

УДК 347:341.141](477)(094.4)

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.362>

Бедрій Мар'ян Миронович,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри основ права України

Львівського національного університету імені Івана Франка

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4021-1980>

СТАТТЯ 7 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: АНАЛІЗ КРІЗЬ ПРИЗМУ ФЕНОМЕНУ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Упродовж останнього часу тривають фахові дискусії щодо можливості, доцільності та перспектив рекодифікації цивільного законодавства України. З огляду на ці обставини необхідно переосмислити актуальний текст Цивільного кодексу (далі – ЦК) України і забезпечити непохитність підвалин приватного права в умовах політичної нестабільності, економічної кризи та численних викликів. До здобутків чинного ЦК варто віднести визнання звичаю регулятором цивільних правовідносин (ст. 7), і ця засада повинна встояти незалежно від акту, що перебуватиме в основі системи цивільного законодавства.

Звичай має важливе значення для української правової традиції, адже звичаєве право було основою її формування та розвитку впродовж багатьох століть. Від додержавних часів і до кінця XVIII ст. правовий звичай був основним регулятором найважливіших суспільних відносин на українських землях. Це вказує на понад тисячолітню історію функціонування українського звичаєвого права, на підставі якого були сформовані базові правові інститути. Крім того, Україні характерна довготривала історіографія дослідження звичаєвого права в його різноманітних проявах і аспектах.

Сьогодні правовий звичай не має широкого застосування в Україні, що зумовлено як радянською спадщиною протидії звичаєвому праву, так і домінуванням позитивістського типу праворозуміння в юридичній науці. Основною сферою його чинності є приватно-правові відносини. У цьому полягає фундаментальне значення ст. 7 ЦК України (та її можливих відповідників

у нових версіях і редакціях кодексу) задля збереження основ українського цивільного права, його демократичного розвитку й ефективного функціонування. Попри засадничу роль згаданої статті кодексу у відновленні національних алгоритмів формування цивільного права, існує потреба її наукового аналізу з метою розгляду шляхів можливого оновлення і вдосконалення відповідних нормативних конструкцій.

Стан дослідження. Звичаєве право становить важливий об'єкт дослідження юридичної науки, тому вивчається багатьма поколіннями українських вчених. Як відомо, основний сегмент публікацій зазначеного напрямку припадає на фахівців з історії, теорії, філософії та соціології права. Серед представників цивілістики сучасний звичай і звичаєве право досліджувалися О. Беяневич, А. Бірюковою, О. Джуринським, І. Діковською, Р. Майдаником, Р. Прилуцьким, І. Проценко, І. Сенютою, О. Щокіною, О. Яворською та ін. Ці праці виробили цінний теоретичний базис, який дозволяє продовжити наукові пошуки та поставити питання про ст. 7 ЦК України у контексті феномену звичаєвого права. Такий кут зору на означену проблему дає можливість по-новому дослідити текст кодексу і з'ясувати аспекти, які не вивчалися раніше.

Мета цієї статті – виявити відповідність положень ст. 7 ЦК України особливостям звичаєвого права як явища суспільної реальності та запропонувати шляхи вдосконалення цієї кореляції. У цьому дослідженні ст. 7 ЦК України переважає наголос на суть і природу звичаєвого права, а не нагальні потреби нормопроекування, тому його результати можуть дещо відрізнятися від існу-

ючих позицій і переконань. Разом із тим автор сподівається, що такі результати будуть цікавими та корисними для поглиблення знань про поточний стан цивільних правовідносин і перспективи їхньої еволюції в умовах XXI ст.

Виклад основного матеріалу здійснюється структурно за такими підрозділами: 1) звичай чи правовий звичай? 2) чи є правовим звичаєм правило персональної ділової практики? 3) поняття звичаїв ділового обороту; 4) усталеність як ознака правового звичаю; 5) можливість фіксації звичаю в документі; 6) конкуренція законодавчих і звичаєвих норм.

