

УДК 340.141

DOI: 10.15587/2523-4153.2023.285398

ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ТА ІНШІ ПРАВИЛА, УТВОРЕНІ ПРАКТИКОЮ: ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ

М. М. Бедрій

The article is devoted to the issues of the comparison between legal custom and other rules, formed by practice. In particular, the correlation of legal custom with the practice of state authorities, legal precedent and personal business practice is considered. Identifying the relationships between them makes it possible to understand the meaning of the corresponding phenomena. Differences in the legal nature of the mentioned phenomena cause the fact that some are sources of law, while others are not. The acquisition or loss of certain parameters (features) can lead to the transition (transformation) of one phenomenon into another with corresponding consequences.

It is explained, that the practice of state authorities is not an independent form of law, but can create such forms - legal custom, legal precedent, etc. It can also create quasi-legal phenomena – agreements between governing subjects, clerk habits, etc. The criteria for distinguishing between legal custom and legal precedent are defined: subjects, the nature of law-making practice, the intensity of such practice, the justification of validity and content, the level of certainty and formalization, as well as the scope of legal action. A legal custom is a general social practice, which consists in repeating certain actions several times or refraining from them by a wide range of subjects. Instead, legal precedent is formed by the special practice of the competent authority in the course of law enforcement, which is most often expressed in a specific judicial or administrative decision.

It has been found, that business practice is able to create two basic types of rules for contracting parties – legal customs and rules of personal business practice. The first of them are characterized by generality and in terms of legal consequences are equated to the norms, contained in the legislation. Instead, the latter bind only specific counterparties, and therefore are equivalent to the terms of the contract, concluded between them. The use of the term "custom" to delineate the rules, formed by personal business practice, is not only contrary to its nature, but also creates a terminological imbalance in law of obligations

Keywords: *customary law, legal precedent, practice of state authorities, personal business practice*

How to cite:

Bedrii, M. (2023). Legal custom and other rules established by practice: issues of correlation. ScienceRise: Juridical Science, 3 (25), 11–17
doi: <http://doi.org/10.15587/2523-4153.2023.285398>

© The Author(s) 2023

This is an open access article under the Creative Commons CC BY license hydrate

1. Вступ

Проблема правового плюралізму у сучасному світі актуалізується також і в Україні, яка по-ступово долає радянську спадщину монополії нормативно-правового акта в системі джерел права. Стає очевидним, що різноманіття правових явищ у демократичному суспільстві явно не відповідає застарілим лекалам юриспруденції тоталітарного періоду. Оновлення української юридичної науки і звільнення її від непридатних шаблонів минулого спонукає до вироблення інноваційних підходів та інтерпретацій. Серед явищ, які доцільно дослідити з урахуванням нових методологічних реалій є правовий звичай.

Питання основних і додаткових ознак правового звичаю становило предмет дослідження однієї з попередніх публікацій [1]. Зокрема серед основних ознак правового звичаю було відзначено те, що він не встановлюється законодавцем, а усталюється в ході практики. Разом з тим не кожне правило, утворене практикою, слід вважати звичаєм, а тим паче нормою звичаєвого права. Тому існує доцільність розглянути співвідношення звичаю з іншими правилами, утвореними практикою.

У широкому розумінні будь-які соціальні норми (у тому числі юридичні) можна вважати такими, що утворені практикою. До прикладу, закони творяться практикою парламентів, а етичні норми формуються поведінкою, що визнається моральною. Однак у статті аналізуються саме ті правила суспільного життя, що є подібними до правового звичаю та мають юридичне значення. Тобто не йтиметься про нормативно-правові акти (не є подібними до правових звичаїв), релігійні

тексти чи побутові звичаї. До предмету статті також не входить утворене суспільною практикою *desuetudo*, позаяк воно не творить правила, а скасовує їх. Крім того, у межах статті не розглядатиметься співвідношення зі зібраннями добрих практик *soft law*, оскільки це питання повинно стати предметом окремої публікації.

