

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462; Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.
3. Про застава : Закон України від 02.10.1992 року // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 42. – Ст. 259.
4. Флейшиц Е.А. Торгово-промышленное предприятие в праве западноевропейском и РСФСР / Е.А. Флейшиц. – Л., 1924.
5. Андреев В.К. Проблемы правосубъектности в предпринимательской деятельности / В.К. Андреев // Правовое регулирование предпринимательской деятельности ; под ред. В.В. Лаптева. – М. : Изд-во ИГиП РАН, 1995. – 94 с.

УДК 347.1

**ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ
ВІДНОСИН ЗА ПРАВОМ ОКРЕМИХ КРАЇН**

**A LEGAL CUSTOM AS A SOURCE OF REGULATION OF CIVIL
RELATIONSHIPS UNDER THE LAW OF SOME COUNTRIES**

Діковська І.А.,
*доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Стаття присвячена аналізу ролі звичаю в регулюванні цивільних відносин за правом України, Франції, Квебеку, Німеччини, Швейцарії, Іспанії, Молдови. Зроблено висновок про те, що звичаї найчастіше використовуються як субсидіарні джерела. Національне законодавство, як правило, установлює певні умови застосування звичаїв: їх несуперечливість законодавству, моралі, доведеність.

Ключові слова: звичай, джерела цивільного права, Цивільний кодекс Франції, Німецьке Цивільне уложення, Цивільний кодекс Швейцарії.

Статья посвящена анализу роли обычая в регулировании гражданских отношений по праву Украины, Франции, Квебека, Германии, Швейцарии, Испании, Молдовы. Сделан вывод о том, что обычаи часто используются как субсидиарные источники. Национальное законодательство, как правило, устанавливает определенные условия применения обычаев: их непротиворечие законодательству, морали, доказанность.

Ключевые слова: обычай, источники гражданского права, Гражданский кодекс Франции, Германское Гражданское уложение, Гражданский кодекс Швейцарии.

This article analyzes the role of custom in the regulation of civil relationships under the law of Ukraine, France, Quebec, Germany, Switzerland, Spain and Moldova. It has been concluded that as a rule customs are used as a subsidiary source. National legislation usually establishes the following conditions for application of customs: their non-contradiction to the legislation, morality, their validity.

Key words: custom, source of civil law, French Civil Code, German Civil Code, Civil Code of Switzerland.

Актуальність теми. Дослідження ролі й особливостей застосування окремих джерел цивільного права традиційно вважається одним із найважливіших напрямів цивільно-правових досліджень. Це пояснюється тим, що від правильного визначення їх кола, ієрархії, особливостей їх застосування залежить якість цивільно-правового регулювання. До джерел цивільного права в певних країнах належать, серед інших, звичаї, вивчення особливостей застосування яких потребує спеціальних досліджень.

Дослідженням джерел цивільного права займалися такі українські вчені, як Т.В. Боднар, А.С. Довгерт, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданік, С.О. Погрібний та інші. Водночас дослідження джерел цивільного права зарубіжних країн проводилися недостатньо.

Відтак метою статті є аналіз особливостей застосування звичаїв у регулюванні цивільно-правових відносин за правом України, Франції, Квебеку, Німеччини, Швейцарії, Іспанії, Молдови.

Виклад основного матеріалу. Аналіз ст. 7 (1) Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) дає підстави для висновку, що визначальними рисами звичаю як правила поведінки, яким можуть регулюватися цивільні відносини, є такі: 1) його установленість у певній сфері цивільних відносин; 2) не встановленість актами цивільного законодавства.

При цьому умовою застосування звичаю є його несуперечливість договору й актам цивільного законодавства (ст. 7 (2) ЦК України) [1].

ЦК України згадує такі види звичаїв: 1) звичай національної меншини (ст. 28); 2) звичай ділового

обороту (ст. ст. 213, 526, 529, 531, 532, 538, 539, 613 тощо); 3) місцевий звичай (ст. 333); 4) звичай як такий (ч. 1 ст. 444).

При цьому варто відзначити, що ст. 7 ЦК України не містить загальних правил застосування звичаїв. Із аналізу окремих статей ЦК України можна зробити висновок про правила застосування звичаїв ділового обороту.