I. Звичай чи правовий звичай?

Ч. 1 ст. 7 ЦК України постановила про те, що «цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту». Разом із тим, переглядаючи сучасну літературу із загальної теорії права та держави, можна констатувати певний дисонанс зі змістом ст. 7 ЦК України, адже серед традиційного каталогу формальних джерел права вказується лише правовий звичай, а не звичай загалом. Якщо розглянути це співвідношення з точки зору етатистського праворозуміння, згідно з яким звичай стає правом за умови його санкціонування державою, можна припустити, що ст. 7 ЦК України санкціонувала звичаї, які регулюють цивільні відносини, надавши їм у такий спосіб юридичної чинності та статусу правових звичаїв.

Натомість відповідно до інших типів праворозуміння це співвідношення можна розглянути дещо інакше. До цього спонукає і не позбавлена підстав думка про те, що на момент санкціонування звичаю державою, він уже регулює найбільш важливі (правові) суспільні відносини *de facto*, усталившись у практиці правового життя. Тоді постає питання: *чи санкціонування справді перетворює звичай у право, чи лише надає державну підтримку вже усталеним у суспільстві нормам звичаєвого права?* Як видається, відповідь на це питання може стати предметом окремого дослідження.

Юридична наука в цілому немає сумнівів із приводу того, що не кожен звичай є частиною системи права. Крім правових, існують побутові, релігійні, етичні й інші звичаї. Я. Ліц, відзначаючи наявність великого масиву звичаїв в суспільстві, пропонує поділити їх за критерієм юридичного значення на три групи: правові звичаї (становлять частину об'єктивного права та регулюють найбільш важливі суспільні відносини), звичаї релевантні праву (не є частиною системи права,

але мають певне значення в процесі правозастосування), звичаї без правової релевантності (не мають впливу на регулювання правових відносин і вирішення юридичних ситуацій). Водночас дослідник наголосив на тому, що не існує об'єктивної можливості провести чітку й однозначну межу посеред названими групами звичаїв [1, с. 186].

Виходячи з наведеної класифікації, поняття звичаю, застосоване у ст. 7 ЦК України, варто визнати вдалим, адже воно включає як правові звичаї (регулюють правовідносини як юридичні норми), так і звичаї релевантні праву (мають значення у правозастосуванні). Вказаний підхід передбачає і те, що санкціонованими державою можуть бути як перші, так і другі. Правові звичаї за таких умов становлять самостійний регулятор правовідносин, тоді як звичаї із правовою релевантністю уточнюють зміст норми законодавства чи звичаєвого права.

Правовий звичай порівняно з іншими звичаєвими нормами становить особливий регулятор суспільних відносин, оскільки регулює саме правову матерію – найважливіші суспільні відносини. Йому характерні низка ознак, серед яких основними є усталеність у практиці, загальність, нормативність, фактична правова дія, відповідність праву та суспільне визнання. Отже, *правовим звичаєм* у цій статті вважатиметься усталене у практиці та відповідне праву загальне правило поведінки (чи їхній комплекс), що має фактичну правову дію і суспільне визнання.

II. Чи є правовим звичаєм правило персональної ділової практики?

Усталена практика, яка існує в договірних відносинах двох чи більше суб'єктів підприємницьких відносин, може виробити правило, що поширює свою чинність на відповідних суб'єктів під час укладення наступних аналогічних договорів між ними. Це впливає з логіки та швидких темпів ділового обороту. Вказування окремих умов у договорах між сторонами, які тривалий час перебувають у стійких торгових відносинах один з одним, і внаслідок цього стали для них очевидними (наприклад, обов'язок доставки товару продавцем у відповідне місце, право покупця оплачувати вартість товару частинами та ін.), може бути сприйнятим як порушення ділової етики, прояв недовіри чи даремна витрата часу [2, с. 362]. Це відповідає у т. ч. доктрині справедливих (обґрунтованих) очікувань, адже сторона зобов'язання має достатні підстави очікувати, що його реалізація відбуватиметься усталеним шляхом.