Відтак, досліджуються співвідношення правового звичаю з практикою органів держави, правовим прецедентом і правилами персональної ділової практики. Ця особливість зумовила її структуру, а також підсумкові результати і висновки.

2. Огляд літератури

Тема співвідношень правового звичаю з іншими суспільними явищами (в тому числі правилами, утвореними практикою) належить до найменш вивчених у теорії звичаєвого права загалом. Практика органів держави як самостійне правове явище досліджувалося доволі вузьким колом правознавців, серед яких Я. Магазинер [2], І. Онопчук [3], О. Сав'як [4]. Тому співвідношення правового звичаю з такою практикою потребує ширшого опрацювання. Правовому прецеденту як джерелу права присвячено значний обсяг наукових праць, але питання його співвідношення з правовим звичаєм у них підіймалося вкрай рідко й обмежено. Правила персональної ділової практики часто ототожнюються зі звичаями, а тому не вбачають необхідності у пошуку відмінностей між ними. Із вказаного випливає, що проблеми співвідношень правового звичаю з іншими правилами, які утворені практикою, становить малодосліджений аспект української юриспруденції.

3. Мета та задачі дослідження

Метою дослідження є виявлення спільних і відмінних рис правового звичаю та інших правил, утворених практикою, а відтак з'ясування співвідношень між ними.

Для досягнення мети були поставлені наступні завдання:

1. проаналізувати зв'язок між практикою органів держави та правовим звичаєм;
2. охарактеризувати співвідношення між правовим звичаєм і правовим прецедентом;
3. розмежувати поняття правового звичаю та правил персональної ділової практики.

4. Матеріали та методи

Методологічна основа статті складається з концептуальних підходів, загальнонаукових і спеціально-юридичних методів, логічних прийомів та засобів дослідження. З-поміж концептуальних підходів (філософських методів) визначальними є аксіологічний та антропологічний підходи. Перший розкриває зміст явищ з огляду на їхню цінність для суспільства, а другий показує людський вимір правового звичаю та суміжних понять. Системний і функціональний методи займають чільні позиції в комплексі загальнонаукових методів у контексті предмету дослідження. Зокрема системний метод виявляє місце правового звичаю серед правил, які творяться практикою, а також характерні їм взаємозв'язки. Через функціональний метод висвітлюються чинність правил, утворених практикою, їхні завдання та вплив на суспільні відносини.

Спеціально-юридичні методи у цій статті використовуються широко, а особливо формально-юридичний, історико-правовий і порівняльно-правовий. Формально-юридичний (догматичний) метод залучається до аналізу правових явищ, відповідного законодавства та практики його застосування. Завдяки йому відбувається пошук спільних і відмінних ознак між правовим звичаєм і правилами, утвореними практикою. Історико-правовий метод дозволяє розкрити ретроспективний вимір згаданих співвідношень і їхню еволюцію. На основі порівняльно-правового методу здійснюється співвідношення практики та правового звичаю у глобальному аспекті, тобто як в українському праві, так і інших правових системах.

Для дослідження співвідношень правового звичаю з іншими правилами, утвореними практикою, важливим є врахування поточного стану чинного законодавства України, що здійснюється з використанням інформаційно-пошукової системи «Законодавство України» на офіційному сайті Верховної Ради України – zakon.rada.gov.ua.

5. Результати дослідження

5. 1. Правовий звичай і практика органів держави

У світовій юриспруденції впродовж століть формувалися та розвивалися різноманітні концепції звичаєвого права. З них утворювалися теорії щодо того, які явища варто вважати правовим звичаєм. Зокрема теорії простої практики, запропоновані у XIX ст. Г. Єллінеком, А. Зіттельманом та ін., вважають джерелом формування звичаєвого права практику, яка подібно до моди спричиняє загальне психологічне переконання в її необхідності [5, с. 20–22]. Теорія практики органів держави, заснована німецьким вченим П. Ертманом, вступила в дискусію з теорією простої практики, і

наполягала на тому, що не кожна суспільна практика здатна сформувати правовий звичай, а тільки практика органів держави [5, с. 25].

