



УДК 347:340.141  
ББК 67.404-38

## ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ ОБЫЧАЯ НЕ ПОЗВОЛЯЕТ СЧИТАТЬ ЕГО ИСТОЧНИКОМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА РОССИИ (К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ)

*Я.В. Трофимов, С.Ю. Краснов*

В настоящей статье ставится научная проблема определения обычая как источника гражданского права. Авторы поднимают для научной дискуссии вопросы, связанные с определением природы, признаков и содержания обычаев, необходимостью проведения не только классификации, но и систематизации обычаев и обычаев делового оборота, внесением существенных изменений и дополнений в действующее гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство, а также в ряд специальных федеральных законов, в которых упоминаются обычаи делового оборота, обычаи и традиции.

**Ключевые слова:** *обычное право, обычай, обычай делового оборота, гражданское процессуальное законодательство, арбитражное процессуальное законодательство, источник гражданского права.*

Разработчики проекта Концепции совершенствования общих положений ГК РФ обращают внимание на следующие, с их точки зрения, ключевые проблемы применения обычаев делового оборота, возникающие в правоприменительной и судебной практике РФ.

В ст. 5 ГК РФ в качестве источника гражданского права назван обычай делового оборота – сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе, призванное, прежде всего, компенсировать возможные лакуны и прочие недостатки нормативного регулирования.

Между тем на практике подобные правила поведения широко применяются и за рамками предпринимательской сферы, например, в отношениях, связанных с определением гражданами порядка пользования общим имуществом. Ссылки на обычай как на источник

гражданского права (наряду с обычаем делового оборота или торговым обычаем) содержатся в международных актах, в том числе в заключенных Российской Федерацией международных договорах. Ссылки на обычай включены в гражданские кодексы ряда государств.

Анализ нормативных источников и практики позволяет сделать вывод о том, что обычай делового оборота, каким он описан в ст. 5 ГК РФ, является разновидностью обычая как источника гражданского права. Упоминание в ст. 5 ГК РФ в качестве источника гражданского права только обычая делового оборота должно толковаться как квалифицированное молчание законодателя. В соответствии с правилами толкования это означает, что иные обычаи не являются источниками гражданского права.

Но участниками отношений, которые в силу прямого указания ГК РФ могут регулироваться обычаями делового оборота, чаще всего являются любые субъекты, а не только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (ст. 309, 311, 312, 314, 406 и т. д. ГК РФ). Например, кредитор считается просрочившим, если он «...не совершил действий, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором либо вы-

текающих из обычаев делового оборота» (ст. 406 ГК РФ). Формально это правило применимо только к кредитору, осуществляющему предпринимательскую деятельность, но не к кредитору-гражданину. Налицо пробел в правовом регулировании.

При этом разработчики проекта Концепции предлагают свои варианты совершенствования гражданского законодательства, которые должны будут устранить имеющиеся недостатки действующего законодательства.

Положения ст. 5 ГК РФ нуждаются в изменении в части устранения существующего ограничения сферы применения обычая как сложившегося и широко распространенного в гражданском обороте правила поведения только предпринимательскими отношениями. В ст. 5 ГК РФ в качестве источника гражданского права должны быть названы обычай и его разновидность – обычай делового оборота.

Соответственно, необходимо скорректировать ссылки на обычай делового оборота в тексте Кодекса.

Необходимо решить вопрос о месте обычая в иерархии источников гражданского права. Возможны два варианта:

1) Сохранить приоритет диспозитивной нормы перед обычаем, что соответствует подходу, принятому в подавляющем большинстве кодексов стран бывшего СССР.

2) Закрепить приоритет обычая перед диспозитивной нормой права, что будет соответствовать значению, которое придано ему в международных договорах (в частности, в ст. 9 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и др.), в зарубежном законодательстве и общепризнанной международной практике. В современных условиях такой подход послужит стабильности оборота. Поскольку международная практика касается только торговых обычаев (по ГК РФ – обычай делового оборота), необходимо специально обсудить вопрос о том, можно ли распространить описанный подход на иные обычаи.

В зависимости от решения по вопросу о приоритете обычая перед диспозитивной нормой изменить формулировку п. 2 ст. 5 и привести в соответствие с ней ст. 6, возможно, ст. 7, ст. 421 и др. ГК РФ.

В утвержденной Концепции развития гражданского законодательства в Российской

Федерации нашло закрепление большинство из указанных выше положений проекта.