По-перше, варто відзначити неоднаковість підходів до застосування звичаїв у ЦК України. Наприклад, зі ст. 526 ЦК України можна зробити висновок, що умовою застосування звичаїв ділового обороту до питань виконання зобов'язання є відсутність відповідного регулювання в договорі, ЦК України, інших актах цивільного законодавства (ст. 526 ЦК України встановлює «Зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться») [1]. Водночас із інших статей ЦК України (ст. ст. 527, 529, 531, 532, 538, 539, 613, 652, 687 (2), 846) випливає пріоритетність застосування звичаїв, порівняно з нормами ЦК України (так, відповідно до ст. 527 ЦК України: «Боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор – прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту»). Аналогічні формулювання містяться і в інших згаданих статтях ЦК України [1].

По-друге, зі ст. 627 (1) ЦК України випливає, що звичай ділового обороту є обмежувачем свободи договору.

По-третє, зі ст. 630 (2) ЦК України випливає, що за певних умов звичаєм ділового обороту вважаються типові умови договору (зокрема ст. 630 (2) ЦК України встановлює: «Якщо у договорі не міститься посилання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватись як звичай ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам статті 7 цього Кодексу») [1].

Крім того, інші акти законодавства України також передбачають застосування звичаїв. Так, наприклад, ст. 6 Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМ України) дозволяє включати до договорів звичаї торговельного мореплавства, якщо сторони, відповідно до КТМ України) можуть відступати від його правил. Ст. 78 КТМ України передбачає видачу начальником морського порту зводу звичаїв порту [2].

Ст. 32 Господарського кодексу України (далі – ГК України) згадує «торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності». Ст. 265 ГК України встановлює можливість використання відомих між-

народних звичаїв для визначення умов договору поставки. Ст. 344 ГК України серед регуляторів міжнародних розрахунків згадує банківські звичаї [3].

З цього приводу варто відмітити те, що п. 1.2. Положення про порядок здійснення уповноваженими банками операцій за документарними акредитивами в розрахунках за зовнішньоекономічними операціями, затвердженого Постановою Правління Національного банку України від 03 грудня 2003 р. № 514 [4], дозволяє використовувати «всі акредитиви, що передбачені діючими Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів, розробленими Міжнародною торговельною палатою, або іншими міжнародними акредитивами, затвердженими Міжнародною торговельною палатою ..., з урахуванням міжнародної стандартної банківської практики та особливостей визначених цим Положенням, і не суперечать законодавству України».

Іншими словами, звичаї, кодифіковані Міжнародною торговельною палатою, можуть застосовуватися тією мірою, якою вони не суперечать законодавству України.

Особливе значення звичаю спостерігається у французькому цивільному праві. В окремих випадках він прирівнюється до закону. Так, відповідно до ст. 1135 Цивільного кодексу Франції (далі – ЦКФ), угоди зобов'язують не лише до того, що в них виражено, а й до всіх наслідків, виконання яких, відповідно до характеру цього зобов'язання, вимагають справедливості, звичай або закон [5].

Згідно зі ст. 1648 ЦКФ позов, який впливає з недоліків, що спричиняють розірвання договору, повинен бути висунутий набувачем у найкоротший строк залежно від характеру недоліків, що тягнуть розірвання договору, і відповідно до звичаю місця, де був здійснений продаж [5].

Цивільний кодекс Квебеку чітко окреслює коло питань, щодо яких можуть застосовуватися звичаї. Так, звичаї порту допускаються до застосування для визначення строку, протягом якого вантаж повинен бути завантаженим або вивантаженим, якщо такий строк не визначений у договорі (ст. 2025); розрахунку демереджу, якщо він не встановлений у договорі (ст. 2027); визначення часу та місця доставки майна перевізником, якщо вони не визначені договором (ст. 2063) [6].

Звичай ділового обороту є важливим правовим регулятором у праві ФРН. Так, окремі параграфи Німецького цивільного уложення визначають їх як один із можливих критеріїв для оцінювання поведінки особи на предмет добросовісності (наприклад, § 157 встановлює, що договори потрібно тлумачити відповідно до вимог доброї совісті, беручи до уваги звичаї ділового обороту; згідно із §

242, боржник зобов'язаний виконати зобов'язання добросовісно, як цього вимагають звичаї ділового обороту; § 310 (1) прямо встановлює, що практика та звичаї, які застосовуються в діловому обороті, беруться до уваги до загальних умов правочинів, що укладаються між підприємцями, тощо [7].