Варто звернути увагу й на те, що деякі дослідники виокремлюють практику державних органів як самостійне джерело права. При цьому важливим є те, що створене законодавство при впровадженні його у життя органами держави переломлюється, перетворюється і фактично відтворюється одноманітною практикою цих органів, яку І. Онопчук інтерпретує як множину нових норм, які стихійно складаються зі службового досвіду державних органів, що застосовують норми законодавства, тобто їхньої практики [3, с. 440].

Визнаючи практику державних органів джерелом права, Я. Магазинер поділив її на три види: звичайну практику державного органу, прецедент і домовленості влади [2]. Оскільки співвідношення правового звичаю з правовим прецедентом розглядатиметься згодом, а в домовленостях влади не спостерігається контурів зіткнення зі звичаєвим правом (ті, що все ж таки проявляються, є мінімальними), зосередимо увагу на звичайній практиці державного органу. Звичайна практика державного органу визначається І. Онопчук як одноманітна, незмінна, безперервно діюча на переконанні певного органу влади практика. На її думку, така практика відрізняється від звичаєвого права тим, що вона здійснює регулювання діями не суспільства загалом, спеціально – органами публічної влади [3, с. 441].

Немає сумнівів у тому, що звичайна практика органів держави об'єктивно існує у правовому житті, проте питання полягає в іншому – чи є вона *формальним джерелом, тобто формою права*? Для набуття цього статусу звичайна практика органів держави повинна набути ознаки загальності. Якщо йдеться про практику конкретної посадової особи чи органу держави, яка не стала загальною, така практика може набути форми адміністративного (чиновницького) узвичаєння. Вказане узвичаєння становить позаправовий регулятор поведінки організаційного чи корпоративного характеру в системі публічного управління [6, с. 229]. Хоча таке правило формується в ході управлінської практики, проте не наділене ознакою загальності. Крім того, деякі чиновницькі узвичаєння є протиправними. Разом з тим адміністративне (чиновницьке) узвичаєння може у перспективі набути статусу правового звичаю за умови набуття ним основних ознак відповідного джерела права [7, с. 75].

Загальність в практиці органів держави може виникати не тільки внаслідок поширення відповідної практики серед інших державних організацій, але й у разі стабільності цієї практики у зовнішніх відносинах з іншими суб'єктами. Інакше кажучи, суспільно важлива практика певного органу держави стосується не конкретної справи, а всіх аналогічних справ. При цьому, відбувається деперсоніфікація правила, яке виробляється згаданою практикою – стосується не конкретного суб'єкта, а всіх, до кого застосовується відповідна норма. За таких умов практикою державного органу може бути створено правовий звичай. З цього випливає, що *практика органів держави не є самостійною формою права*, але може такі форми створювати – правовий звичай, правовий прецедент тощо. Також вона може творити квазіправові явища – домовленості владних суб'єктів, чиновницькі узвичаєння та ін.

5. 2. Правовий звичай і правовий прецедент

Як правовий звичай, так і правовий прецедент належать до джерел (форм) права, що визнаються абсолютною більшістю представників юридичної науки. Відповідні джерела права перебувають в об'єктиві як наукових досліджень, так і навчальної літератури. На перший погляд може видатися, що ці поняття настільки кристалізувалися у доктринальному вимірі, що потреба аналізу їхнього співвідношення є зайвою. Якщо визначальною ознакою правового звичаю вважати його санкціонованість державою, то межа між цими явищами справді є виразною та зручною. Однак це переконання характерне лише позитивістським напрямкам праворозуміння. Крім того, наведене бачення характерне не усім цим напрямкам, а лише тим, які взяли за основу теорію звичаєвого права Дж. Остіна [8, с. 532]. Серед них було і марксистське праворозуміння, вплив якого залишається відчутним у сучасній українській юриспруденції.