На наш взгляд, предлагаемые разработчиками указанных выше проекта Концепции и Концепции незначительные изменения действующего гражданского законодательства в названной части не только не соответствуют складывающейся судебно-арбитражной практике и современным научным теоретическим разработкам теории правового обычая и обычного права, не только не решат ни одной проблемы, возникающей при применении обычаев делового оборота в арбитражных судах РФ, но и неизбежно приведут к возникновению новых, еще более сложных проблем. Введение в ч. 1 ГК РФ понятия «обычай» и сохранение понятия «обычай делового оборота» как его разновидности неизбежно поставят перед судебной и судебно-арбитражной практикой следующие, на наш взгляд, практически неразрешимые вопросы.

Это прежде всего вопросы, связанные с определением природы, признаков и содержания каждого из них, необходимостью проведения не только классификации, но и систематизации обычаев и обычаев делового оборота, внесением существенных изменений и дополнений в действующее гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство, а также в ряд специальных федеральных законов, в которых упоминаются обычаи делового оборота, обычаи и традиции.

Возможно, именно по этой причине в подготовленном проекте ФЗ «О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» разработчики отказались от ряда указанных выше концептуальных положений и решили, по их мнению, пойти по более легкому пути. Можно предположить, что сами разработчики посчитали эти концептуальные положения слишком революционными и преждевременными, поскольку это привело бы фактически к легализации обычного права в РФ, с неизбежным укреплением позиций последнего и конкуренцией с положениями официального законодательства. Чем бы ни руководствовались разработчики, но в результате их многотрудной деятельности ст. 5 ГК РФ прак-

тически осталась в прежней редакции, за исключением того, что из текста статьи убрали указание на обычаи делового оборота как на особую разновидность обычаев, действующих в какой-либо области предпринимательской деятельности.

Разработчики проекта ФЗ предлагают следующее определение обычая, которое они считают оптимальным и которое будет способствовать усилению регулирующей роли обычая не только в коммерческой, но и в некоммерческой сферах деятельности. По крайней мере, это прямо декларируется разработчиками Концепции развития гражданского законодательства. В новой редакции ст. 5 ГК РФ «обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе».

Если разработчики указанного проекта Федерального закона считают первоначальную, действующую в настоящее время редакцию ст. 5 ГК РФ настолько совершенной и поэтому не нуждающейся ни в каком изменении и дополнении, то они не просто заблуждаются, а способствуют формированию неправильных, искаженных представлений об обычаях как источниках гражданского права России, подтверждением чему может служить складывающаяся в настоящее время правоприменительная и судебно-арбитражная практика.

По нашему мнению, в ст. 5 ГК РФ законодатель сформулировал понятие «обычай делового оборота» через перечисление таких, якобы присущих указанным обычаям, признаков, которые не только не позволяют правильно определить их природу и сущность, но и вообще не могут выступать в качестве признаков обычаев, а представляют собой объединение ряда разнонаправленных, логически взаимоисключающих и противоречащих друг другу положений.

Во-первых, в ст. 5 ГК РФ обычай делового оборота отождествляется с самим правилом поведения (нормой); во-вторых, в ней же перечисляются требования, которые законодатель предъявляет неизвестно к кому и суть которых заключается в том, чтобы этот

неизвестно кто доказал не только существование указанных норм в какой-либо области предпринимательской деятельности, но и их реальное применение, то есть правореализацию; в третьих, законодатель указывает те требования, которые неизвестно кто должен соблюсти, чтобы само это применение считалось легитимным, иначе это правило поведения не будет признано государством, правда в лице неизвестно каких его представителей, в качестве правового обычая (правовой нормы). Как видим, круг замыкается, и само правило поведения (норма), должно рассматриваться уже в качестве неправового обычая, не имеющего обязательной силы. Однако в связи с этим может возникнуть вполне закономерный вопрос: а имело ли до этого указанное правило поведения правовой характер, а если оно имело такой характер, то для кого?

У нас есть достаточно веские основания для такого предположения.

Попробуем выделить признаки обычая, которые законодатель указывает в планируемой к принятию «новой» редакции ст. 5 ГК РФ в качестве квалифицирующих, и подвергнуть их краткому критическому анализу.