У ст. 9 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. зазначено, що «сторони пов'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, і практикою, яку вони встановили у своїх взаємних відносинах». Відтак конвенція говорить про те, що юридичний зв'язок між сторонами договору (взаємні права і обов'язки) забезпечується в тому числі звичаєм (*usage*) і практикою (*practice*) [3, с. 95], яку вони встановили у своїх взаємних відносинах (інакше кажучи, персональною діловою практикою). Із цього випливає, що звичай, будучи правилом, утвореним загальною діловою практикою (більшість підприємців відповідної галузі чи регіону), не є тотожним правилу, утвореному персональною діловою практикою сторін. Це можна показати наступною схемою:

персональна ділова практика сторін → правило, що за юридичними наслідками прирівнюється до умови договору, укладеного між ними;

загальна ділова практика → правовий звичай, який прирівнюється за юридичним значенням до норми законодавства (загальнодержавної, місцевої чи галузевої) [4, с. 71].

Правила персональної ділової практики є своєрідним виявом волі контрагентів договору. Вчиняючи щоразу певним чином, кожна зі сторін отримує право очікувати, що наступного разу їхнє правовідношення відбуватиметься аналогічно (наприклад, розрахунок за товар відбудеться через два дні після поставки). Тому при формуванні правила персональної ділової практики виникає презумпція про те, що певні правовідносини будуть відбуватися у звичному режимі. Сторони можуть усунути її зі своїх правовідносин, але це має бути зазначено у їхньому договорі. В іншому випадку правило буде продовжувати свою чинність [2, с. 364].

Уже в юридичній літературі кінця XIX ст. можна побачити погляди, згідно з якими не варто ототожнювати торгові звичаї загального характеру та торгові узвичаєння конкретних підприємців або торгових домів. У правовій системі США такі правила персональної практики називають також *course of dealing* (заведений порядок). Так, у Єдиному торговому кодексі США заведений порядок визначено як однорідність попередньої поведінки сторін даного договору, яку справедливо можна розглядати як таку, що встановлює загальну основу взаєморозуміння при тлумаченні використовуваних ними виразів та інших дій. В Європі для означення таких персональних правил все частіше використовується термін «практика»

[5, с. 323]. Водночас практика є радше процесом, ніж результатом, який становлять певні правила поведінки (загальні чи персональні). Тому цей термін для означення відповідного явища видається не зовсім вдалим.

У деяких працях персональні правила контрагентів названо «узвичаєннями» («узвичаєностями»), хоча такий підхід вступає у суперечність з теорією міжнародного права, яка окреслює відповідним терміном необов'язкові звичаєві правила [6, с. 9].

III. Поняття звичаїв ділового обороту

Серед масиву звичаїв, до яких відсилає цивільне законодавство України, вирізняються звичаї ділового обороту. Зокрема у ст. 527 ЦК України вказано, що боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор – прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Про врахування звичаїв ділового обороту йдеться й у інших статтях ЦК України – ст. 526, 529, 531, 532, 538, 613, 627, 630, 654, 682 та ін. [7, с. 133]. Водночас зміст поняття звичаїв ділового обороту недостатньо розкрито в українському законодавстві, судовій практиці та юридичній доктрині, що створює труднощі для правозастосування.

Окремі автори ототожнюють звичаї ділового обороту з торговими звичаями [8, с. 193]. У юридичній енциклопедії торговим звичаєм названо правило, що склалося в торгівлі внаслідок одноманітного повторення певних відносин [9, с. 569]. Однак український законодавець не ототожнив ці поняття, тому торгові звичаї можуть вважатися близькими за значенням зі звичаями ділового обороту, але не синонімами. З порівняльною метою доцільно згадати про те, що в сучасному німецькому праві торговий звичай вважається різновидом звичаю ділового обороту [10, с. 33].

Опираючись на аналітичний метод, слід звернути увагу на те, що в понятті звичаю ділового обороту синтезовано два поняття – звичай і діловий оборот. У науковій літературі відображено погляд, що цивільним оборотом є загал відносин і правочинів, які виникають у зв'язку з діяльністю суб'єктів цивільного права щодо обігу майна та послуг. М. Кошовський виокремив три види такого обороту: загальний оборот (усі сторони договору не здійснюють господарської діяльності); двосторонньо-діловий оборот (обидві сторони є суб'єктами господарської діяльності); односторонньо-діловий оборот, у т. ч. споживчий (одна сторона є суб'єктом господарювання, а друга – ні) [11, с. 160].

