



УДК 340.1
ББК 67.022.1

КЛАССИФИКАЦИЯ ПРАВОВЫХ ОБЫЧАЕВ, ИЛИ КЛАССИФИКАЦИЯ НОРМ ПРАВОВЫХ ОБЫЧАЕВ, В СОВРЕМЕННОЙ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ НАУКЕ (К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ)

Я.В. Трофимов, С.Ю. Краснов

В данной статье авторы проводят краткий критический анализ классификации обычаев делового оборота (правовых обычаев) и классификации норм обычаев делового оборота (правовых обычаев), разрабатываемых в современной цивилистической науке. Они предлагают законодателю и научной доктрине гражданского права отказаться от неправильного подхода в выборе самого объекта классификации. Объектом классификации должны выступать не сами обычаи делового оборота (правовые обычаи), как формы выражения правовых норм, а именно только нормы обычаев делового оборота (правовых обычаев).

Ключевые слова: *обычай делового оборота, правовой обычай, нормы обычаев делового оборота (правовых обычаев), источник гражданского права России, классификация, цивилистическая наука.*

Светлой памяти нашего учителя
А.А. Травкина посвящается

Разработчики 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 вытекающих 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» [3, с. 13–14].

При этом разработчики указанной 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.

Так же нужно решить вопрос о месте обычая в иерархии источников гражданского права. Возможны два варианта:

а) сохранить приоритет диспозитивной нормы над обычаем, что соответствует подходу, принятому в подавляющем большинстве кодексов стран бывшего СССР;

б) закрепить приоритет обычая над 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» [3, с. 13–14].

На наш взгляд, предлагаемые незначительные изменения действующего гражданского законодательства в указанной части не только не соответствуют складывающейся судебно-арбитражной практике и современным научным теоретическим разработкам теории правового обычая и обычного права, но 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 «правовой 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.

Полагаем, что одним из них является вопрос о том, что в данном случае должно выступать в качестве объекта классификации – сами правовые обычаи или нормы правовых обычаев?

Поднимаемая нами проблема носит не надуманный, умозрительный характер, а на сегодняшний день представляет собой одну из самых актуальных, насущных проблем гражданско-правового регулирования правовых обычаев, которая нуждается прежде всего в серьезной научной теоретической разработке.

Без проведения указанных исследований дальнейшее развитие и совершенствование в этой сфере гражданского, гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства, правоприменительная и судебная практика всегда будут формировать неправильные, искаженные представления о правовых обычаях как источниках гражданского права России, подтверждением чему является действующее в настоящее время гражданское законодательство и практика его применения.

В статье 5 ГК РФ, по нашему мнению, законодатель не сформулировал понятие «обычай делового оборота» с указанием на

его признаки, а объединил вместе разнонаправленные, противоречащие друг другу положения, которые не только не позволяют правильно определить правовую природу и сущность правовых обычаев, но и не могут выступать в качестве оснований для их классификации и систематизации.

Во-первых, в данной статье обычай делового оборота (правовой обычай) отождествляется с содержанием норм(ы) правового обычая, во-вторых, непонятно, зачем приводятся требования, предъявляемые законодателем к доказательству существования таких норм в какой-либо сфере предпринимательской деятельности, в третьих, перечислены требования, которые необходимо соблюсти для легитимного применения указанных норм, но не вообще, а только применительно к нормам официального гражданского законодательства в его широком, конституционном смысле и к условиям гражданско-правовых договоров. Таким образом, в ст. 5 хотя и неправильно, но указан только один признак правового обычая – нормативность, который присущ и другим социальным нормам общественного происхождения и сам по себе не может выступать основанием для классификации обычаев на правовые и неправовые. Без правильного решения этого главного вопроса какие-либо иные классификации норм правовых обычаев в отсутствие их систематизации не имеют правового значения.

Неправильный подход законодателя поддержан судебной практикой, в частности в совместном постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 от 01 июля 1996 года.

Указание на традиции исполнения обязательств также не позволяет правильно отграничить правовые обычаи от неправовых обычаев.