Натомість у разі визнання основною ознакою правового звичаю його усталеність у найважливіших суспільних відносинах (це характерно зокрема соціологічному праворозумінню), а не санкціонованість, межа між правовим звичаєм і правовим прецедентом перестає бути настільки очевидною. Ще менш виразною за таких умов стане межа між правовим звичаєм і прецедентною практикою. Вказані обставини спонукають до нових роздумів стосовно співвідношення понять правового звичаю та правового прецеденту.

Виходячи з того положення, що суспільна практика може творити право, варто погодитися з тим, що основними результатами такого правотворення є правовий звичай і правовий прецедент [9, с. 20–22]. Це становить спільну рису, характерну для обох явищ. Саме їхнє походження безпосередньо з простору суспільного життя відрізняє згадані явища від нормативно-правових актів і нормативно-правових договорів. Зближує ці явища і ознака визнання: для правового звичаю – визнання суспільства; для правового прецеденту – визнання правозастосовними органами (стосується зокрема прецедентів рекомендаційного характеру). Встановивши наявність спільних рис,

доцільно розглянути критерії, як б дозволили розрізнити правовий звичай і правовий прецедент. Такими критеріями є: суб'єкти, характер правотворчої практики, інтенсивність такої практики, обґрунтування чинності та змісту, рівень визначеності та формалізації, а також простір юридичної дії.

Формування правового звичаю здійснюється широким колом суб'єктів. Коло таких суб'єктів може виражатися в усьому суспільстві чи його частині. Навіть у тих випадках, коли звичаєве правило поведінки утворювалося як ідея чи практика конкретного індивіда, воно зможе набути юридичної чинності (стати правовим звичаєм) тільки тоді, коли матиме ознаку загальності (деперсоніфікованості). Натомість коло суб'єктів, які творять правовий прецедент, є значно вужчим. До них належать компетентні органи публічної влади (судові й адміністративні), здатні прийняти рішення із прецедентним значенням [10, с. 227].

Попри те, що обидва явища утворюються шляхом практики, характер цієї практики відрізняється. Правовий звичай формується загальною практикою у найбільш важливих суспільних відносинах, тобто таких, що становлять предмет правового регулювання. Ця практика не завжди має офіційний чи юридичний характер. Вона повинна бути суспільною, правомірною та реально існувати протягом часу, необхідного для усталення звичаю. Натомість правовий прецедент завжди утворюється практикою спеціального характеру, тобто у правозастосуванні. Проблема розмежування згаданих явищ виявляється тоді, коли правовий звичай твориться правозастосовною (судовою чи адміністративною) практикою. У таких випадках межа між правовим звичаєм і правовим прецедентом встановлюється за іншими критеріями.

Для видів практики, яка творить правовий звичай і правовий прецедент, загалом характерна різна інтенсивність. Стосовно формування правового прецеденту, як правило, достатньо одного рішення компетентного органу. Натомість при формуванні правового звичаю дії чи утримання від них у переважній більшості випадків повинні бути кількарізовими. Історії відомі приклади, коли правовий звичай формувався внаслідок одноразового виконання певного зразка поведінки, однак вони були радше винятками, ніж загальною тенденцією.

Суб'єкти правовідносин по-різному обґрунтовують чинність і зміст правового прецеденту та правового звичаю. Чинність і зміст правового звичаю обґрунтовується усталеністю певної практики. Ст. 7 ЦК України також вимагає того, щоб звичай був усталеним у цивільних відносинах [11]. Інколи його також обґрунтовують давністю, адже давність є найпевнішим підтвердженням усталеності звичаю. Натомість чинність і зміст правового прецеденту обґрунтовується шляхом відсилання до конкретного акта правозастосовного органу.