Оскільки діловий оборот охоплює тільки той сегмент договірних відносин, у яких хоча б одна сторона є суб'єктом господарської діяльності, звичаї ділового обороту можуть бути утворені виключно за участю такого суб'єкта. З одного боку, такий підхід має сенс, оскільки звичаєві норми формуються шляхом практики, яка є сталою (усталеною), тобто існує більша ймовірність їхнього утворення у діловому обороті ніж у загальному. Однак, з іншого боку, загальний оборот також може створювати звичаєві норми, і за таких умов вони не будуть перебувати в рівних умовах зі звичаями ділового обороту. Наприклад, у цитованій вище ст. 527 ЦК України йдеться лише про звичаї ділового обороту, а не про звичаї загалом. І в цьому полягає проблема, оскільки правила, утворені практикою підприємців, можуть діяти у відносинах інших осіб, а навпаки – ні. Наведене становить суперечність із принципом рівності учасників цивільних відносин [12, с. 79].

IV. Усталеність як ознака правового звичаю

Відповідно до ч. 1 ст. 7 ЦК України звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Усталеність у практиці належить до основних ознак правового звичаю, адже вона визначає як звичаєвий (стає звичаєм), так і правовий (набуває юридичної чинності) характер відповідної норми.

Правило суспільної поведінки стає звичаєм, якщо воно загальноприйняте, тобто усталене, утворене за загальною згодою (в тому числі мовчазною) більшості учасників відносин. Звичаєва норма не встановлюється конкретним суб'єктом, а усталюється, тобто виникає із легальної практики, що базується на закономірностях розвитку суспільних відносин. Від усталеності звичай черпає також свою юридичну силу, адже правозастосовний суб'єкт (передусім суд) повинен визначити в конкретному випадку, чи певне правило поведінки реально існує в певній сфері чи місцевості.

Р. Мегаррі визначив звичай як практику, що стала усталеною [13, р. 926]. Немає сумніву в тому, що право може творитися шляхом практики, і результатом такого правотворення стає звичай або прецедент [14, с. 20, 22].

На відміну від усталеності, давність варто визнати додатковою ознакою правового звичаю, хоча окремі дослідники вважають її основною [15, с. 82-84]. Для виникнення правового звичаю потрібний певний проміжок часу, тривалість якого є різною в кожному конкретному випадку. Цей період не завжди повинен бути тривалим, але

необхідно, щоб звичай проявив себе, внаслідок чого встановлюється його існування. У давні часи правові звичаї могли формуватися поколінням чи навіть поколіннями на підставі їхніх уявлень про необхідне, корисне та справедливе. Завданням правового звичаю ставало збереження культурних надбань попередніх поколінь, які вважалися найбільш цінними [16, с. 33, 41–42]. Проте історії права відомі випадки, коли становлення звичаю відбувалося у значно коротші терміни.

Давність є важливою для функціонування правового звичаю, але не має визначального значення для його утворення. Справа в тому, до давність завжди супроводжується усталеністю, тоді як усталеність не завжди передбачає давність. Відтак правовий звичай виникає з усталеності певної практики правового характеру. Вона може бути як давньою, так і ні. Наприклад, закон Папуа-Нової Гвінеї про основоположне право 2000 р. визначає звичаєве право як «звичаї та практики корінного населення держави, існуючі на час вирішення конкретної справи незалежно від того, чи такі звичаї та практики тривають з незапам'ятних часів, чи ні» [17]. Отже, усталеність не має прив'язки до певного строку існування відповідної практики, а лише до самого факту її буття.

Тому давність є факультативною ознакою правового звичаю, що додає йому авторитету та юридичної сили, проте не спричиняє його формування, яке відбувається шляхом усталеності. А. Прейснер також дійшов висновку про те, що для утворення правового звичаю час не має першорядного значення. Такий час неможливо об'єктивно визначити, тому формулювання «завжди», «від давніх часів» лише підтверджують авторитет звичаю, а не надають йому юридичної сили [18, с. 187]. Отже, давність відіграє роль своєрідної презумпції усталеності конкретного правового звичаю. Інакше кажучи, звичай, що характеризується давністю є, безперечно, усталеним.

