

*Бірюкова А. Г.,*

доцент кафедри цивільного права № 2  
Національного юридичного університету імені  
Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук,  
доцент

## **ОСОБЛИВІСТЬ ФОРМИ ЗВИЧАЮ ЯК ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА**

Знакове різноманіття джерел звичаєвого права, неможливість описання їх створення за допомогою однакових формальних ознак та правил, перешкоджає виділенню серед них якогось одного, особливого, привелегійованого джерела, заважає розташувати їх в порядку підпорядкованості (наприклад, спочатку повинні досліджуватись письмові джерела, потім усні). Відсутність ієрархічності заважає обмежити знаковий простір звичайного права, виділити найбільш важливу його частину, відокремити при цьому все інше. Тому ми завжди знаходимось у стані невизначеності, коли неможливо остаточно вирішити, достатньо чи ні зібраних доказів для узагальнення існуючої практики. Завжди залишається сумнів в повноті і достовірності отриманої інформації.

Недолік формальної визначеності істотно ускладнює процес виявлення звичаю. Крім цього, навіть безпосередньому учаснику правовідносин може бути важко виділити звичаєве правило поведінки із ряду інших, юридично неважливих. Тим паче, непросто отримати необхідні відомості для третіх, сторонніх осіб, які не приймають участь в взаємовідносинах, що описується звичаєм.

На перший погляд, найбільш простим способом вирішення цієї задачі є перетворення всього різноманіття форм вираження звичайної поведінки в один письмовий документ. Здатність к подібному перетворенню значно полегшило б накоплення, зберігання і передачу правової інформації.

Начебто, нічого не стоїть на шляху перетворення звичайної поведінки в письмову форму. Однак неможливо ототожнювати звичаї і

збірки, кодифікації звичаєвого права, оскільки, по-перше, будь-яке зібрання звичаїв з часом стає застарілим. По-друге, сумнів стосовно переважного положення кодифікації звичаїв серед інших джерел звичайного права складається в труднощах здійснення програм точного та об'єктивного відтворення норм, що вже склались на практиці. При першому зіткненні з правовою реальністю виявляється, що обмежитись лише її пасивним сприйняттям неможливо.

«Передача інформації може здійснювати, як мовним, так і немовним засобами: будь-яка дія, призначена для того, щоб бути сприйнятою іншою особою (передача речі, допомога в веденні господарства, прокладання доріжки через ділянку сусіда) передбачає вольове ставлення з боку реципієнта (особи, що сприймає повідомлення) та встановлення взаємної залежності відповідних прав учасників спілкування».

Необхідно мати на увазі, що в основі звичаю лежать саме такі утилітарні засоби позначення. Повторюючись, дії учасників цивільного обороту переплітаються в єдину картину, спільний нормативний зміст якого витікає не з кожного окремого знака – дії, знака – функції, а із всієї системи поведінки.

Необов'язковість письмової фіксації звичаєво-правової норми підкреслюється і в легальному визначенні звичаю ділового обороту, що надається в ст.7 ЦК України. «Звичай може бути зафіксований у відповідному документі». Викладене наводить на думку, що багато однорідних дій, які складаються потім в тексті звичаю, недоступні безпосередньому спостереженню. Вони існують тільки у вигляді документів. Таким чином, звичай застосовується в житті і фіксується в торговельних контрактах в виді статей. Суд потім кваліфікує ці статті і надає їм тлумачення, визначає їх зміст або сферу застосування. Неможливо уявити собі, наприклад, звичайну поведінку учасників електронних правочинів без письмової, машинозчитуваної форми. Очевидно, що будь-яка соціальна дія неможлива без зовнішнього, матеріального виразу, без письмової, знакової форми.

Мова йдеться про те, що в формуванні звичаїв використовується самі різноманітні системи позначень: від письмових до візуальних. Уява про звичай складається із багатьох актів не тільки фактичної поведінки, а

й усних, письмових правочинів, електронних документів, що в своїй сукупності створюють текст звичайного права, що є джерелом звичайного права в формально-юридичному сенсі.

Відносно цього джерела права не можна сказати, що існувала будь-яка визначена термінологія.

В результаті визначений поділ не завжди дотримується не тільки на практиці, а й в теорії, на що вже не раз зверталась увага. Таким чином зменшується поняття, коли звичайна норма визначається через ознаки звичайної поведінки, а остання, в свою чергу, наділяється властивостями норми.

Розглядаючи звичай, ми повинні чітко розрізняти два взаємопов'язаних і в той же час різних аспектів, що містить ця категорія. А саме: правила звичайної поведінки і саме цю поведінку. Дії учасників цивільних відносин виражають зміст звичаєво-правової норми, що і призводить до формування тексту звичаю. Тому правила поведінки належать до сфери визначеного, а поведінка слугує їх визначенню.

Під текстом права необхідно розуміти набір знаків, які доступні для розуміння і містять необхідну інформацію про право. Як правило, використовувати текст можна тільки, коли мова йде про письмовий документ, що передбачає вербальну, словесну систему позначень, наприклад, закон. Разом з тим, в праві існують інші, невербальні засоби позначення, що створюють в своїй сукупності досить своєрідний текст. Як відомо, будь-яка соціальна дія може виконувати знакову функцію. В цивільному праві своєрідним аналогом знаків можуть бути конклюдентні дії. Розглядаючи їх, ми частіше за всього маємо справу з актами, які існують в двох ракурсах. Пряме, утилітарне їх призначення, як правило, не має на меті будь-що визначати. Наприклад, оплата товару, що вказана в отриманій оферті переслідує досить зрозумілу мету отримати товар. Але разом з цим ця дія вказує на те, що акцептант згодний укласти договір. В цьому сенсі, функція такої поведінки – бути знаком зміни правової ситуації. Навіть бездіяльність (наприклад, мовчання) може стати демонстрацією наміру особи.