Вирішальною причиною того, що нормативно-правові акти змінили правові звичаї як домінуюче джерело права в ході історичного розвитку, М. Чубатий вважав низький рівень визначеності звичаєвого права [12, с. 12–13]. Справді, правовий звичай внаслідок його фіксації переважно в усних і діяльнісних формах, є відносно визначеним і недостатньо формалізованим. Ці риси більшою мірою характерні правовим звичаям, які набули письмової форми, а вони завжди перебували в меншості з об'єктивних причин. На противагу вказаному правовий прецедент має значно вищий рівень визначеності та формалізації, позаяк фіксується у документі правозастосовного органу.

По-різному визначається і простір юридичної дії правового звичаю та правового прецеденту. Простір юридичної дії правового звичаю відповідає широті його суспільного визнання (визнаний населенням держави – чинний у державі, населенням місцевості – діє у відповідній місцевості тощо). Разом з тим простір юридичної дії правового прецеденту визначається місцем відповідного органу в державній ієрархії (діє щодо органів одного рівня та нижчестоячих). Слід згадати, що у деяких позитивістських теоріях звичаєвого права простір юридичної дії правового звичаю також визначається місцем в системі публічної влади того органу, який його санкціонував [13, с. 193].

Функціональний взаємозв'язок між правовим звичаєм і правовим прецедентом виявляється в одному зі шляхів санкціонування звичаєвого правила. Йдеться про застосування звичаю в адміністративній або судовій практиці, тому правовий звичай може санкціонуватися у правовому прецеденті. Переплетеність відповідних джерел права через механізм санкціонування прослідковується зокрема в історії англійського *common law* (загального права) [14, с. 219–220]. При цьому заслуговує уваги думка Г. Кельзена, згідно з якою застосування правового звичаю у судовій практиці не надає йому юридичної чинності, адже на момент такого застосування він уже *de facto* регулює відповідні правовідносини [15, с. 254].

Стосовно судової практики як явища правової реальності, варто визнати, що вона може сформувати як правовий прецедент, так і правовий звичай. У першому випадку виробляється конкретне рішення із прецедентним значенням, а в другому – усталюється звичаєве правило без набуття форми прецеденту. Щодо питання судової практики як самостійного джерела права позиція юридичної науки не є однозначною, адже це явище поєднує в собі риси як правового прецеденту, так і правового звичаю. Проведення більш чіткої делімітації у цьому трикутнику джерел права є проблематичним, оскільки поняття судової практики охоплює доволі різні явища – правоінтерпретаційні акти, рішення міжнародних інстанцій, документи з узагальненнями судової практики та ін.

5. 3. Правовий звичай і правила персональної ділової практики

Значний інтерес викликає співвідношення зобов'язально-правових звичаїв та ділової практики учасників торгових правовідносин. 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 при укладенні 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 (наприкл., 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 [16, с. 362]. Разом з тим завжди існує ризик того, що сторона договору, скориставшись довірою свого контрагента, вчинить зловживання та використає відсутність у договорі умови, усталеної дво- чи багатосторонньою практикою.

З огляду на цю проблему варто розглянути, чи правило, утворене дво- чи багатосторонньою, але все ж персональною (стосується конкретних фізичних і юридичних осіб), практикою, відповідає критеріям, які б дозволили кваліфікувати його як правовий звичай. Деякі з основних ознак правового звичаю однозначно характерні такому правилу (усталеність у практиці, фактична чинність), окремі притаманні не всім персональним діловим практикам (відповідність праву, суспільне визнання), але загальність як одна з основних ознак правового звичаю виникає тільки тоді, коли згадана практика перестає бути персоніфікованою, і набуває загального характеру – стосується всіх підприємців відповідної галузі, місцевості тощо, а не конкретних фізичних і юридичних осіб. Без цієї ознаки правило, вироблене персональною діловою практикою, не може претендувати на статус правового звичаю тим паче з огляду на те, що загальність є також однією з базових ознак об'єктивного права.