Однако в полной мере понять и оценить научную и практическую значимость поднимаемой нами проблемы, переосмыслить устоявшиеся (в отсутствие серьезных научных исследований правового обычая) подходы и клише можно только путем проведения краткого критического анализа предлагаемых современной научной доктриной гражданского и предпринимательского права классификаций обычаев делового оборота (правовых

обычаев), которые чаще всего можно встретить в учебной и специальной юридической литературе [1–13].

Специалисты выделяют следующие виды обычаев делового оборота (правовых обычаев):

1. Обычаи «в дополнение к закону», обычаи «кроме закона», обычаи «против закона». Данная классификация не имеет никакого самостоятельного значения, поскольку в ст. 5 ГК РФ уже перечислены требования к легитимному применению норм обычаев делового оборота (правовых обычаев), которые придают этим нормам исключительно восполнительный характер, призванный устранять пробелы гражданского законодательства, но при этом только в случае, если они не противоречат нормам гражданского законодательства в широком смысле, условиям договора (а также нравственности, как считают некоторые специалисты). В связи с этим выделение торговых обычаев «в дополнение к закону» (общее правило) и торговых обычаев «против закона» (исключение) противоречит позиции законодателя.

2. Гражданско-правовые обычаи делового оборота (они же торговые обычаи); в деловой (предпринимательской) сфере и в сфере оборота (договорные отношения); торговые (предпринимательские) и портовые обычаи; торговые обычаи и обычаи морских портов; обычаи делового оборота в сфере предпринимательской деятельности – особая разновидность обычаев, действующих в сфере обязательственных отношений (они же обычаи имущественного оборота); гражданско-правовые обычаи в общегражданской сфере; обычаи делового оборота в сфере предпринимательской деятельности; обычаи делового оборота в сфере непредпринимательской деятельности.

В данной классификации отсутствует не только общее основание для выделения указанных разновидностей правовых обычаев, но и наблюдается нарушение правил элементарной логики, не говоря уже о совершенно разном смысловом содержании используемых терминов, допускающем различные варианты их толкования.

В частности, как не всякая экономическая деятельность является предпринимательской, так и не все обычаи делового оборота

относятся к сфере предпринимательской деятельности. Торговые обычаи возникают только в одной из сфер предпринимательской деятельности и, следовательно, не могут отождествляться со всей сферой предпринимательской деятельности. Тем более непонятно их выделение в качестве самостоятельной разновидности гражданско-правовых обычаев – портовых обычаев.

При этом вызывает большие сомнения выделение обычаев имущественного оборота, если они не включают в себя корпоративные обычаи и обычаи, возникающие между субъектами предпринимательской деятельности, но не «в сфере» договорных, а «в сфере» внедоговорных обязательств по возмещению вреда, причиненного имуществу предпринимателей.

То же самое можно сказать и об обычаях, сложившихся в сфере вещных отношений, выделение которых в качестве отдельного вида не охватывается понятием «обычаи имущественного оборота».

3. Международные торговые обычаи; международные обычаи торгового мореплавания; интернациональные торговые обычаи; внутренние торговые обычаи (национальные и местные), общероссийские обычаи, региональные и местные обычаи; общий обычай делового оборота; специальный обычай делового оборота.

В отсутствие систематизации правовых обычаев (такая задача даже не ставится ни законодателем, ни научной доктриной гражданского права) выделение каких-либо видов обычаев делового оборота (правового обычая) не имеет никакого смысла, не востребовано в настоящее время правоприменительной и судебной практикой и не будет востребовано в будущем, поскольку взятый за основу указанной классификации территориальный признак не соответствует одному из признаков норм правовых обычаев, а именно партикулярному (локальному), вариативному характеру их действия.

