому праві, де узвичаєння іменуються звичаями торгового обороту (*Verkehrssitte*) [2, с. 234].

Окрім цього, немає однозначності й щодо співставлення юридичної сили звичаю і договору. Залишимо без коментарів визнання верховенства закону щодо звичаю, хоча б тому, що такий підхід закріплений у законодавстві більшості європейських країн, чого, до речі, далеко не завжди дотримуються суди та арбітражі у процесі правозастосування [4, с. 84]. Значно важливіше уточнити, як співвідносяться договір і звичай. Ось тут найбільшою мірою проявляється практична значущість розмежування звичаю і узвичаєння. Якщо звичай як джерело права (що майже в усіх європейських країнах не викликає сумніву) має безумовну перевагу над цивільно-правовим договором, то узвичаєння завжди поступається юридичній силі договірному волевиявленню.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 526 ЦК України (Загальні умови виконання зобов'язання) звичай ділового обороту повинні застосовуватися лише субсидіарно щодо умов договору. Ця норма походить від іншої загальної, але більш “сильної” норми, у якій фактично передбачена можливість скасування сторонами договірних зобов'язань звичаю, що категорично неможливо здійснити щодо загальнообов'язкового джерела права. Так, у ч. 2 ст. 7 ЦК України законодавець вказує: “Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується”. Тобто в згаданих статтях законодавець виходив з розуміння *звичаїв ділового обороту* не як офіційних джерел права, а саме як *узвичаєнь*.

Протилежна концепція закладена в основу норм, викладена в ч. 1 ст. 627 ЦК України, де передбачено, що визначення умов договору повинно здійснюватися з урахуванням звичаїв ділового обороту. Про нормативність такого “урахування звичаїв” однозначно свідчить те, що воно згадується в одному ряду з “урахуванням актів цивільного законодавства”. Не зрозуміло, як можна відмінити договором звичай відповідно до ч. 2 ст. 7 ЦК України і водночас обов'язково враховувати його як певне джерело права згідно із змістом ч. 1 ст. 627?

Отже, має місце явна колізія норм, що містяться в названих статтях ЦК України. Однак її подолання не є питанням однієї юридичної техніки, а більшою мірою — проблемою, що потребує доктринального осмислення.

Для уточнення концептуальних засад доктрини звичаю вбачається доцільним звернутися до ідейної спадщини римського приватного права.

Показово, що як у сучасному приватному праві європейських країн відсутнє єдине термінологічне позначення звичаю (*customs and traditions, us et coutumes, Gewohnheit*) [4, с. 82], так його не було і в приватному праві Стародавнього Риму (*mores, mores maiorum, bona mores, usus, traditio, consuetudo*). Проте, на відміну від сучасного цивільного права, у праві стародавніх римлян існував особливий інститут тлумачення звичаю. Зокрема саме поняття *правова інтерпретація (ius interpretatio)* мало два основні значення:

(1) процес тлумачення в праві;

(2) саме право, створене юристами за результатами інтерпретації законів 12 таблиць та великого масиву звичаїв, що застосовувалися субсидіарно щодо *leges*.

Так, Помпоній прямо заявляв, що римське цивільне право утворюється виключно усним тлумаченням досвідченими юристами (Pomp. D. 1. 2. 2. 12) і



“... право не може зберігатися, якщо немає знавця права, через якого воно може постійно покращуватися” (Pomp. D. 1. 2. 2. 13) [5, с. 90–91].

На відміну від епохи панування релігійного права понтифіків, коли звичай, як і закон, вбачався результатом волевиявлення богів, у часи становлення світського права розуміння природи звичаю принципово змінилося. Юліан докладно роз’яснив, як звичай застосовувався, встановлювався і, нарешті, скасовувався: “звичай, що вкоренився” (*inveterata consuetudo*) застосовувався відповідно до закону (*pro lege*); встановлювався мораллю (*moribus constitutum*), тобто за незаписаним рішенням народу, який проголосив свою волю не шляхом голосування, а шляхом справ і дій; скасовувався, як і закон, “мовчазною згодою всіх” (*tacito consensu omnium*) шляхом незастосування (Iul. D. 1. 3. 32. 1) [5, с. 112–115].

Необхідно підкреслити, що римські юристи особливо наголошували на тому, що звичаї в жодному разі не могли суперечити законодавству. Норми, встановлені моральністю та звичаєм (*moribus et consuetudine*), або багаторічний звичай (*diuturna consuetude*) повинні були застосовуватися субсидіарно до писаних законів (*scriptis legibus*) (Iul. D. 1. 3. 32) [5, с. 112–113] відповідно до права і закону (*pro iure et lege*) (Ulp. D. 1. 3. 33) [5, с. 114–115].

Взірцевими є як рекомендації Ульпіана тлумачити загальногромадянський або провінціальний звичай (*consuetudine civitatis vel provinciae*): “... я передусім вивчаю його вживання, чи підтримується звичай навіть суперечливою судовою практикою (*contradictio aliquando iudicio*)” (Ulp. D. 1. 3. 34) [5, с. 114–115].