У ст. 9 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. (ратифікована та є чинною в Україні) 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*) [17, с. 95], яку вони встановили у своїх взаємних відносинах (інакше кажучи, персональною діловою практикою). З 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. Попри цю відмінність, вони обидва породжують юридичні наслідки для учасників конкретного правовідношення.

Причина такої кореляції полягає в тому, що більшість правових звичаїв, вироблених загальною діловою практикою, походять від правил, утворених персональною практикою конкретних контрагентів. Інакше кажучи, правило, яке зародилося в ході усталеної практики двох підприємців, може в разі поширення цієї практики в діяльності інших підприємців певної галузі чи місцевості, набути загального характеру та стати правовим звичаєм. Це пояснює теорію Ф. Студніцького, згідно з якою суспільна практика, яка стосується правової матерії (наприклад, зобов'язальних правовідносин), може стати правом у формі правового звичаю за умови досягнення нею певного рівня інтенсивності [5, с. 53–54]. Л. Кожьмінські також наголошував на тому, що слід розрізняти звичаєве право та торгові практики, які поширюються на конкретних підприємців у відносинах між ними, не маючи загального характеру. На його переконання, торгові практики можуть стати складовою звичаєвого права лише після тривалого застосування [18, с. 8].

Правило, утворене персональною практикою контрагентів конкретних правовідносин, спершу не має загального характеру, тому зобов'язує тільки згаданих осіб при укладанні наступних аналогічних договорів з метою забезпечення стабільності їхнього ділового обороту. Інакше кажучи, таке правило доповнює текст договору, який ці сторони укладають між собою. При цьому, воно може не бути вписаним у нього, існуючи об'єктивно в соціальній реальності, адже кожна зі сторін може справедливо очікувати на реалізацію свого права чи виконання обов'язку другою стороною, оскільки такі права й обов'язки вже усталилися в їхній взаємній практиці. З цього випливає висновок, що правило, утворене персональною діловою практикою сторін, прирівнюється за юридичним значенням до умови договору, укладеного між ними.

Іншою є ситуація тоді, коли правило було вироблене загальною діловою практикою. Набувши загального характеру, правило, що виникло в ході зобов'язальних правовідносин, поширюється на коло неперсоніфікованих суб'єктів – жителів або підприємців держави, міста, біржі, галузі тощо. У такому разі воно стає юридичною нормою, правовим звичаєм, частиною звичаєвого права зокрема та об'єктивного права загалом. Як зазначав Ф. Регельсбергер, суб'єкт, який входить у діловий оборот не може аргументувати свою позицію тим, що він не знав про існування звичаєвого правила у відповідній галузі торгівлі чи місцевості, оскільки його контрагенти справедливо очікують від нього такого знання [19, с. 191–192]. Звісно, це відбувається при умові відповідності звичаю праву, і що згадана загальна практика не є суспільно шкідливою. З цього

впливає висновок, що правило, утворене загальною діловою практикою держав, місцевостей або галузей, прирівнюється за юридичним значенням до норми законодавства. 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, що міститься в законодавстві.

Обидва явища здійснюють важливий вплив на зобов'язальні правовідносини, мають спільне походження та правову природу, адже їх творить не законодавець, а самі учасники суспільних відносин. Однак між ними існує важлива відмінність – правові звичаї носять загальний характер і прирівнюються до норми законодавства, а правила, утворені персональною діловою практикою сторін, прирівнюються до умови договору, укладеного між ними. Це слід врахувати у відповідних статтях Цивільного кодексу України.