Абсурдность ситуации представляется еще более отчетливо, если дополнить указанные выше виды обычаев делового оборота (правовых обычаев) такими видами, как локальные обычаи делового оборота, действующие в крупных территориальных регионах;

локальные (местные и региональные) обычаи; локальные обычаи делового оборота, действующие в крупных территориальных регионах, где развивается предпринимательская деятельность определенного вида (текстильная, угледобывающая и т. д.); отраслевые, подотраслевые и межотраслевые обычаи делового оборота (торговые обычаи); локальные правовые обычаи; общие правовые обычаи; всеобщие (универсальные) правовые обычаи; локальные (профессиональные) правовые обычаи; российские обычаи делового оборота (общероссийские, региональные) и местные (частный случай региональных обычаев); международные обычаи делового оборота; иностранные обычаи делового оборота.

4. Сложившиеся обычаи делового оборота; новые сформировавшиеся обычаи делового оборота.

С этой классификацией обычно связывают другую классификацию обычаев делового оборота (правовых обычаев), а именно деление их на документально зафиксированные обычаи делового оборота и документально не зафиксированные обычаи делового оборота. В свою очередь документально зафиксированные обычаи делятся на следующие разновидности: обычаи делового оборота, содержание которых зафиксировано в судебных актах; обычаи делового оборота, содержание которых зафиксировано в сборниках обычаев специально уполномоченными на это субъектами; обычаи делового оборота, содержание которых зафиксировано в примерных условиях, разработанных для договора соответствующего вида и опубликованных в печати; обычаи делового оборота, содержание которых зафиксировано в документах, исходящих от органов саморегулирования, действующих в определенной сфере предпринимательской деятельности.

Без изменения самого понятия «обычай делового оборота» (правовой обычай), без систематизации обычаев делового оборота (правовых обычаев), путем их построения законодателем в определенной иерархической последовательности, без признания источником гражданского права России не только правового обычая, но и обычного права, как самостоятельной системы права со своим особым механизмом действия его норм, данные

классификации также не имеют никакого смысла и практического значения.

Это становится особенно очевидным, если принять во внимание существование собственных обычаев процессуальной судебной деятельности, как документально зафиксированных, так и существующих в неписанной, устной форме, не говоря уже об обычаях, сложившихся в нотариальной, адвокатской, банковской, страховой и других видах деятельности, а также обычаях, сложившихся в других сферах (видах) деятельности, субъекты которых не только не являются органами саморегулирования, но даже не входят ни в какую саморегулируемую организацию.

5. Правовой обычай; юридический обычай; неправовой обычай; простой обычай (он же неправовой обычай); обычай делового оборота как ненормативный источник гражданского права; обычай делового оборота как нормативный источник гражданского права России; обычай делового оборота как норма гражданского права России; нетрадиционный источник гражданского права.

Неправильный подход законодателя и научной доктрины гражданского права России не позволяют и (если их кардинально не пересмотреть) никогда не позволят четко отграничивать правовые обычаи от неправовых обычаев, подтверждением чему могут служить все вышеприведенные современные классификации обычаев делового оборота (правовых обычаев). Не случайно в судебной и специальной литературе по гражданскому праву России можно встретить утверждения о том, что в качестве собирательного понятия обычай охватывает как собственно обычай, так и традиции и обыкновения (в том числе заведенный порядок). Или предлагается выделить внутренние формы обычного права и классифицировать их по способам выражения норм обычного права на две группы: на акты проявления автономной воли участников гражданско-правовых отношений и судебные акты. К первой группе относятся народные формы выражения норм обычного права (пословицы, поговорки, предания, договор, в особенности примерные условия договора, которые могут применяться в качестве правовых обычаев, а также своды унифицированных обычаев и правил).

Несмотря на это, в отсутствие какой-либо логики в специальной литературе по гражданскому праву, наряду или даже одновременно с классификацией обычаев делового оборота (правовых обычаев) проводится классификация норм обычаев делового оборота (правовых обычаев), после ознакомления с которой становится совсем уж явной и очевидной актуальность поднимаемой нами проблемы.

Обе классификации основываются на неправильном, противоречивом подходе законодателя и судебной практики, и в таком качестве они лишены всякого смысла. Нелогичность тех специалистов, которые отрицают правовой характер норм, а следовательно, самих обычаев делового оборота (правовых обычаев), считая их ненормативными, нетрадиционными источниками гражданского права России, должны в таком случае обосновать необходимость данных классификаций в отсутствие их обязательной юридической силы, тем более, что обычаи делового оборота (правовые обычаи) являются второстепенными, вспомогательными источниками гражданского права России.

