

доступу: <http://wikileaks.org/>. **2.** Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія / Стефанчук Р.О. – К.: КНТ, 2008. – С. 476–478. **3.** Samuel Warren and Louis D. Brandeis. The Right to Privacy. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.louisville.edu/library/collections/brandeis/node/225>. **4.** Wikipedia: The Free Encyclopedia, 2013 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://en.wikipedia.org/wiki/Privacy>. **5.** Палиюк В.П. Моральный (неимущественный) вред / Палиюк В.П. – К.: Право, 1999. – С. 55-56. **6.** Концепция свободной прессы: предание материалов огласке и свобода частной жизни, 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://iipdigital.usembassy.gov/st/russian/publication/2011/01/201101_15152327x0.7988247.html#axzz2eepdc3L1. **7.** Стефанчук Р.О. Цит. праця. – С. 476-477. **8.** Стефанчук Р.О. Там само. – С. 479. **9.** Там само. – С. 479. **10.** Ромовская З.В. Личные неимущественные права граждан СССР (Понятие, классификация и гражданско-правовая защита): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. – К., 1968. – С. 57. **11.** Суховерхий В.Л. Личные неимущественные права граждан в советском гражданском праве: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Суховерхий В.Л. – Свердловск, 1970. – С. 11. **12.** Галаган В.І. Конфіційна інформація: поняття, зміст і значення в кримінально-процесуальній діяльності органів внутрішніх справ України / В. І. Галаган // Науковий вісник НАВСУ. – 1999. – № 1. – С. 168. **13.** Рыбальченко Р.К. Личная жизнь граждан и некоторые вопросы ее конституционной охраны в СССР / Р.К. Рыбальченко // Проблемы социалистической законности. – Х., 1981. – Вып. 4. – С. 54. **14.** Штефан М.Й. Цивільний процес: підручник / Штефан М.Й. – К.: Ін Юре, 1997. – С. 45. **15.** Устименко Н.В. Таємниця особистого життя людини та їх цивільно-правова охорона: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого. – Х., 2001. – С. 5. **16.** Красавчикова Л.О. Личная жизнь граждан под охраной закона / Красавчикова Л.О. – М.: Юрид. лит., 1983. – С. 14-17. **17.** Britannica, 2013 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.britannica.com>. **18.** Красавчикова Л.О. Цит. праця. – С. 14-17; Бобрик В.І. Цивільно-правова охорона особистого життя фізичних осіб: дис. ... канд. юрид. наук / Бобрик В.І. – К., 2004. – С. 9. **19.** Бобрик В.І. Цит. праця. – С. 25. **20.** Дженіс М. Європейське право у галузі прав людини: джерела та практика застосування / пер. з англ. / Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. – К.: АртЕк, 1997. – С. 294. **21.** Gavison R. Privacy and the Limits of Law / Gavison R. – New York: Yale L.J., 1980. – P. 89. **22.** Privacy as an Aspect of Human Dignity. – New York: U.L.R., 1964. – P. 39.

УДК 340.141 (477)

О. М. СТРИЛЕЦЬ

МІСЦЕ ТА РОЛЬ ПРАВОВИХ ЗВИЧАЇВ У СФЕРІ ПРИВАТНОПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Розкриваються особливості застосування правових звичаїв у сфері приватноправового регулювання. Зазначається, що виникнення приватноправової сфери відносин громадян відбулось ще задовго до появи перших «писаних» правових норм. Це слід пов'язувати із необхідністю пошуку засобів, які б впливали на динаміку відповідних правовідносин та правових станів, та забезпечували б можливість справедливого та взаємовигідного становища осіб. Звичай як джерело приватного права визнається більшістю правових систем світу. Особливу роль відіграють звичаї ділового обороту, однак їх за-

© СТРИЛЕЦЬ Олена Миколаївна – аспірантка Київського національного університету імені Тараса Шевченка

стосування має узгоджуватися із законодавством або правилами торгівлі та комерційної діяльності.

Ключові слова: звичай, правовідносини, приватне право, торгівля.

Стрилець Е. Н. Место и роль правовых обычаев в сфере частноправового регулирования

Раскрываются особенности применения правовых обычаев в сфере частноправового регулирования. Отмечается, что возникновение частноправовой сферы отношений граждан состоялось задолго до появления первых «письменных» правовых норм. Это следует связывать с необходимостью поиска средств, которые бы влияли на динамику соответствующих правоотношений и правовых состояний, и обеспечивали бы возможность справедливого и взаимовыгодного положения лиц. Обычай как источник частного права признается большинством правовых систем мира. Особую роль играют обычаи делового оборота, при этом их применение должно отвечать законодательству и правилам торговли и коммерческой деятельности.