V. Можливість фіксації звичаю в документі

Відповідно до абз. 3 ч. 1 ст. 7 ЦК України звичай може бути зафіксований у документі. Для звичаю загалом і правового звичаю зокрема характерна неписана форма як первинна, адже звичаєве право вважається базовою складовою *Lex non scripta* (так зв. неписаного закону, до складу якого включають і принципи права) [19, р. 119]. Неписані форми правового звичаю можна згрупувати в діяльнісні (дії чи бездіяльність учасника правовідношення, у т. ч. обрядові та символічні), як і усні (простий усний переказ або фольклорний твір). Письмова форма фіксації

правових звичаїв була спрямованою насамперед на те, щоб посилити визначеність відповідних норм, а відтак сприяти процесу належного правозастосування.

Набуття звичаєвим правом письмової форми, як правило, зумовлювало його трансформацію в закон у широкому розумінні цього поняття. Письмова фіксація норм звичаєвого права без перетворення у норми законодавства відбувалася у документах, що не мали статусу джерела права – цивільних договорах, судових рішеннях, адміністративних актах тощо. Так, П. Чубинський вивчав звичаєве право XIX ст. шляхом аналізу рішень волосних судів [20]. Інакше кажучи, зміст норми звичаєвого права фіксувався у відповідному документі, набуваючи в такий спосіб письмової форми. Проте згаданий документ, не будучи нормативно-правовим актом або іншим формальним джерелом права, не переводив відповідну норму зі звичаєвої сфери регулювання у законодавчу.

Правовий звичай міг набути письмової форми шляхом дескрипції, тобто запису звичаєвих норм в офіційному чи неофіційному тексті. Хоча в українській практиці значно поширенішими були неофіційні описи правових звичаїв, виконані дослідниками і науковими організаціями, поодинокі випадки офіційної дескрипції правових звичаїв відомі й українській історії. До прикладу, протягом липня-серпня 1904 р. на виконання царського розпорядження в усіх волостях Російської імперії проводилася фіксація місцевих норм звичаєвого права про спадкування. Відповіді на анкети з 25 питань затверджувалися постановами волосних сходів [21, с. 33].

У сучасних правових системах торгівлі звичаї можуть фіксуватися без втрати звичаєвого статусу в узансах – документах, які видаються недержавними авторитетними організаціями (у тому числі міжнародними). До прикладу, в Польщі таку роль виконують господарські палати. Згідно зі своїм статутом Крайова Господарська палата має право видавати висновки про існуючі в державі торгівлі звичаї [1, с. 227]. На міжнародному рівні найбільш відомим узансом є Інкотермс. Торгово-промислова палата України має право відповідно до ст. 14 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» засвідчувати наявні торгівлі та портові звичаї за зверненням суб'єктів господарської діяльності і фізичних осіб. Як видається, засвідчений цією організацією звід звичаїв певного порту, складений його адміністрацією, чи інший документ, в якому описані звичаї, також можна вважати узансами.

VI. Конкуренція законодавчих і звичаєвих норм

Ч. 2 ст. 7 ЦК України встановила заборону застосування звичаїв, які суперечать актам цивільного законодавства чи договору. Попри вказане положення, в теорії права не припиняються дискусії щодо можливої конкуренції законодавчих і звичаєвих норм у питанні регулювання конкретного правовідношення. Це питання загострюється в тих випадках, коли замість законодавчої норми *de facto* застосовується утворений суспільством звичай. Згідно з домінуючим у юридичній доктрині поглядом звичай не може діяти замість приписів *iuris cogentis* (імперативних норм). Імперативна юридична норма законодавства отримує першість стосовно звичаю, оскільки вона становить визначену вимогу законодавця щодо виконання певних дій або утримання від них, скеровану до адресатів відповідного припису [22, с. 164].

За переконанням Я. Ліца, навіть якщо імперативна законодавча норма не застосовується *de facto*, а замість неї виникає суперечна з нею стала практика, це не є підставою для сумнівів у юридичній чинності законодавчого положення. У такому випадку компетентні органи держави повинні розглянути сенс і потребу заміни законодавчої норми, оскільки наведена ситуація може спричинити втрату суспільної довіри до законодавства [1, с. 200]. Деяко інакше ситуацію варто вирішувати в разі суперечності між законодавчим положенням і правом (не в позитивістському розумінні). У такому випадку звичай, який відповідає праву, гіпотетично може домінувати над нормою законодавства, що праву суперечить. Однак таких законодавчих положень не повинно існувати в сучасному цивілізованому світі.

