

ОСОБЛИВОСТІ ЗВИЧАЄВОЇ НОРМИ В ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Учення про джерела права базується на розмежуванні в ньому 2-х аспектів – внутрішнього й зовнішнього, які в різних варіантах можуть бути представлені у вигляді опозиції норми й факту, праву й правовідносинам. Разом із тим досягти послідовного розмежування норми і факту не завжди можливо.

Це питання цікавило багатьох учених-теоретиків, як-от: І.Б. Новицький, Г.Ф. Шершеневич, П.І. Лукін, І.С. Зикін, Л.Г. Свєтчинова та ін.

Його складність полягає в тому, що мова права внаслідок багатозначності не надає для вирішення цієї проблеми необхідних засобів. Запобігти термінологічних повторень заважає принцип економії, в силу якого для вираження різних понять використовується, як правило, одне й те ж саме слово. Так, термін «закон» може розглядатися як сукупність правових норм, так і як документ, у якому вони знаходять своє вираження й закріплення.

Те ж саме можемо сказати й про термін «звичай». Як підкрес-

лює І.С. Зикін, у цьому понятті знаходить відбиття подвійність у розумінні права. Справа в тому, що цим терміном визначаються 2 тісно пов'язаних, однак не співпадаючих між собою понять: по-перше, звичайна поведінка, по-друге, правило поведінки, що виникло на підґрунті звичаю [4, с.79].

Іноді для з'ясування питання, коли йдеться про правило, що виникає на основі однотипової подібної поведінки, говорять про звичаєве право. При цьому в роботах, що досліджують історичний чи етнографічний аспект звичаю, склалося розуміння звичаєвого права не як сукупності норм, а як самостійної системи права [1, с.71-78]. Якщо ж необхідно визначити зовнішню, формальну сторону звичаю, використовують поняття «звичаєва поведінка» або просто «звичай» [5, с.197]. Але найчастіше в обох випадках використовують термін «звичай», зміст якого можна трактувати, лише з урахуванням контексту, в якому він вживається. Що стосується цього джерела права, то

не можна сказати, що існувала будь-яка відповідна термінологія [5, с.196].

Отже, названий поділ не завжди дотримується не тільки на практиці, а й у теорії, на що вже неодноразово зверталась увага науковців. Таким чином, відомі випадки, коли звичаєва норма тлумачиться через ознаки звичаєвої поведінки, а ця, у свою чергу, наділяється властивостями норми.

Розглядаючи звичай, ми повинні чітко розрізнати 2 взаємопов'язаних і в той же час різних аспекти, з яких складається ця категорія, тобто правила звичаєвої поведінки і саме цю поведінку. Дії учасників цивільних відносин виражають зміст звичаєво-правової норми, що й призводить до формування тексту звичаю. Тому правила поведінки належать до сфери визначеного, а поведінка служить їм визначенню.

Під текстом права потрібно розуміти набір знаків, доступних для розуміння, що містять необхідну інформацію про право. В основному використовувати текст можна, тільки коли йдеться про письмовий документ, що передбачає вербальну (словесну) систему позначень, наприклад закон. У той же час у праві існують інші, невербальні засоби позначення, які у своїй сукупності створюють досить своєрідний текст. Відомо, що будь-яка соціальна

дія може виконувати знакову функцію. У цивільному праві своєрідним аналогом знаків можуть бути конклюдентні дії. Розглядаючи їх, ми найчастіше маємо справу з актами, які існують в 2-х ракурсах. Пряме, вузьке їх призначення, не має за мету будь-що визначати. Приміром, оплата товару, вказана в отриманій оферті, має на увазі досить зрозумілу мету – отримати товар. Але ця ж дія вказує й на те, що акцептант згоден укласти договір. У цьому розумінні функція такої поведінки – бути знаком зміни правової ситуації. Навіть бездіяльність (наприклад мовчання) може стати демонстрацією наміру особи.

З точки зору І.С. Зикіна, передача інформації може здійснюватись як мовним, так і немовним засобами: будь-яка дія, призначена, щоб бути сприйнятою іншою особою (передача речі, допомога у ведінні господарства, прокладання стежки через ділянку сусіда), передбачає вольове ставлення з боку реципієнта (особи яка сприймає повідомлення) і встановлення взаємної залежності відповідних прав учасників спілкування [4, с.121].