Ключевые слова: обычай, правоотношения, частное право, торговля.

Strilets Olena. The place and role of legal consuetudes in the field of private legal regulation

In the article the features of application of legal consuetudes in the field of private legal regulation are opened. Marked, that the origin of private legal field of relations took place yet long before the accrual of the first «written» legal norms. It follows that it should be bind up with the necessity of searching for the facilities that could influence the dynamics of the legal relationships and legal states and would provide possibility of just and mutually beneficial position of persons. A consuetude as source of private law is generally recognized in the majority of legal systems of the world. The special role belongs to the trade customs that should be applied in compliance with legislation or a course of dealing.

Key words: consuetude, legal relationships, private law, trade.

Суспільні відносини, які виникають у приватноправовій сфері, на сьогоднішній час достатнім чином урегульовані правовими нормами, про що свідчить величезний масив нормативно-правових актів. Разом із тим, правовий звичай продовжує відігравати роль регулятора суспільних відносин у приватноправовій сфері, оскільки суб'єкти приватноправових відносин можуть набувати тих прав і обов'язків, реалізація яких може відбуватися поза рамками виключно нормативно-правового регулювання.

Теоретичне розуміння правового звичаю впливає із уявлень про звичаєве право як сукупність правил поведінки, які не проголошуються державою, однак ними можуть послуговуватися учасники правових відносин, оскільки вони є ustalеними стійкими нормами, що регулюють ту частину матеріальних прав і обов'язків, яка може і не бути санкціонована державою.

Як відомо, виникнення приватноправової сфери відносин громадян відбулось ще задовго до появи перших «писаних» правових норм. Це пов'язано із необхідністю пошуку засобів, які б впливали на динаміку відповідних правовідносин та правових станів, та забезпечували б можливість справедливого та взаємовигідного становища осіб. У цьому ракурсі, відомий вчений XIX ст. Г.Ф. Шершеневич зазначав, що у торговому побуті, за різноманіття відносин, при постійному виникненні нових форм угод законодавець відчуває себе нездатним встигати за життям і тому, зібравши та затвердивши частину торговельних звичаїв юридичного характеру, зберігає за звичаєм правотворчу силу, надаючи йому перевагу над цивільним законом. Разом із тим, іноді, усвідомлюючи необхідність довести до відома існуючі торговельні звичаї, законодавець у той же час не зважається нада-

ти їм санкцію закону, оскільки ще недостатньо упевнений у їх відповідності правосвідомості суспільства. А тому використовує оригінальний спосіб – офіційне видання деяких звичаїв, не надаючи їм прямо сили закону¹.

Формування звичаєвих норм у торговельних відносинах необхідно у першу чергу пов'язувати із особливостями кожного виду торгівлі, оскільки кожній із них властиві специфічні риси, усталені правила поведінки тощо. Саме через постійне застосування одних і тих же правил у певному виді торгівлі зумовило появу дихотомії звичаєвих норм та правових норм, які перебувають у взаємозв'язку та взаємодоповнюють одні одних. Це дає привід стверджувати, що правові звичаї у приватному праві мають свою давню історію використання і дотримання, і саме це дає підстави для розгляду на науковому рівні питання про місце та роль правових звичаїв у сучасній сфері приватноправового регулювання.

Враховуючи це, важливо відзначити необхідність розмежування звичаїв та заведеного порядку у торговельних справах. Якщо правові звичаї носять юридичний характер, то заведений порядок передбачає вчинення фактичних дій, які не впливають на юридичну сторону конкретного приватного правовідношення.

