



ББК 67.99(2Рос)404-38  
УДК 340.141(470+571)

## ПРИМЕНЕНИЕ ОБЫЧАЕВ ДЕЛОВОГО ОБОРОТА: СООТНОШЕНИЕ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

**Трофимов Ярослав Валерьевич**

Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой  
гражданского и арбитражного процесса Волгоградского государственного университета  
trofimov@volsu.ru  
просп. Университетский, 100, 400062 г. Волгоград, Российская Федерация

**Аннотация.** Целью статьи является обозначение проблемы применения обычаев делового оборота в практике судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации. Осуществлен анализ ряда публикаций различных авторов, размещенных в специализированных научно-практических периодических изданиях с задачей установления причин противоречия судебной практики по применению обычаев делового оборота, действующему гражданскому и гражданско-процессуальному законодательству. На основе анализа делается вывод о том, что существующая судебная практика по применению обычаев делового оборота противоречит действующему гражданскому и гражданско-процессуальному законодательству. Причина противоречия заключается в том, что гражданское и гражданско-процессуальное законодательство создавалось и создается законодателем только для применения норм официального законодательства, что полностью исключает действие обычая.

**Ключевые слова:** обычаи делового оборота, судебная практика, гражданское право, гражданский процесс, периодические издания.

© Трофимов Я.В., 2014

Вопросы правильности применения обычаев делового оборота в судебной практике Российской Федерации в настоящее время не являются актуальными как для Верховного Суда Российской Федерации, так и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, что, по нашему мнению, не соответствует той критической ситуации, которая сложилась и продолжает бурно развиваться в современной судебной практике. Такое положение вещей не может не вызывать недоумения, поскольку на сегодняшний день не существует ни одного обзора судебной практики в части применения обычаев делового оборота, который бы четко выражал правовые позиции указанных высших судебных инстанций. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6,

Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» [3] также не содержит никаких четких указаний относительно применения обычаев делового оборота, а является только воспроизведением понятия обычая делового оборота и его признаков. На сегодняшний день ни в одном из постановлений Пленума как Верховного Суда РФ, так и Высшего Арбитражного суда РФ не сформулировано ни одной правовой позиции по вопросам применения гражданско-процессуального законодательства, касающимся правильного и единообразного применения обычаев делового оборота при рассмотрении и разрешении гражданских дел, что не

может не вызывать удивление при наличии бурно развивающейся судебной практики применения данных обычаев в арбитражных судах субъектов РФ и федеральных арбитражных судах округов. Полагаем, что именно по этой причине ни один процессуальный вопрос, который должен бы возникнуть у судей в случаях конкретного применения обычаев делового оборота при разрешении гражданско-правовых споров, не нашел своего отражения при вынесении судебных решений. Вопрос же о том, что является главной причиной подобного молчания высших судебных инстанций и кому это выгодно, в настоящее время остается открытым.

Складывающаяся судебная практика по применению обычаев делового оборота, на наш взгляд, не только полностью противоречит действующему гражданскому и гражданскому процессуальному законодательству, но и придает ей видимый характер соблюдения законности и правопорядка, а на самом деле является «узаконенным» злоупотреблением субъективными правами.

В данной статье мы попытаемся взглянуть на эту серьезнейшую проблему под новым углом зрения, для того чтобы законодатель и правоприменитель наконец-то обратили внимание на данную проблему, поскольку она в дальнейшем может привести к тому, что практически вся судебная практика будет фактически находиться в «теневом секторе». О том, что в данном случае мы имеем дело с реальной опасностью, свидетельствует и появившийся в последнее время в ряде профессиональных юридических изданий «анализ» складывающейся судебной практики по применению обычаев делового оборота при разрешении гражданско-правовых, налоговых и административных споров. При этом позиция авторов статей, опубликованных в этих изданиях, полностью разделяется редакцией без оговорки на то, что позиция авторов не всегда соответствует позиции редакции. Как раз это и послужило причиной написания данной статьи, поскольку речь идет уже не о различных научных доктринальных взглядах и подходах отдельных авторов, а представляет собой практические рекомендации, как поступать той или иной стороне спора в случаях отсутствия каких-либо возможностей доказать свою «пра-

воту» при разрешении конкретных споров. Чтобы не быть голословным, дословно приведем позицию редакции одного из таких изданий, изложенную в аннотации к статье.

«Каждый спор – это не только столкновение разных правовых позиций, но и вполне конкретные последствия для истца и ответчика, выраженные в той или иной денежной сумме. Если вы не можете подтвердить свою позицию ссылкой на нормативные акты, это не значит, что вам нечего сказать в суде. Доводы истца и ответчика могут быть основаны не только на законе, но и на обычаях делового оборота. Судья Арбитражного суда Свердловской области приводит примеры таких аргументов, заявленных в гражданско-правовых, налоговых и административных спорах» [4, с. 9; 5, с. 50–53].