Прежде всего, законодатель говорит об обычае как о некоем правиле поведения (норме), но прямо не указывает, является ли это правило поведения нормой права или норма носит неправовой характер. Если бы законодатель считал правило поведения нормой права, то в ст. 5 ГК РФ давалось бы определение не обычая, а именно правового обычая. С другой стороны, если это правило поведения (норма) носит неправовой, необязательный характер, то тогда непонятно, зачем в п. 2 данной статьи законодатель требует, чтобы конкретный обычай не противоречил нормам законодательства или условиям договора, то есть перечисляет те требования, при соблюдении которых само применение указанного правила поведения будет считаться со стороны государства легитимным и правомерным. Получается, что в противном случае применение данного правила поведения будет считаться незаконным и неправомерным.

Далее данное правило поведения (норма) должно(на) неизвестно кем (то есть безадресно) признаваться в качестве непонятно какой нормы (правовой или неправовой).

Об отсутствии адресата, признающего то или иное поведения в качестве именно правовой нормы, свидетельствует и указание законодателя на то, что обычай сам по себе складывается и широко применяется в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности.

Таким образом, данное правило поведения (норма) признается неизвестно кем источником гражданского права России только в том случае, если в результате решения спора в суде неизвестно кто докажет, что данная норма существует, то есть сложилась и широко применяется в какой-либо области предпринимательской и иной деятельности.

В связи с этим у нас возникают следующие вопросы к законодателю:

1) Если под правилом поведения подразумевается правовая норма, то почему истцу или ответчику в суде необходимо доказывать ее существование в какой-либо области предпринимательской и иной деятельности?

2) Если под признанием понимать исключительно уже состоявшееся санкционирование государством в лице судебных и других уполномоченных на то органов того или иного правила поведения в качестве нормы права, то должны ли субъекты гражданского права, которые захотят применять их в своей деятельности, доказывать в дальнейшем их существование (то есть что они сложились и широко применяются)?

3) Что следует понимать под признанием правила поведения (нормы) сложившейся? Можно предположить, что под признанием правила поведения (нормы) сложившейся следовало бы понимать только наличие у данной нормы всех трех элементов правовой нормы, то есть гипотезы, диспозиции и санкции.

На наш взгляд, совместное постановление пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» применительно к ст. 5 ГК РФ не только не вносит ясность в законодательное определение обычая, а только усиливает наши сомнения в возможности отнесения обычая к источникам гражданского права России.

В данном постановлении указывается, что под обычаем делового оборота, который в силу ст. 5 Гражданского кодекса может быть применен судом при разрешении спора, вытекающего из предпринимательской деятельности, следует понимать не предусмотренное законодательством или договором, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, например, традиции исполнения тех или иных обязательств и т. п. Обычай делового оборота может быть применен независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т. п.).

Если указанное правило поведения признается законодателем нормой права, то тогда почему для доказательства самого существования правила поведения (нормы) требуется в обязательном порядке воспроизвести содержание данного правила поведения (нормы), и если суд не признает это содержание достаточно определенным, то оно не должно применяться?

Еще более абсурдным выглядит требование о доказывании субъектами гражданского права широты применения данного правила поведения.

Это требование законодателя и судебной практики не только невозможно выполнить, но оно просто не имеет никакого смысла, поскольку нельзя наличие или отсутствие нормы права обуславливать широтой ее применения.

В то же время отсутствие в законодательном определении обычая указания конкретных субъектов можно истолковать и как распространение действия данного правила (нормы), уже признанного государством в качестве нормы права, на неопределенный круг лиц. То же самое можно сказать и о действии таких правил поведения (норм) в пространстве и во времени. Но тогда отпадает сама необходимость доказывания в суде широты применения данного правила поведения (нормы).

Этим можно объяснить причины, по которым законодатель в определении обычая не сделал акцент на социальную общность как субъекта, осуществляющего сознательное

волевое построение и формулирование того или иного правила поведения (нормы) в качестве обязательной для себя нормы, а также в других нормах ГК РФ наряду с обычаем указал и иные обычно действующие правила и предъявляемые требования.

Решение вопроса о том, что тот или иной обычай сложился как норма права, отдано законодателем на дискретное усмотрение суда. Обычно предъявляемые правила и требования являются в таком случае еще не в полной мере сложившимися обычаями, которые еще не признаны обязательными к применению.

Такое толкование нами законодательно-го определения обычая следует сравнить с официальным толкованием обычая, данным в уже упомянутом ранее совместном Постановлении пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г., согласно которому под обычаем делового оборота, который в силу ст. 5 ГК РФ может быть применен судом при разрешении спора, вытекающего из предпринимательской деятельности, следует понимать не предусмотренное законодателем или договором... широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, например, традиции исполнения тех или иных обязательств и т. п.