Правила персональної ділової практики є своєрідним виявом волі контрагентів договору. Вчиняючи щоразу певним чином, кожна із сторін отримує право очікувати, що наступного разу їхнє правовідношення відбуватиметься аналогічно (наприкл., розрахунок за товар відбудеться через два дні після поставки). Відтак, 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. Оскільки правила персональної ділової практики є виявом волі контрагентів договору, вони належать до фактичного, а не нормативного, складу правовідношення. Інакше кажучи, за правовою природою вони є юридичними фактами, а не нормами права [16, с. 364].

6. Обговорення результатів дослідження

Правовий звичай займає важливе місце серед правил, утворених практикою, часто взаємодіє з ними та має подібні механізми утворення (насамперед виникає внаслідок усталеності). Проблема співвідношення правового звичаю з іншими явищами, виробленими практикою, є складною та багаторівневою. Зокрема правовий звичай формується тільки в найбільш важливих (правових) суспільних відносинах, тоді як в інших створюються звичаї без юридичної чинності. Це є головним обмеженням сфери його існування, а інші правила, утворені практикою, характеризуються вужчими просторами функціонування – практика органів публічної влади, господарюючих суб'єктів, судова, адміністративна, ділова практики тощо.

Оскільки правовий звичай може формуватися і в цих напрямках, важливо знаходити межі, що відділяють його від подібних явищ (як от ознака загальності відрізняє правовий звичай від правил персональної ділової практики). Ідентифікація цих відмінностей відкриває шлях до розуміння суті певних явищ, а відтак і здатності визначати їхні юридичні результати. Попри подібність явищ, відмінності правової природи спричиняють те, що одні є джерелами права (наприклад, правовий прецедент), а інші такими не являються. Також набуття чи втрата окремих параметрів (ознак) можуть зумовити перетікання (трансформацію) одних явищ в інші з відповідними наслідками. Завдяки історичній першості правовий звичай має великий обсяг зв'язків із явищами, які творять суспільною практикою.

Як зазначено вище, наукова стаття обмежується співвідношеннями правового звичаю з правилами, утвореними практикою. Кореляція правового звичаю з іншими суспільними явищами повинна стати предметом наступних наукових досліджень.

7. Висновки

1. Практика органів держави може створювати правовий звичай або санкціонувати його, проте ці явища не є тотожними. Крім правового звичаю практика органів держави має здатність творити інші явища – правовий прецедент, домовленості владних суб'єктів, чиновницькі узвичаєння тощо. Правила, вироблені практикою органів держави, задля трансформації у норми звичаєвого права повинні набути ознаки загальності (деперсоніфікованості), а також інших основних ознак правового звичаю.

2. Правовий звичай і правовий прецедент становлять окремі та самостійні джерела (форми) права, між якими існує функціональний взаємозв'язок (проявляється зокрема через механізм санкціонування звичаю у правовому прецеденті). Обидва явища утворюються суспільною практикою, проте її характер та інтенсивність відрізняється щодо кожного з них. Правовому звичаю притаманна загальна суспільна практика, що полягає в кількаразовому повторенні певних дій чи утриманні від них широким колом суб'єктів. Натомість правовий прецедент формується спеціальною практикою компетентного органу влади в ході правозастосування, яка найчастіше виражається в конкретному судовому чи адміністративному рішенні.

3. Ділова практика здатна створювати шляхом усталеності два базові типи правил для контрагентів договору – правові звичаї та правила персональної ділової практики. Перші з них характеризуються загальністю і за юридичними наслідками прирівнюються до норм, що містяться в законодавстві. Натомість другі зобов'язують тільки конкретних контрагентів, а тому є рівносильними умовам договору, укладеному між ними. Використання терміну «звичаї» для окреслення правил, утворених персональною діловою практикою, не тільки суперечить його природі (завжди є загальним, характерним жителям держави, місцевості, представникам національної меншини та ін.), але й породжує термінологічний дисбаланс у зобов'язальному праві. Тому поняття правил персональної ділової практики та його розмежування з правовим звичаєм потребує не тільки теоретичного обґрунтування, але й нормативного закріплення.