В другом специализированном юридическом издании, рассчитанном на практическое применение действующего законодательства России, опубликована еще одна статья под громким заголовком «Энциклопедия обычаев», в которой автор утверждает, что ему удалось собрать полный сборник обычаев делового оборота России. При этом редакция данного издания соглашается с утверждением автора, поскольку отсутствует оговорка о том, что мнение, выраженное автором статьи, не всегда совпадает с мнением редакции.

«Представляем вашему вниманию полный сборник обычаев делового оборота РФ. Впрочем, с учетом изменений в ГК РФ теперь это просто обычаи. Зная обычаи, можно, например, доказать, что подпись прораба на КС-2 по договору подряда – подпись надлежащего лица, или на стадии заключения договора обезопасить себя от обычая, который может навредить, либо исключить неудобный обычай с помощью договора» [1].

Сразу бросается в глаза, во-первых, наличие неюридической терминологии при классификации обычаев, определении их содержания и т. п., которые содержатся в тексте статьи и с которыми соглашается редакция указанного издания. В частности, речь идет об обычаях, которые могут навредить, негодных обычаях, обычаях для всех, корпоративных обычаях, договорных обычаях, практически полезных обычаях, обычаях, позволяющих применять неприменяемое и т. д.

Во-вторых, сделанные автором в статье ссылки на определения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации как доказательства существования сложившихся обычаев не соответствуют действительности, поскольку в них идет речь в основном об отказе в принятии к рассмотрению Президиумом ВАС РФ надзорных жалоб по конкретным делам. Например, в п. 3 «Возмездное оказание услуг» автор приводит следующий обычай.

«При определении объема оказанных услуг можно использовать таблицы учета рабочего времени одной из сторон, особенно если иначе нельзя и другой порядок не определен договором (Определение ВАС РФ от 19.06.2008 № 7582/08 по делу № А70-5641/12-2007)» [2]. На самом деле в указанном определении нет даже намека на применение обычая делового оборота, а позиция суда подкреплена ссылками исключительно на действующее гражданское законодательство. Ссылка на обычай по данному делу была сделана в постановлении Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 22.05.2008 № Ф-042779/2008 (5150-А70-30), вынесение которого и послужило причиной подачи надзорной жалобы в высшую судебную инстанцию.

В качестве примера существования сложившегося обычая автор опять делает ссылку на определение ВАС РФ от 19.04.2012 № ВАС-2092/12 по делу № А40-50164/07-59-416. Данным определением надзорная жалоба была лишь принята к производству Президиумом ВАС РФ для рассмотрения по существу жалобы, то есть рассмотрение данного дела имело свое продолжение, о котором автор статьи почему-то умалчивает. Однако, на наш взгляд, причина молчания автора носит вполне очевидный характер, поскольку в Постановлении Президиума ВАС РФ от 26.06.2012 № 2092/12 по данному делу вообще нет никакого упоминания о применении обычая делового оборота, а при рассмотрении жалобы судом применялось только действующее гражданское и гражданское процессуальное законодательство.

При этом редакция газеты снабдила публикацию статьи указанного автора следующим анонсом:

«В прошлом номере нашей газеты мы рассказали про общие для всех обычаи, позволяющие применять неприменяемое. Сегодня мы расскажем о корпоративных обычаях, об обычаях по отдельным видам договоров и о так называемой “интеллектуалке”» [2].

Научные изыскания, результаты которых публикуются в периодической специализированной юридической печати, в основном касаются одних и тех же вопросов, связанных с определением правовой природы и признаков обычаев делового оборота, отграничением обычаев делового оборота от деловых обыкновений, проблем выявления содержания данных обычаев, условий применения обычаев делового оборота и т. п. Указанные вопросы поднимались еще учеными-цивиристами во второй половине XIX в., и напрашивается общий вывод о том, что ничего нового на сегодняшний день теоретическая наука как гражданского права, так и гражданского процесса судебной практике предложить не может. К сожалению, никто из авторов, занимающихся данной проблематикой, даже не предпринимает попыток проанализировать имеющуюся современную судебную практику по применению обычаев делового оборота на предмет ее соответствия гражданскому и гражданскому процессуальному законодательству.

Попытаемся доказать, что движение в этом направлении на сегодняшний день является не просто актуальным, но и злободневным, если мы не хотим, чтобы Россию захлестнула незаконная практика по якобы «применению», якобы «обычаев» делового оборота (а в обновленной и действующей терминологии ГК России – обычаев).

В обоснование своей позиции мы можем привести следующие аргументы.