Основний науковий спір стосується питання, чи звичай може мати першість перед законодавчими нормами диспозитивного характеру, чи діє лише після них. Суть проблеми зводиться до питання: *чи в разі, коли сторони зобов'язання не врегулювали в договорі певної правової матерії, а щодо даного суспільного відношення існують як звичай, так і суперечна йому диспозитивна норма законодавства, треба застосовувати звичай чи відповідну норму?* [22, с. 164]. Хоча із даного приводу в європейській науковій літературі є чимало висловлювань, наведена проблема не є насправді настільки гострою, адже в сучасному світі переважна більшість звичаїв мають диспозитивний характер. Тим паче, коли йдеться про відносини, що диспозитивно врегулювані законодавцем.

Насамперед варто було б з'ясувати, чи відношення між законодавчим положенням і звичаєвою нормою не має характеру *secundum legem*, оскільки звичай може доповнювати відповідне регулювання без відсилання до нього в конкретній статті нормативно-правового акта. Колізія виникає тільки тоді, коли таке відношення справді має характер *adversus legem (contra legem)*. За таких умов варто визнати першість за диспозитивним положенням закону [1, s. 200–201].

Іншою є ситуація з правилами персональної ділової практики, виробленої сторонами конкретного правовідношення. Вказані правила повинні бути прирівняні до умови договору за винятком випадків, коли самі сторони домовилися про припинення їхньої чинності. Як зазначалося вище, вони є частиною волевиявлення сторін. Такі правила за умови їхньої відповідності праву можуть претендувати на першість у випадку конкуренції з диспозитивними нормами законодавства на тих самих умовах, що й інші положення цивільного чи господарського договору. Це одна із причин, чому звичаї загального характеру та правила персональної ділової практики повинні бути диференційовані в юридичній науці, практиці та законодавстві.

Висновки. Таким чином, можна відзначити те, що ст. 7 ЦК України в цілому відповідає суспільній природі феномену звичаєвого права та є достатньою законодавчою підставою для застосування звичаєвих норм у цивільних правовідносинах.

Виходячи зі структури статті, можна запропонувати такі висновки: 1) регулятором цивільних відносин є звичай загалом, а джерелом цивільного права – правовий звичай зокрема; 2) правила персональної ділової практики конкретних контрагентів не є правовими звичаями, однак мають чинність у подальших відносинах цих суб'єктів; 3) звичаї ділового обороту становлять вид звичаю, а тому і регулятор цивільних відносин, проте їхнє вказування у тексті ЦК є недоцільним; 4) звичай набуває чинності у цивільних правовідносинах за умови його фактичної усталеності; 5) зміст звичаєвих норм може фіксуватися в документах, які не мають статусу самостійних джерел права (узанси та ін.); 6) у випадку конкуренції законодавчої та звичаєвої норми повинна застосовуватися норма законодавства, якщо компетентним суб'єктом не буде встановлено, що така норма є неконституційною чи неправовою.