За загальним правилом, установленим у праві Швейцарії, застосування звичаїв можливе за наявності прогалин у законодавчому регулюванні. Так, відповідно до ст. 1 (2) Цивільного кодексу Швейцарії (далі – ЦК Швейцарії), якщо закон не містить необхідної норми, суддя повинен приймати рішення, виходячи зі звичаєвого права, а за відсутності такого, діяти відповідно до правила, яке він встановлює самостійно, як ніби він був би законодавцем [8].

Водночас у низці випадків закон відсилає до звичаїв або практики. Згідно зі ст. 5 (2) ЦК Швейцарії, якщо закон посилається на практику або місцеві звичаї, чинне кантональне право вважається їх дійсним вираженням, за умови, що не було встановлено існування відмінної практики. У свою чергу, якщо федеральний закон обумовлює застосування кантонального права, кантони можуть прийняти або відмовитися від положень цивільного права [8].

Звичаї є джерелом і регулятором поведінки сторін договірних відносин. Так, згідно зі ст. 73 (1) Зобов'язального закону Швейцарії, якщо зобов'язання передбачає сплату відсотків, але їх розмір не встановлений договором, законом або звичаєм, відсотки виплачуються за ставкою 5% річних. Боржник раніше встановленого строку не має права на зменшення ціни, якщо сторони не домовилися про інше або якщо інше не санкціоновано звичаєм [9].

В Іспанії звичай є субсидіарним джерелом правового регулювання цивільних відносин. Так, відповідно до ст. 1 (1–4) Цивільного кодексу Іспанії, «1. Джерелами правової системи Іспанії є закони, звичаї та загальні принципи права. 2. Будь-яке положення, що суперечить положенню вищої юридичної сили, є недійсним. 3. Звичаї застосовуються лише за відсутності законів, що підлягають застосуванню, за умови, що вони не суперечать моралі чи публічному порядку та що вони є доведеними. 4. Загальні принципи права підлягають застосуванню у випадку відсутності закону чи звичаю, що підлягають застосуванню, за умови, що вони сприяють приведенню в порядок правової системи» [10].

У Казахстані цивільні відносини можуть регулюватися звичаями, у тому числі звичаями ділового обороту, якщо вони не суперечать цивільному законодавству, який діє на території Республіки Казахстан (ст. 3 (4) Цивільного кодексу Республіки Казахстан) [11].

Ст. 4 (2) Цивільного кодексу Республіки Молдова передбачає застосування звичаїв, якщо вони не суперечать закону, основам правопорядку та моралі [12].

Висновки. Отже, досліджені положення законодавчих актів окремих держав свідчать про те, що звичаї (тобто недержавні норми), за загальним правилом, використовуються як субсидіарні джерела. У праві ФРН звичаї ділового обороту є одним із можливих критеріїв для оцінювання поведінки особи на предмет добросовісності. Національне законодавство, як правило, встановлює певні умови застосування звичаїв: їх несуперечливість законодавству, моралі, доведеність.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. Кодекс торговельного мореплавства України від 04 травня 1994 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80>.
3. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go/436-15.
4. Положення про порядок здійснення уповноваженими банками операцій за документарними акредитивами в розрахунках за зовнішньоекономічними операціями, затверджене Постановою Правління Національного банку України від 03 грудня 2003 року № 514 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1213-03>.
5. Code civil Version consolidée au 18 février 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legifrance.gouv.fr>.
6. Annotated Civil Code of Quebec [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ccq.lexum.org/ccq/home.do?lang=en>.
7. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>.
8. Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 July 2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>.
9. Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 January 2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf>.
10. Spanish Civil Code. Ministerio de Justicia. – 2009. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Spanish_Civil_Code_\(C%C3%B3digo_Civil\)%5B1%5D.pdf](http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Spanish_Civil_Code_(C%C3%B3digo_Civil)%5B1%5D.pdf).
11. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061.
12. Гражданский кодекс Республики Молдова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=32505>.