Нелогичность же подходов тех специалистов, которые признают за нормами обычаев делового оборота (правовых обычаев) правовой характер заключается в том, что при отождествлении обычая делового оборота (правового обычая) с правовой (ыми) нормой (ами) обе классификации не имеют никакого практического значения, поскольку все равно возникает необходимость доказывать в суде существование данных норм и особенно их содержание в той или иной сфере предпринимательской деятельности, которое при этом должно соответствовать всем указанным законодателем в ст. 5 ГК РФ признакам обычаев делового оборота (правовых обычаев). В любом случае получается, что при классификации обычаев делового оборота (правовых обычаев) на отдельные виды классифицируется только форма без конкретного содержания, а при классификации норм делового оборота (правовых обычаев) отсутствует как форма, так и содержание. Более того, указанные классификации совершенно не совпадают одна с другой, как это можно было бы ожидать в связи с отождествлением обычаев

делового оборота (правовых обычаев) с самими нормами.

В подтверждение приведем некоторые из классификаций норм обычаев делового оборота (правовых обычаев):

1. Правовой обычай как правовая норма; обычай делового оборота как правовая норма, являющаяся разновидностью правового обычая; обычное право как совокупность правовых норм обычаев делового оборота и правовых обычаев; обычай делового оборота (правовой обычай) как норма гражданского права; обычай делового оборота (обычай вообще) как норма должного (возможного) поведения; обычай делового оборота (обычай вообще) как мера сущего (фактического) поведения.

2. Сложившиеся (существующие, действующие) правовые нормы обычаев исключительно как нормы должного поведения; сложившиеся (существующие, действующие) правовые нормы обычаев делового оборота исключительно как диспозитивные нормы на основании п. 2 ст. 5, п. 5 ст. 421, ст. 309 ГК РФ; сложившиеся нормы обычаев делового оборота исключительно как императивные нормы.

3. Управомочивающий обычай делового оборота; обязывающий обычай делового оборота; положительно управомочивающие нормы обычаев делового оборота; отрицательно управомочивающие нормы обычаев делового оборота; положительно обязывающие нормы обычаев делового оборота; отрицательно обязывающие нормы обычаев делового оборота.

4. Объективно-применимый обычай делового оборота; объективно-неприменимый обычай делового оборота; объективно-применимый и неприменимый обычай делового оборота (по отношению к разным субъектам); объективно и субъективно-применимый обычай делового оборота; объективно и субъективно-неприменимый обычай делового оборота.

5. Обычай делового оборота как восполнительная норма; правовой обычай как общее правило (норма); обычай делового оборота (правовой обычай) как исключительно одна правовая норма.

Подводя итог всему вышесказанному, можно сделать следующие выводы.

Проведенный краткий критический анализ классификации обычаев делового оборота (правовых обычаев) и классификации норм обычаев делового оборота (правовых обычаев) позволяет нам утверждать, что несмотря на, казалось бы, полную абсурдность и неприемлемость последней классификации, именно она должна стать объектом разработки для цивилистической науки, что потребует кардинального пересмотра устоявшихся клише и стереотипов, отказа от неправильной позиции законодателя и судебной практики. Предпосылки к этому, на наш взгляд, имеются, поскольку некоторые из указанных нами классификаций обычаев делового оборота (правовых обычаев) на самом деле являются классификацией норм обычаев делового оборота (правовых обычаев) и в их основе лежат не признаки, указанные законодателем в ст. 5 ГК РФ, а совершенно иные признаки, которые действительно присущи данным нормам (нормативный, локальный, корпоративный и т. д. характеры).