Во-первых, понятие «обычай», закрепленное в ст. 5 ГК России, по нашему мнению, не требует, чтобы указанные в ней признаки, позволяющие установить наличие действующего в предпринимательской или иной сфере обычая, служили предметом доказывания как фактические обстоятельства, поскольку обычай признается государством источником гражданского права. Традиция доказывать каждый из признаков правового обычая была предложена К.И. Малышевым еще в середине XIX в., когда только начиналось собрание

и исследование правовых обычаев разных народов, населяющих Российскую империю, в целях их практического применения в тех случаях, когда официальное законодательство было либо неприемлемым, либо его применение у данных народов не считалось обязательным. По этой причине для ряда территорий Российской империи принимались положения, которые давали населению выбор либо рассматривать и разрешать споры в судах по нормам официального законодательства, либо разрешать эти споры по обычаям, принятым в быту (крестьяне, казаки, коренные и малочисленные народы Севера, Сибири и Дальнего Востока и др.). В частности, правительство Российской империи неоднократно принимало положения, в которых прямо было санкционировано самостоятельное отправление правосудия станичными судами (Положение об общественном управлении в казачьих войсках от 13 мая 1870 г., Положение об общественном управлении станиц казачьих войск от 3 июня 1891 г.).

С тех пор наука далеко не продвинулась, и в современных научных теоретических публикациях, и в профессиональных комментариях к действующему Гражданскому кодексу РФ воспроизводятся те же самые аргументы, которые обязывают ту или иную сторону доказать наличие указанных в ст. 5 ГК РФ признаков, характеризующих правило поведения, признаваемое обычаем: а) сложившегося, то есть устойчивого и достаточно определенного в своем содержании; б) широко применяемого; в) не предусмотренного законодательством; г) в какой-либо предпринимательской или иной деятельности; д) независимость от фиксации в каком-либо документе.

Считаем, что законодатель в ГК РФ нигде не предусматривает обязанность доказывания указанных признаков обычая для его практического применения. Не предусмотрено обязанности доказывать вышеперечисленные признаки также Гражданским процессуальным кодексом РФ и Арбитражным процессуальным кодексом РФ именно по той причине, что обычаи признаются источниками гражданского права. Для доказательства своей позиции можно привести признаки предпринимательской деятельности, перечисленные в ст. 2 ГК РФ. В отличие от признаков обычая они требуют доказательств именно по той же

причине, что они не являются источниками права. Современная судебная практика арбитражных судов субъектов РФ и федеральных арбитражных судов округов сразу признает то или иное правило поведения как в частной, так и в публично-правовой сферах сразу сложившимся обычаем без каких-либо процедур по доказыванию наличия всех указанных признаков в совокупности, так как без этого они, по мнению специалистов, не могут признаваться обычаями делового оборота.

Если опираться на позицию сторонников доказывания всех вышеперечисленных признаков в судах как общей юрисдикции, так и в арбитражных судах, то тогда мы должны проанализировать Гражданский процессуальный кодекс РФ и Арбитражный процессуальный кодекс РФ на предмет определения, какой должна быть процедура доказывания и к какому виду доказательств следует отнести обычаи делового оборота, если среди видов доказательств, которые могут применяться в судах, они не перечислены и ни к одному из этих видов их отнести нельзя. Таким образом, можно сделать вполне обоснованный вывод об отсутствии механизма доказывания обычаев в процессуальных кодексах России.

Во-вторых, суды, вынося решения, должны руководствоваться актами, обладающими наивысшей юридической силой (ст. 11 ГПК РФ, ст. 13 АПК РФ). При этом тексты статей содержат ссылку, прямо обязывающую судей применять обычаи делового оборота перед аналогией закона и аналогией права. Если не считать обычаи делового оборота нормативными источниками права, а относить их к доказательствам, необходимым для восполнения пробелов официального законодательства, то современная судебная практика явным образом демонстрирует нам применение обычая делового оборота по аналогии закона, а не вместо него, как это в форме альтернативы было предусмотрено в Российской империи.

Аналогии обычая никогда не существовало и существовать не может, хотя такой вывод можно сделать из действующего гражданского и гражданского процессуального законодательства. То есть если опубликованные в специальной литературе подборки судебной и судебно-арбитражной практики, о которых мы говорили выше, признать законной и обоснован-

ной практикой, которая приветствуется и которой не создаются никакие препятствия, то можно сделать вывод и о появлении в нашей судебной системе прецедентной практики.