Варто зауважити, що звичай як форма цивільного права (цивільного законодавства) визнається у більшості правових систем, і, насамперед, систем приватного права. Разом з тим, якщо Цивільний кодекс УРСР 1963 року містив лише згадку про деякі види звичаїв (правила соціалістичного життя, моральні принципи суспільства, яке буде комунізм; стаття 5), то Цивільний кодекс України 2003 року дає поняття звичаю, визначаючи його як правило поведінки, котре не встановлене актами цивільного законодавства (хоча і може бути зафіксоване у відповідному документі), але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Залежно від характеру правового звичаю можна виокремити декілька його видів: міжнародні звичаї; звичаї внутрішньодержавні; звичаї, що ґрунтуються на звичаєвому праві; судовий звичай; звичаї ділового обігу (обороту); місцеві звичаї; звичай національної меншини та ін. Деякі зі звичаїв фіксуються у відповідному документі (наприклад, звичаї розподілу загальної аварії кодифіковані у Йорк-Антверпенських правилах, а також закріплені у Кодексі торгового мореплавства; деякі судові звичаї зафіксовані у постановках Пленуму Верховного Суду України). Але інші звичаї у документах не фіксуються, а мають характер правових аксіом, що звичайно беруться до уваги учасниками цивільних відносин. Звичай можуть мати характер конкретного правила. Але вони можуть також бути окреслені у загальному вигляді. Наприклад, правило, встановлене ч. 4 ст. 13 ЦК України, передбачає, що при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися «моральних засад суспільства». Очевидно, що «моральні засади суспільства» є категорією звичаєвого права, якій надана обов'язкова сила нормою закону. Разом з тим, ця категорія вимагає додаткового тлумачення, а, отже, потребує з'ясування сукупності конкретних звичаїв, що визначають моральні засади суспільства (положення релігії, яка домінує у цьому суспільстві; гуманітарні цінності, прийняті у ньому тощо)².

Застосування звичаїв у регулюванні цивільних правовідносин має своїм підґрунтям їх широке застосування у міжнародній торгівлі. Про це, зокрема, зазначається у Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу. Торгові, портові та інші звичаї часом кодифікуються та уніфікуються. Певним прикладом такої уніфікації є розроблені Міжнародного торгового палатою Міжнародні правила тлумачення торгових термінів (Інкотермс)³.

Відомо, що складовим інститутом зобов'язального права є інститут договірних зобов'язань. У правовому регулюванні динаміки договірних зобов'язань звичай посідає специфічне місце, що слід пов'язувати із особливостями його використання при виконанні даного виду зобов'язань. Як уже зазначалось, загальне положення звичаю у системі джерел цивільного права визначено статтею 7 ЦК України, виділяючи при цьому звичай ділового обороту.

Під звичаєм ділового обороту, що може бути застосований судом при вирішенні спору, який впливає із підприємницької діяльності, необхідно розуміти як не передбачене законодавством або договором достатньо визначене у своєму змісті, широко застосоване у підприємницькій діяльності правило поведінки. Звичай ділового обороту може бути застосований незалежно від того, чи зафіксований він у якому-небудь документі (надрукований, викладений у рішенні суду з конкретної справи тощо). У випадках, коли суспільні відносини, які входять до предмету цивільного права, не урегульовані законодавством або згодою сторін або відсутній відповідний звичай ділового обороту, тоді застосовується цивільне законодавство, яке регулює подібні відносини (аналогія закону)⁴.

Ст. 526 ЦК України визначено, що 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.

З приводу вищевикладеного існують дві протилежні думки, якими визнаються або не визнаються ділові звичаї джерелами цивільного права. Так, існує думка, що самі по собі ділові звичаї не є джерелом цивільного права, проте у випадку санкціонування державою ділового звичаю він набирає юридичної сили правової норми і входить до системи цивільного законодавства⁵.

Вітчизняний вчений Т.В. Боднар зауважує, що законодавець не виправдано обмежив можливість застосування звичаїв при виконанні зобов'язання лише звичаями ділового обороту. Останні властиві для виконання договорів, що укладаються у сфері господарювання, проте, крім комерційних (господарських) договорів, учасники цивільних відносин укладають чимало договорів, спрямованих на задоволення особистих, споживчих потреб (договорів споживання). Умови виконання зобов'язань за такими договорами можуть визначатися звичаями (зокрема, місцевими звичаями і традиціями, звичаями національних меншин), але ця обставина не знайшла відображення в законі⁶.

Звичаї у договірних зобов'язаннях достатньо поширені на практиці і про це свідчить використання таких термінів у нормативно-правових актах та міжнародно-правових документах як звичаї, торгові звичаї, чесні звичаї, звичаї порту тощо (Кодекс торговельного мореплавства України, Закони України «Про захист економічної конкуренції», «Про торгово-промислові палати в Україні»).