На наш взгляд, сформулированная Верховным Судом Российской Федерации и Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации правовая позиция является логически противоречивой и не позволяет точно определить, считает ли судебная практика обычай нормативным правовым источником гражданского права России или относит его к ненормативным источникам гражданского права.

Если в приведенной выше правовой позиции говорится о том, что данное правило поведения не должно быть предусмотрено гражданско-правовым договором, то каким же образом могут сложиться и широко применяться традиции исполнения обязательств?

Может быть, речь идет о внедоговорных обязательствах различных видов, но тогда непонятно, зачем сделан акцент именно на предпринимательскую деятельность, поскольку указанные обязательства не определяют сущность предпринимательской деятельнос-

ти. Тем более что традиции исполнения обязательств предполагают совершение перед этим осознанных, волевых действий (сделок), направленных на достижение конкретного правового результата, то есть осознанный, волевой характер правотворчества. Или же речь идет только о сделках, заключенных в устной, неписанной форме?

Причем последнее наше предположение не согласуется с позицией законодателя, что данное правило поведения признается обычаем, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. В гражданском праве под документом понимается прежде всего договор, следовательно, согласно позиции законодателя, обычай не должен трансформироваться в условия договора, независимо от того, будет ли его содержание текстуально воспроизведено в гражданском договоре. Нетрудно заметить, что при толковании ст. 5 ГК РФ в указанном выше совместном Постановлении пленумов ВС РФ и ВАС РФ высшие судебные инстанции формулируют собственное определение обычая делового оборота. В частности, в этом постановлении указывается, что данное правило поведения не должно быть предусмотрено договором (в ст. 5 ГК РФ говорится только о законодательстве). Вместо термина «признание» уже употребляются термины «понимание» и «возможность применения судом» данного правила поведения.

Одновременно с этим в указанном постановлении обращается внимание на то, что обычай делового оборота может быть применен, но уже не судом (то есть опять неизвестно кем), независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т. п.).

Получается, что если все условия гражданско-правового договора будут представлять собой текстуальное воспроизведение обычаев, то неизвестно, кто может применять их независимо от того, были ли они опубликованы в каком-либо сборнике (своде) обычаев, то они не перестанут быть обычаями, а вот если дело будет рассматриваться в суде, то все обычаи сразу трансформируются в обычные условия

договора, поскольку данные правила поведения предусмотрены договором.

Внутренне противоречиво и непоследовательно решается и вопрос о значении судебного санкционирования данных правил поведения. С одной стороны, суд может применить, а может и не применить то или иное правило поведения как обычай. С другой стороны, обычай по-прежнему будет применяться при регулировании предпринимательской и иной деятельности, независимо от того, будет ли данное правило поведения применимо как обычай, а не как условие(я) договора.

Различное толкование возможно и при определении такого признака обычаев, как область предпринимательской и иной деятельности, которое, по мнению разработчиков проекта Федерального закона РФ «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодатель-

ные акты Российской Федерации», должно будет способствовать формированию и применению обычаев в различных видах коммерческой и некоммерческой деятельности.

Подводя итог всему вышесказанному, мы можем сделать вывод, что законодательное определение обычая не позволяет считать его источником гражданского права. По своей сути оно, на наш взгляд, является оценочным понятием, объединяющим, в свою очередь, ряд разнонаправленных оценочных понятий, которые противоречат, взаимоисключают друг друга.

Проведенный нами анализ дает нам возможность предположить, что законодатель, оставляя данное понятие обычая практически в первоначальной редакции ст. 5 ГК РФ, стремится не допустить конкуренции обычая с нормами официального законодательства и обычай по-прежнему будет действовать и развиваться самостоятельно.

## LEGISLATIVE DETERMINATION OF THE CUSTOM DOES NOT ALLOW TO CONSIDER IT TO BE THE SOURCE OF THE CIVIL LAW IN RUSSIA (STATING THE ISSUE)

*Ya. V. Trofimov, S. Yu. Krasnov*

The article deals with the research issue of the determination of the custom as the source of the civil law. The authors raise for scientific debate questions, connected with determination of the nature, characteristic features and contents of customs, the necessity of implementing not only classification, but also systematization of customs and custom of a business intercourse, contributing the essential change and additions in the current civil procedure and arbitration procedure legislation, as well as in the spectrum of the special federal laws, which mention customs of a business intercourse, customs and traditions.

**Key words:** *customary law, custom, custom of a business intercourse, civil procedure legislation, arbitration procedure legislation, source of civil law.*