Конфлікт інтересів

Автор декларує, що не має конфлікту інтересів стосовно даного дослідження, в тому числі фінансового, особистісного характеру, авторства чи іншого характеру, що міг би вплинути на дослідження та його результати, представлені в даній статті.

Фінансування

Дослідження проводилось без фінансової підтримки.

Доступність даних

Рукопис не має пов'язаних даних.

Подяка

Висловлюю вдячність колективу кафедри історії держави, права та політико-правових учень юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка та її завідувачу доктору юридичних наук, професору Бойку Ігорю Йосиповичу.

Література

1. Бедрій, М. М. (2018). Основні та додаткові ознаки правового звичаю у контексті пошуків його дефініції. *ScienceRise: Juridical Science*, 1 (3), 25–33. <https://doi.org/10.15587/2523-4153.2018.127214>
2. Магасинер, Я. М. (2006). *Избранные труды по общей теории права*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 352.
3. Шемшученко, Ю. С., Ющик, О. І. (2010). *Джерела конституційного права України*. Київ: Наукова думка, 712.
4. Сав'як, О. В. (2008). *Правовий звичай у системі джерел конституційного права України*. Київ, 219.
5. Studnicki, F. (1949). *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*. Prace komisji prawniczej. Nr. 4. Kraków: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego, 153.
6. Жеребцов, А. Н., Чабан, Е. А. (2013). *Административное обыкновение и его значение для правоприменительной практики*. *Общество и право*, 3 (45), 225–230.
7. Бедрій, М. М., Сирко, М. В.; Киселичник, В. П. (Ред.) (2018). *Теоретичні основи адміністративного права*. Львів: Сполом, 120.
8. Марченко, М. Н. (2007). *Проблемы общей теории государства и права*. Т. 2. *Право*. Москва: Проспект, 760.
9. Wróblewski, J. (1989). *Zasady tworzenia prawa*. Warszawa: PWN, 179.
10. Бедрій, М. (2020). *Правовий звичай і правовий прецедент: окремі аспекти співвідношення*. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні*. Ч. 1. Львів, 75–79.
11. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV (2003)*. Відомості Верховної Ради України, 40-44, Ст. 356.
12. Чубатий, М. (1947). *Огляд історії українського права*. *Історія джерел та державного права (Записки за викладами на Тайнім Українським університеті у Львові рр. 1920-1923)*. Ч. І. Мюнхен: УВУ, 88.
13. Preisner, A., Trzeński, J. (1997). *Zwyczaj i prawo zwyczajowe. Charakter i struktura norm Konstytucji*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 185–195.
14. Safjan, M.; Safjan, M. (Ed.) (2007). *Zwyczaj jako źródło prawa prywatnego. System prawa prywatnego. Vol. 1. Prawo cywilne część ogólna*. Warszawa: CH Beck, 215–236.
15. Кельзен, Г. (2004). *Чисте правознавство*. Київ: Юніверс, 496.
16. Добров, О. (1928). *Правоутворення без законодавця (нарис з теорії джерел права)*. Частина перша. *Звичаєве право*. Праці комісії для виучування звичаєвого права України. Київ: ВУАН, 2, 295–415.
17. Песуна, М. (2009). *Naruszenie zobowiązania w świetle harmonizacji prawa zobowiązań*. *Studium prawno-porównawcze*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 469.
18. Koźmiński, L. (1948). *Zwyczaj handlowy. Kupno-sprzedaż*. Warszawa: Trzaska, Evert i Michalski, 172.
19. Regelsberger, F. (1893). *Pandekten*. Leipzig, 717.

Received date 22.02.2023

Accepted date 31.07.2023

Published date 13.09.2023

Marian Bedrii, PhD, Associate Professor, Department of History of the State, Law and Politic-Legal Doctrines, Ivan Franko National University of Lviv, Universytetska str., 1, Lviv, Ukraine, 79005
E-mail: bedriimm@gmail.com