Звичаї ділового обороту наділені ознаками, які сформульовані за допомогою оціночних категорій (правило повинно широко застосовуватися), або такими, що чітко визначені (застосування у певній сфері підприємництва, легальна непередбаченість, неформалізованість, підпорядкування обов'язковим правилам законодавства та умовам договору). При визнанні правила торговим звичаєм найбільшу складність складають оціночні ознаки. Так, з'ясування за тим чи іншим правилом характеру та широкого застосування поєданого із встановленням сукупності різних обставин, у тому числі: час його виникнення, стабільність (стійкість) існування, одноманітність та можливість динаміки змісту, ступінь поширюваності у

ділових колах, розповсюдження (ступінь визнання), частота застосування (постійність дотримання, багаторазовість, системність), виключність (відсутність альтернатив та конкуренції зі сторони інших звичайних правил). Необхідно враховувати і внутрішні зв'язки між цими обставинами⁷.

Звичай ділового обороту найбільш часто застосовується у зовнішній торгівлі, особливо у морському перевезенні. Міжнародна торгова палата систематизує та публікує у збірниках звичаї для факультативного застосування підприємцями (наприклад, Інкотермс, Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів та ін.). Такі збірники самостійної юридичної сили не мають і застосовуються тільки при наявності на них посилання у договорі.

Від терміну «звичай» слід відмежовувати «звичайне». Останнє зустрічається у відповідних нормах про цивільно-правові зобов'язання – «звичайні ціни», «звичайні вимоги», «звичайно прийняті терміни».

Особлива роль належить правовому звичаю у регулюванні економічних інститутів (наприклад, договору лізингу, деяких банківських, страхових операцій, укладення договорів у зовнішньоекономічній сфері). Якщо йдеться, наприклад, про регулювання страхових відносин, то його залучення пояснюється відсутністю у національній правовій системі норм, присвячених інституту перестраховування, який часто застосовується за участю зарубіжних контрагентів. Тому для перестраховування звичай ділового обороту, поряд із узвичаєнням, є достатньо поширеним джерелом права. У прямому страхуванні він зустрічається в основному при проведенні процедур страхового розслідування, оцінки страхового ризику і т.д. За загальним правилом, звичаї ділового обороту виконуються у силу звички. Однак, будучи джерелом права, у тому числі страхового, звичай повинен бути санкціонований державою. Існують різні форми державного санкціонування звичаю – посилення на нього у законодавстві, вказівка у судовій практиці. Звичаї ділового обороту відносяться до правових звичаїв, що відрізняє їх від традицій та заведеного порядку. Тому при вирішенні спірних ситуацій, які виникають у процесі укладення, виконання та припинення договорів, судами можуть прийматися у якості правових норм існуючі правила поведінки⁸.

М.І. Михайлов розглядає співвідношення практики обігу векселів та звичаїв ділового обороту як джерела права. Автор зазначає, що при використанні звичаїв ділового обороту необхідно враховувати відповідні правові ознаки, які дають підстави для використання звичаїв у сфері обігу векселів. При цьому, відносини між векселедавцем та векселедержателем з питань їх взаємовідносин до сих пір можуть ґрунтуватися на усталених звичаях ділового обороту⁹.

Продовжуючи розгляд питання щодо місця та ролі звичаїв у приватноправовому регулюванні суспільних відносин, необхідно звернути увагу на роль останніх у регулюванні і акціонерних відносин. На думку російського дослідника Г.В. Цєпова, у внутрішньоакціонерних відносинах звичаї ділового обороту не є джерелами правового регулювання, оскільки порядок діяльності акціонерних товариств встановлюється виключно законодавством. Щодо зовнішньої діяльності акціонерних товариств, то у таких відносинах можуть застосовуватися ті звичаї ділового обороту, на які вони спираються у взаємовідносинах з іншими комерційними організаціями¹⁰.

Від правового звичаю як джерела права слід відмежовувати поняття «торгове узвичаєння». Під торговим узвичаєнням розуміється правило, яке фактично встановлюється між учасниками договору, що використовується для визначення волі

сторін, яка не знайшла свого прямого відображення у договорі. Якщо звичай є джерелом права, то узвичаєння ним не визнається. Це лише спосіб тлумачення договору, виходячи із попередньої поведінки учасників договірних відносин.