В связи с этим сразу возникает следующая проблема. Если признать, что каждым таким решением санкционируется применение обычая делового оборота, то возникает вопрос о том, какое значение будет иметь определение судьбы возникшего спора при будущем рассмотрении и разрешении подобных гражданско-правовых споров. Судя по сложившейся и складывающейся судебной практике, установление наличия самого обычая и признание его сложившимся, без процедуры его доказывания, распределения бремени доказывания и точного перечисления относимых и допустимых доказательств при этом позволяет нам предположить, что обычай делового оборота следует отнести к одному из видов фактов, не требующих доказывания. Доктрине гражданского процесса известны следующие виды фактов, освобождающих сторону от необходимости доказывания: общеизвестные и преюдициальные факты. Можно ли отнести обычаи делового оборота к общеизвестным фактам? На наш взгляд, нет, поскольку к категории общеизвестных фактов, как правило, относят события, но никак к ним нельзя отнести обычай как источник права, так как в противном случае мы не сможем признать его источником права.

К преюдициальным фактам обычаи делового оборота также не относятся, так как преюдициальное значение имеют решения, в которых устанавливаются обстоятельства по спору между конкретными сторонами, которые не могут быть применены при разрешении других споров с другим субъектным составом.

Подводя итог всему вышесказанному, мы можем сделать один, на наш взгляд, достаточно обоснованный вывод о том, почему современная судебная практика по применению обычаев делового оборота в России полностью противоречит нормам гражданского и гражданского процессуального законодательства России. Он заключается в том, что гражданское и гражданское процессуальное законодательство создавалось и создается законодателем только для применения норм официального законодательства, что полностью исключает дей-

ствие обычая. Имеющаяся судебная практика «применения» обычая является незаконной, необоснованной и несправедливой, а представляет собой фактическую легализацию злоупотребления правом судебными органами с реальными признаками коррупционности.

#### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Оробинский, В. Энциклопедия обычаев / В. Оробинский // Юрист : [электрон. журн.]. – 2013. – № 41. – С. 8.
2. Оробинский, В. Энциклопедия обычаев / В. Оробинский // Юрист : [электрон. журн.]. – 2013. – № 42. – С. 11.
3. Постановление Пленума ВС РФ № 6, Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1996. – № 9; 1997. – № 5.
4. Свобода договора – миф или реальность? // Арбитражная практика. – 2011. – № 6. – С. 9.
5. Шулепова, Т. В. Применение ст. 5 «Обычаи делового оборота» ГК РФ в практике арбитражных судов / Т. В. Шулепова // Арбитражная практика. – 2011. – № 6. – С. 50–53.

#### REFERENCES

1. Orobinskiy V. Entsiklopediya obychev [Encyclopedia of Customs]. *Yurist. Elektronnyy zhurnal*, 2013, no. 41, p. 8.
2. Orobinskiy V. Entsiklopediya obychev [Encyclopedia of Customs]. *Yurist. Elektronnyy zhurnal*, 2013, no. 42, p. 11.
3. Postanovlenie Plenuma VS RF № 6, Plenuma VAS RF 1.06.1996 № 8 “O nekotorykh voprosakh, svyazannykh s primeneniem chaste pervoy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii” [The Decree of Plenum of the Supreme Court no. 6, Plenum of the Supreme Arbitration Court of June 1, 1996 no. 8 “On Some Issues, Connected with the Application of Part 1 of the Civil Code of the Russian Federation]. *Byulleten Verkhovnogo Suda RF*, 1996, no. 9; 1997, no. 5.
4. Svoboda dogovora – mif ili realnost? [The Freedom of Agreement – Myth or Reality?]. *Arbitrazhnaya praktika*, 2011, no. 6, 9 p.
5. Shulepova T.V. Primenenie st. 5 “Obychai delovogo oborota” GK RF v praktike arbitrazhnykh sudov [Application of Art. 5 “Customs of Business Practice” of the Civil Code of the Russian Federation in the Practice of Arbitration Courts]. *Arbitrazhnaya praktika*, 2011, no. 6, pp. 50-53.

**APPLICATION OF BUSINESS PRACTICES:  
THE RATIO OF JUDICIAL PRACTICE AND LEGISLATION**

**Trofimov Yaroslav Valeryevich**

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,  
Head of the Department of Civil and Arbitration Proceeding,  
Volgograd State University  
trofimov@volsu.ru  
Prosp. Universitetsky, 100, 400062 Volgograd, Russian Federation

**Abstract.** The purpose of the article is to specify the problem of business practices application in regular and arbitration courts of the Russian Federation. The article analyzes a number of research works of different authors published in specialized scientific and practical periodicals with the aim of defining reasons of judicial practice contradictions in application of business practices, current civil and civil procedural legislation. On the basis of the analysis the author concludes that existing judicial practice of business practices application contradicts the current civil and civil procedural legislation.

The reason of the contradiction lays in the fact that civil and civil procedural legislation has been established by the legislator only for the application of official legislation norms that completely excludes custom action.

**Key words:** customs of business practice, judicial practice, civil law, civil procedure, periodicals.