Зважаючи на результати дослідження, подальший розвиток тексту ЦК України у частині взаємодії зі звичаєвим правом вбачається в такому: 1) збереженні основ існуючої конструкції ст. 7 з деякими змінами й уточненнями; 2) усуненні згадок про звичаї ділового обороту з тексту кодексу і заміні їх у відповідних статтях на звичай; 3) доповненні окремою статтею про правила персональної ділової практики, що формуються у договірних відносинах конкретних контрагентів; 4) доповненні окремою статтею про узанси в розумінні звичаїв, які зафіксовані в документарній формі торгово-промисловими палатами й іншими авторитетними організаціями.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Lic J. Zwyczaje i prawo zwyczajowe. *System prawa handlowego* / pod. red. Stanisława Włodyki. T. 1. Prawo handlowe – część ogólna. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck, 2009. S. 146–273.
2. Добров О. Правоутворення без законодавця (нариси з теорії джерел права). Частина перша. Звичаєве право. *Праці комісії для вивчення звичаєвого права України*. Вип. 2. Київ : ВУАН, 1928. С. 295–415.
3. Pęcyna M. Naruszenie zobowiązania w świetle harmonizacji prawa zobowiązań. *Studium prawnoporównawcze*. Warszawa : Wolters Kluwer Polska, 2009. 469 s.
4. Бедрій М.М. Звичай і ділова практика: співвідношення понять у контексті вдосконалення зобов'язального права України та Польщі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 3. С. 70–72.
5. Порогиков А.И. Обычай в гражданском обороте. *Обычай в праве*: Сборник. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2004. С. 198–380.
6. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. Москва : Наука, 1988. 192 с.
7. Яворська О.С. Звичаєве право як соціальний регулятор цивільних відносин. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2013. Вип. 2. С. 129–137.
8. Махінчук В.М. Торговий звичай (звичай ділового обороту) як джерело виникнення підприємницьких відносин. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2013. Вип. 1. С. 192–200.
9. Коломацька С.П. Звичай торговий. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / Редкол. : Ю.С. Шемшученко (гол.) та ін. Том 2: Д-Й. Київ : Укр. Енцикл., 1999. С. 569.
10. Проценко І. Звичай ділового обігу за законодавством України та Німеччини. *Юридичний журнал*. 2003. № 6. С. 32–34.
11. Koszowski M. Obrót powszechny, profesjonalny i konsumecki. *Ius Novum*. 2010. 4. S. 160–165.
12. Бедрій М.М. Звичай ділового обороту: роздуми щодо змісту поняття та його доцільності. *Публічне і приватне право: конституційні засади та інноваційні тенденції*: зб. матер. Міжнар. юрид. наук.-практ. конф. «Актуальна юриспруденція», м. Київ, 22 червня 2017 р. Київ : АртЕк, 2017. С. 77–80.
13. Megarry R. E. Custom. *Encyclopedia Britannica*. Vol. 6. Cocker to Dais. Chicago, London, Toronto, Geneva, Sydney, Tokyo: R. R. Donneley and Sons Co., 1965. P. 926.

14. Wróblewski J. *Zasady tworzenia prawa*. Warszawa : PWN, 1989. 179 s.
15. Уолкер Р. Английская судебная система / пер. с англ. Т. В. Агарова. Москва : Юридическая литература, 1980. 631 с.
16. Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І. Б. Усенка. Київ : Наукова думка, 2006. 280 с.
17. Underlying law Act Papua New Guinea No 13 of 2000. URL : http://www.paclii.org/pg/legis/consol_act/ula2000173.pdf.
18. Preisner A. Zwyczaj i prawo zwyczajowe. *Charakter i struktura norm Konstytucji* / red. nauk. Janusz Trzcziński. Warszawa : Wydawnictwo Sejmowe, 1997. S. 185–195.
19. Ruitter D. W. P. *Legal institutions*. Springer-Science+Business Media, 2001. 224 p.
20. Чубинский П. Кракий очерк народных юридических обычаев, составленный на основании прилагаемых гражданских решений. *Труды этнографическо-статистической экспедиции в Западно-Русский край, снаряженной Императорским Русским географическим обществом. Юго-Западный отдел*. Том VI. Санкт-Петербург, 1872. С. 29–80.
21. Камінський В. Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні (Сторінка з історії звичаєвого права на початку ХХ ст.). *Праці комісії для вивчення звичаєвого права України*. Вип. 1. Київ : УАН, 1925. С. 32–53.
22. Trzcziński K. Zwyczaj i prawo zwyczajowe jako źródła prawa prywatnego. *Rejent*. 1998. nr 3(83). S. 156–170.

Бедрій Мар'ян Миронович

СТАТТЯ 7 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: АНАЛІЗ КРИЗЬ ПРИЗМУ ФЕНОМЕНУ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА

Стаття присвячена взаємодії тексту Цивільного кодексу України (зокрема ст. 7) зі звичаєвим правом як суспільним явищем. Досліджено співвідношення понять звичаю та правового звичаю в контексті регулювання цивільних відносин. Обґрунтовано тезу про те, що регулятором цивільних відносин є звичай загалом, а джерелом цивільного права – правовий звичай як його вид. Поняття звичаю, вказане у ст. 7 ЦК України, визнано вдалим, адже воно включає як правові звичаї (регулюють правовідносини як юридичні норми), так і звичаї релевантні праву (мають значення у правозастосуванні).