Однако одновременно с этим сами разработчики указанных классификаций прямо говорят о том, что классификация обычаев делового оборота (правовых обычаев) и (или) классификация норм обычаев делового оборота (правовых обычаев) на отдельные виды не играет никакой роли и не имеет никакого значения, если они не соответствуют сразу всем признакам обычаев делового оборота (правовых обычаев), указанным законодателем в ст. 5 ГК РФ в качестве их квалифицирующих признаков.

При этом разработчики данных классификаций совершенно не обращают внимания на тот очевидный факт, что с помощью применения данных признаков можно определить только само понятие «обычай делового оборота (правовой обычай)», но нельзя использовать данные признаки для деления обычаев делового оборота (правовых обычаев) на их отдельные виды. В противном случае стираются все отличительные особенности обычаев делового оборота (правовых обычаев), действующих при осуществлении конкретных видов (подвидов) предпринимательской и не-предпринимательской деятельности, и тем самым отрицается сама возможность и необходимость в проведении такой классификации.

По нашему мнению, ситуация начнет изменяться к лучшему только тогда, когда цивилистическая наука наконец обратит внимание на данную проблему, действительно начнет заниматься ее разработкой и перестанет «плестись в хвосте» вслед за законодателем, пытаясь научно обосновать его неправильную позицию.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Белых, В. С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России / В. С. Белых. – М. : Проспект, 2005. – 236 с.
2. Вахнин, И. Г. Особенности формирования обычаев делового оборота в договорной работе / И. Г. Вахнин // Законодательство. – 1999. – № 5. – С. 35–38.
3. Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2009. – № 4. – С. 13–14.
4. Гражданское право : учеб. для студентов вузов. В 4 т. Т. 1. Общая часть / под ред. Е. А. Суханова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 670 с.
5. Гражданское право : учебник. В 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. – М. : Велби : РГ-Пресс, 2011. – 1006 с.
6. Елисеев, И. В. Гражданско-правовое регулирование международной купли-продажи товаров / И. В. Елисеев. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 234 с.

7. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй (постатейный) / отв. ред. О. Н. Садиков. – М. : Контракт : Инфра-М, 2007. – 964 с.

8. Миклашевская, Н. И. Взаимодействие обычаев делового оборота и законодательных норм в механизме гражданско-правового регулирования / Н. И. Миклашевская // Науч. ежегодник Ин-та философии и права Урал. отд-ния РАН. – 2005. – № 6. – С. 360–375.

9. Миклашевская, Н. И. Классификация обычаев делового оборота / Н. И. Миклашевская // Науч. ежегодник Ин-та философии и права Урал. отд-ния РАН. – 2003. – № 4. – С. 408–428.

10. Миклашевская, Н. И. Методологические основы квалификации обычаев делового оборота / Н. И. Миклашевская // Науч. ежегодник Ин-та философии и права Урал. отд-ния РАН. – 2004. – № 5. – С. 448–469.

11. Мыскин, А. В. Обычай, противоречащий закону: миф или реальность? / А. В. Мыскин // Юрист. – 2009. – № 3. – С. 66–69.

12. Решетникова, И. В. Обычаи процессуальной деятельности как составляющие судебной практики / И. В. Решетникова // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. – 2009. – № 8. – С. 60–64.

13. Ровный, В. В. Обычай в частном праве / В. В. Ровный. – Иркутск : Изд-во Иркут. ун-та, 2004. – 76 с.

CATEGORIZATION OF LEGAL CUSTOMS OR CATEGORIZATION OF THE LEGAL CUSTOM RATES IN CURRENT CIVIL LAW (STATING THE ISSUE)

Ya. V. Trofimov, S. Yu. Krasnov

The authors of the article conduct the short critical analysis of categorizations of custom business turn (legal custom) and categorizations of the rates in business turn customs (legal customs) developing in current civil law. The authors offer the lawmaker and the scientific doctrine of the civil law to abandon the wrong approach in the choice of the object to categorizations. Not the customs of the business turn themselves (legal custom) as the forms of the expression of the legal rates, but only the rates business turn customs (legal customs) must be assumed as the object to categorizations.

Key words: *custom of the business turn, legal custom, rates of business turn custom (legal custom), source of the civil law of Russia, categorization, civil law.*