Варто враховувати, що в основі звичаю лежать саме такі утилітарні засоби позначення. Повторюючись, дії учасників цивільного обороту переплітаються в єдину картину, спільний нормативний зміст якої впливає не з

кожного окремого знака-дії, знака-функції, а усієї системи поведінки.

Необов'язковість письмової фіксації звичаєво-правової норми підкреслюється і в легальній дефініції звичаю ділового обороту, що наводиться в ст. 7 ЦК України: «Звичай може бути зафіксований у відповідному документі». Викладене наводить на думку, що багато однорідних дій, які складаються потім у текст звичаю, недоступні безпосередньому спостереженню. Вони існують тільки у вигляді документів. «Таким чином, звичай застосовується в житті й фіксується в торговельних контрактах у виді статей. Суд потім кваліфікує ці статті й надає їм тлумачення, визначає їх зміст або сферу застосування» [3, с. 12]. Неможливо уявити собі, наприклад, звичаєву поведінку учасників електронних правовчинів без письмової форми. Цілком очевидно, що будь-яка соціальна дія неможлива без зовнішнього, матеріального вираження, без письмової, знакової форми.

Ідеться про те, що у формуванні звичаїв використовуються найрізноманітніші системи позначень – від письмових до візуальних. Уява про звичай складається з багатьох актів не тільки фактичної поведінки, а й усних або письмових правовчинів, електронних документів, що в сукупності

створюють текст звичаєвого права, що і є його джерелом у формально-юридичному значенні.

Знакове різноманіття джерел звичаєвого права, неможливість описання їх створення за допомогою однакових формальних ознак і правил, перешкоджають вирізненню серед них якогось одного, особливого, привілейованого джерела, заважають розташувати їх у порядку підпорядкованості (наприклад, спочатку повинні досліджуватись письмові джерела, потім усні). Брак ієрархічності не дозволяє обмежити знаковий простір звичаєвого права, виділити найважливішу його частину, відокремивши при цьому все інше. Тому дослідник завжди знаходиться у стані невизначеності, коли складно остаточно вирішити, достатньо чи ні зібраних доказів для узагальнення існуючої практики, бо завжди залишається сумнів у повноті й достовірності отриманої інформації.

Недолік формальної визначеності суттєво ускладнює процес виявлення звичаю. Крім цього, навіть безпосередньому учасникові правовідносин важко виокремити звичаєве правило поведінки з низки інших, юридично неважливих. Тим паче непросто отримати потрібні відомості для третіх, сторонніх осіб, які не беруть участі у взаємовідносинах, що описуються звичаєм.

На перший погляд найбільш

простим способом вирішення цього завдання є перетворення цих різноманітних форм вираження звичаєвої поведінки на один письмовий документ. Здатність до цього значно полегшила б накопичення, зберігання й передачу правової інформації.

Начебто, нічого й не стоїть на шляху перетворення звичаєвої поведінки на письмову форму. Однак не можна ототожнювати звичаї і збірки кодифікацій звичаєвого права, оскільки, по-перше, будь-яке зібрання звичаїв з часом стає застарілим, а по-друге, сумнів стосовно переважного положення кодифікацій звичаїв серед інших джерел звичаєвого права полягає в труднощах виконання програм точного й об'єктивного відтворення норм, що вже склалися й існують у практиці.

При першому зіткненні з правовою реальністю виявляється, що обмежитись лише її пасивним сприйняттям неможливо.

Підводячи підсумок, зазначимо, що збірки однорідних правил, кодекси поведінки становлять досить відокремлену групу регуляторів майнових відносин, яка не може вміститись в рамки джерел звичаєвого права. Спроби підвести під конструкцію звичаю принципово новий зміст пояснюється тим, що між заходами недержавного регулювання і джерелами звичаєвого права існують тісний взаємозв'язок і постійний взаємовплив. Однак цього ще недостатньо для їх ототожнення, тому що й закон теж може безпосередньо впливати на звичай, як і навпаки.

Список літератури: 1. Валеев Д.Ж. Обычное право и начальне этапы его генезиса // Правоведение – 1974. – №6. – С.71-78. 2. Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов. – М.: Норма, 1996. – 685 с. 3. Жамен С., Лакур Л. Торговое право: Учеб.пособ. – М.: Междунар. отношения, 1993. – 251 с. 4. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. – М.: Междунар. отношения, 1983. – 159 с. 5. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. – М.: Изд. братьев Башмаковых, 1912. – 698 с.

Надійшла до редакції 30.10.2008 р.