Дуже важливо зауважити, що, незважаючи на те, що в аспекті правозастосування звичай поступався за своєю юридичною силою закону, під час тлумачення нормативно-правових актів необхідно обов’язково враховувати звичаєву практику їх застосування. Так, Павел підкреслював: “... звичай є кращим тлумачнем закону (*optima enim est legum interpres consuetude*)” (Paul. D. 1. 3. 37) [5, с. 114–115].

Головний критерій правомірності чинності звичаю в класичну епоху панування природного права такий самий, як і для всіх інших джерел права — це природний розум, раціональність. Цельс категорично попереджає: “Те, що було введено не в силу розумної підстави (*non ratione introductum*), а внаслідок помилки (*errore*), а потім підтримувалось шляхом звичаю (*consuetudine*), не має сили щодо подібних випадків” (Cels. D. 1. 3. 38) [5, с. 114–115].

Однак, на думку римських юристів, тлумачення звичаю предків або моральності, на відміну від інтерпретації інших джерел права, мало певні об’єктивні обмеження. “Не стосовно всього, що встановлено предками (*maioribus constituta*), може бути надано розумне пояснення (*ratio reddi*)”, — пише Юліан (Iul. D. 1. 3. 20) [5, с. 110–111]. По волі укладачів “Дигест” його доповнює Нерацій (*Neratius*): “... і тому не потрібно розслідувати (*inquiri*) засади (*rationes*) того, що встановлюється (*constituuntur*); інакше було б зруйновано багато того, що уявляється визначеним” (Ner. D. 1. 3. 20) [5, с. 110–111].

Який же критерій такої визначеності? Він простий і надійний: аксіоматичною є така інтерпретація, яка є однозначною, і ця однозначність перевірена часом. Отже, вона має важливу ознаку будь-якого звичаю — *незапам’ятну стародавність*, яка передбачає дотримання протягом багатьох років (Ner. D. 1. 3. 35) [5, с. 114–115]. Це закріплює у своїй інтенції Павел: “Найменшою мірою слід змінювати (*mutanda*) те, що завжди тлумачилося в певному сенсі” (Paul. D. 1. 3. 23) [5, с. 110–111]. На його думку, усна форма звичаєвого права є не вадою, а наочним проявом його дуже істотної переваги: авторитет звичаю такий високий, що відсутня необхідність надавати його у письмовій формі (Paul. D. 1. 3. 36) [5, с. 114–115].

Цікаве поняття вживає один із відомих авторів Дигест, римський юрист Гай. Це — *право спільне для всіх людей* (*communi omnium hominum iure*). Як видно зі змісту фрагменту з його “Інституцій”, який часто цитується, це поняття майже є



синонімом до *права народів (ius gentium)*, але по-новому розкриває його зміст (Gai. D. 1. 1. 9) [5, с. 86–87].

Однак необхідно враховувати, що саме римське право часів імперії не було денаціоналізованим і космополітичним. Воно з самого початку своєї історії будувалося за принципом верховенства “права, яким користується місто Рим” (*ius quo urbs Roma utitur*), що завжди було понад іншими націями, які населяли імперію (*supra nationes*). Отже, римське право ніколи не було *транснаціональним*, тобто позанаціональним за своєю природою — воно завжди було *супернаціональним* правом мешканців міста Риму, правом, яке нав’язувалося всім римським народам як право найвищої інстанції, що є чинним у будь-якому місці імперії та в будь-який час (Iul. D. 1. 3. 32) [5, с. 112–113].

Головна значущість виникнення *ius gentium*, яке визнавалося органічною складовою римського приватного права, полягає в тому, що воно пропонувало особливі критерії правового тлумачення, у тому числі звичаїв міжнародної торгівлі.

Так, Гай порівнює: якщо установчу функцію щодо власного цивільного права певної держави виконує відповідний народ (*populus*), то засновником однакового для всіх людей права народів є деяка абстракція — природний розум (*naturalis ratio*). Стародавні римляни не переймалися висвітленням природи такого розуму, за них це зробили тогочасні грецькі філософи. Однак римські юристи змушені були враховувати відповідні метафізичні інтенції при тлумаченні права народів, бо така інтерпретація була спрямована на виявлення задуму *naturalis ratio tak samo*, як при тлумаченні актів *ius civilis* встановлювався *ratio* законодавця і воля римського народу.

Таким чином, на основі проведеного короткого історичного екскурсу в римське приватне право доречно зробити є такі узагальнюючі висновки, які повинні бути покладені в основу подальшого дослідження проблеми:

1. Звичай у Стародавньому Римі, безумовно, визнавався загальнообов’язковим джерелом права, але його застосування мало яскраво виражений субсидіарний щодо закону характер. Тлумачення цих двох джерел мало свою специфіку, що обумовлювалося письмовою формою закону — усною формою звичаю, але результати їх правової інтерпретації утворювали єдине ціле — певним чином взаємно узгоджувалися. Саме цю обставину необхідно в першу чергу врахувати при перегляді концептуальних засад норм, що містяться у ст.ст. 7 та 627 ЦК України.