При диференціації правових звичаїв та узвичаєнь при загальному єдиному підході є і відмінності. Застосування узвичаєнь – процедура юридизації не правових звичаїв, обмежена договірною сферою та випадками, коли у праві утворюється прогалина та не працює ні один із правових регуляторів. Правило узвичаєння ґрунтується на звичайній практиці взаємовідносин «середніх та абстрактних контрагентів», а не на особливостях взаємовідносин учасників конкретного договору, в іншому випадку зникне межа між узвичаєнням та заведеним порядком. Оскільки така практика неофіційна, узвичаєння використовується тільки як спосіб встановлення відсутніх у договорі умов, як індикатор типових взаємовідносин контрагентів. Застосування узвичаєння залежить від її сприйняття учасниками конкретного договору, тому узвичаєння має бути відомим контрагентам. Тільки за умови прямого або непрямого його сприйняття відповідне правило набуває індивідуального правового значення та обов'язковості. Правовий звичай та узвичаєння – правила, які створені самим життям: публічні органи можуть лише надавати офіційний характер деяким звичайним правилам, зокрема шляхом їх обробки (узагальнення та документування в цілях уніфікації), санкціонування і тим самим переведення із звичайних регуляторів у правовий звичай, обліку та використання при розробці правил національних нормативно-правових актів та міжнародних нормативних договорів. Протиставлення правових звичаїв та узвичаєнь не абсолютне, відомим є навіть посилення цієї пари третім компонентом – неправовим звичаєм, який у той же час протиставляється узвичаєнню. Так, вказують, що правовий (санкціонований) звичай на відміну від узвичаєння має обов'язкову юридичну силу та є джерелом національного і міжнародного приватного права, але у рамках третьої правової системи (транснаціонального комерційного права, сучасного *lex mercatoria*), звичай міжнародної торгівлі об'єднує усі правила, які залежно від їх значимості та рівня застосування можуть бути власне звичаями, узвичаєннями, а також заведеним порядком. Особливість всіх цих правил у тому, що вони не є правовими нормами, тому при необхідності підкреслити юридичну обов'язковість правила ведуть мову про правові звичаї¹¹.

Таким чином, правові звичаї продовжують відігравати особливу роль у регулюванні різних за сферою виникнення приватноправових відносин. Суб'єкти приватного права звертаються до звичаїв як до джерела усталених торгових, комерційних відносин. Із використанням правових звичаїв, сторони договірних зобов'язань набувають більш широких диспозитивних прав, що, відповідно, забезпечує та гарантує свободу приватноправових відносин.

1. *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права / Шершеневич Г.Ф. – Т. 1: Введение. Торговые деятели. – М.: Статут, 2003. – С. 95. 2. *Харитонов Є.О.* Цивільне право України: [підручник] / Є.О. Харитонов, О.В. Старцев, О.І. Харитонova. – Вид. 3-тє, перероблене і доповнене. – Одеса, 2013. – С. 41. 3. *Цивільний кодекс України.* Постатейний коментар у двох частинах. Ч. 1. / керівники авт. колект. та відп. ред. А.С. Довгерт, Н.С. Кузнецова. – К.: Юстініан, 2005. – С. 19. 4. *Протас Е.В.* Гражданское право: [учеб.] / Протас Е.В. – М.: МГИУ, 2007. – С. 30. 5. *Цивільне право України: Академічний курс:* [підруч.] / за заг. ред. Я.М. Шевченко. Загальна частина. – Т. 1. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С. 25; *Гражданское право:* [учеб.] / под ред. А.П. Сергеева,

Ю.К. Толстого. – Т.1. – М.: Проспект, 2000. – С. 42. **6.** Боднар Т.В. Договірні зобов'язання в цивільному праві : (Заг. положення): [навч. посіб.] / Т.В. Боднар. – К.: Юстініан, 2007. – С. 101-102. **7.** Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права / Шершеневич Г.Ф. – Т. 2. – М.: Статут, 2005. – С. 38. **8.** Абрамов В. Ю. Страхование: теория и практика / Абрамов В.Ю. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 52. **9.** Михайлов Н.И. Правовая организация финансово-промышленных групп в России: состояние и перспективы / Михайлов Н.И. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 146. **10.** Цепов Г.В. Акционерные общества: теория и практика: [учеб. пособие] / Цепов Г.В. – М.: Проспект, 2008. – С. 32-33. **11.** Ровный В.В. Обычай в частном праве / Ровный В.В. – Иркутск: Иркутский университет, 2004. – С. 182.