Виконано порівняння звичаїв загального характеру та правил персональної ділової практики конкретних контрагентів. Зроблено висновок про те, що звичай як правило, утворене загальною діловою практикою (більшість підприємців відповідної галузі чи регіону), не є тотожним правилу, утвореному персональною діловою практикою сторін. Персональна ділова практика сторін здатна сформувати правило, що за юридичними наслідками прирівнюється до умови договору, укладеного між ними. Натомість загальна (деперсоніфікована) ділова практика утворює правовий звичай, який прирівнюється за юридичним значенням до норми законодавства (загальнодержавної, місцевої чи галузевої).

Проаналізовано поняття звичаїв ділового обороту та доцільність його використання в тексті Цивільного кодексу України. За результатами цього аналізу звичаями ділового обороту окреслено ті, що були утворені за участю суб'єкта підприємницької діяльності. Запропоновано усунути відсилання до звичаїв ділового обороту з тексту кодексу та замінити їх у відповідних статтях відсиланнями до звичаїв загалом. Оскільки звичай набуває чинності у цивільних правовідносинах за умови його фактичної усталеності, ця характеристика звичаю повинна бути збережена в тексті Цивільного кодексу України.

Висвітлено можливість письмової фіксації звичаїв у документах, які не мають статусу самостійних джерел права. Запропоновано доповнити текст Цивільного кодексу України окремою статтею про узанси в розумінні звичаїв, які зафіксовані у документарній формі торгово-промисловими палатами й іншими авторитетними організаціями. Розглянуто проблему конкуренції законодавчих і звичаєвих норм у ході регулювання цивільних відносин. При згаданій конкуренції повинна застосовуватися норма законодавства, якщо компетентним суб'єктом не буде встановлено, що така норма є неконституційною чи неправовою.

Ключові слова: звичай, цивільне право, текст кодексу, ділова практика, фактична усталеність.

Bedrii Marian

ARTICLE 7 OF THE CIVIL CODE OF UKRAINE: ANALYSIS THROUGH THE PRISM OF THE PHENOMENON OF CUSTOMARY LAW

The article is devoted to the interaction of the Civil Code of Ukraine text (in particular art. 7) with customary law as a social phenomenon. The correlation of the concepts of custom and legal custom in the context of civil relations regulation is researched. The thesis that the regulator of civil relations is a custom in general, and the source of civil law – legal custom as its type is substantiated. The concept of custom, specified in art. 7 of the Civil Code of Ukraine, is considered successful, because it includes both legal customs (regulating legal relations as legal norms) and customs relevant to the law (important in law enforcement).

A comparison of general customs and rules of personal business practice of particular counterparties is performed. It is concluded that the custom, as a rule, formed by the general business practice (the majority of businessmen of the corresponding branch or region), is not identical to the rule formed by personal business practice of the parties. The personal business practice of the parties is able to form a rule that is legally equivalent to the terms of the contract concluded between them. Instead, general (depersonalized) business practice forms a legal custom, which is equated in legal significance to the norm of law (national, local or sectoral).

The concept of business turnover customs and expediency of its use in the text of the Civil code of Ukraine are analyzed. According to the results of this analysis, business turnover customs are outlined those that were formed

with the participation of the business entity. It is proposed to remove references to business turnover customs from the text of the code and replace them in the relevant articles with references to customs in general. Since the custom comes into force in civil law, provided it is actually established, this characteristic of the custom should be preserved in the text of the Civil Code of Ukraine.

The possibility of written fixation of customs in documents that do not have the status of independent sources of law is highlighted. It is proposed to supplement the text of the Civil Code of Ukraine with a separate article on usances in the understanding of customs, which are recorded in documentary form by chambers of commerce and industry and other authoritative organizations. The problem of competition of legislative and customary norms in the course of civil relations regulation is considered. In the case of such competition, a norm of legislation shall apply unless the competent entity establishes that such a rule is unconstitutional or illegal.

Key words: custom, civil law, text of the code, business practice, factual establishing.