2. Варто звернути увагу на особливе виокремлення тлумачення загальнонаціональних звичаїв, яке поки ще не знайшло свого відображення в цивільному законодавстві України. Як свідчить історичний досвід, через визнання їх аксіоматичності тривалий час від вбивчого раціонального “розслідування” оберігалися далекі від здорового глузду комерції вихідні, сакральні, морально-релігійні начала (максими) давньоримської громади. Тому ці архаїчні засади і не зазнали широкомасштабних страхітливих “мутацій” у дусі нової потворної утилітарної моралі, що поширювалася зі зростанням Римської імперії як усесвітнього ринку-форуму, всеосяжного простору торгівлі, проте не освяченого могилами предків як *Forum Romanum*.

3. Заслужують на спеціальне дослідження особливості тлумачення звичаїв міжнародної торгівлі, які визначалися за давньоримським правом народів (*ius gentium*) і зовсім не згадуються в ЦК України. Однак саме на це націлюють ті міжнародні конвенції, у яких міститься важливий припис, що, на думку багатьох учених, “має загальний характер” [6, с. 63–64]. Його вперше було наведено в Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р. і згодом застосовано в інших конвенціях, які в основному і складають сукупність конвенційних засобів уніфікації контрактного права¹. Цей припис закріплюється в

¹ У зв’язку з цим варто згадати відповідні статті таких конвенцій: ст. 3 Конвенції про морське перевезення вантажів 1978 р., ст. 7 Віденської конвенції 1980 р., ст. 18 Конвенції про право, застосовуване до контрактних зобов’язань 1980 р., ст. 6 Конвенції про представництво у міжнародній купівлі-продажу товарів 1983 р.,



такому формулюванні: “При тлумаченні та застосуванні цієї конвенції слід враховувати її міжнародний характер і необхідність сприяти досягненню одноманітності” [7, с. 105–106].

Список використаних джерел

1. Dictionary of Philosophy and Psychology [Text] / ed. by James Mark Baldwin. — Gloucester, Mass : Peter Smith, 1957. Vol. 1. — 905 p.
2. Кулагин, М. И. Избранные труды по акционерному и торговому праву [Текст] / М. И. Кулагин. — [2-е изд., испр.]. — М. : Статут, 2004. — 363 с.
3. Гражданское и торговое право зарубежных государств [Текст] : [учебн.] / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — [4-е изд., перераб. и доп.] : [в 2 т.]. — М. : Междунар. отношения, 2004. — Т. 1. — 560 с.
4. Гайдун, О. О. Европейське контрактне право (загальна частина) [Текст] : [курс лекц.] / О. О. Гайдун. — К. : КНЕУ, 2008. — 277, [3] с.
5. Дигесты Юстиниана [Текст] / [пер. с лат.] отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М. : Статут, 2002. — Т. I. — С. 90–91.
6. Розенберг, М. Г. Международная купля-продажа товаров (Комментарий к законодательству и практике разрешения споров) [Текст] / М. Г. Розенберг. — М. : Контракт, 2001. — 368 с.
7. Гайдун, О. О. Зближення контрактного права європейських країн [Текст] : [монограф.] / О. О. Гайдун. — К. : Видавець Позднішев, 2009. — 293 с.

*Рекомендовано до друку кафедрою міжнародного та європейського права
Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана
(протокол № 2 від 12 вересня 2012 року)*

Надійшла до редакції 25.10.2012

Гайдун А. А. Толкование обычных норм: нормативистский и исторический анализ

Рассматривается каким образом правовая природа обычая закреплена в действующем гражданском законодательстве Украины. По результатам исследования установлено коллизия норм, закрепленных в ст.ст. 7 и 627 Гражданского кодекса Украины. Для более глубокого уяснения проблемы осуществлен анализ института интерпретации обычая в римском частном праве.

Ключевые слова: обычаи, правила толкования, гражданское законодательство Украины, римское частное право.

Haidulin, O. O. Interpretation of Customary Norms: Normative and Historical Analyses

The article considers how the legal nature of custom is fixed in the current civil legislation of Ukraine. As a result, the collision of rules, enshrined in Art. 7 and Art. 627 of the Civil Code of Ukraine, was set. For a better understanding of the problem, the institute of interpretation of custom in Roman private law was analyzed.

Keywords: customs, rules of interpretation, civil legislation of Ukraine, Roman private law.



ст. 16 Конвенції про право, застосовуване до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р., ст. 4 Конвенції про векселі 1988 р., ст. 6 Конвенції про лізинг 1988 р., ст. 4 Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг 1988 р., ст. 14 Конвенції ООН про відповідальність операторів транспортних терміналів в міжнародній торгівлі від 1991 р., ст. 5 Конвенції ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви 1995 р., ст. 7 Конвенції ООН про уступку дебіторської заборгованості у міжнародній торгівлі 2001 р.