

**МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ
КВАЛИФИКАЦИИ ОБЫЧАЕВ ДЕЛОВОГО ОБОРОТА**

В последние годы в отечественной юридической науке отмечается повышенный интерес к правовым обычаям¹. Одной из причин этому послужила легализация в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ) обычаев делового оборота. Вместе с тем приходится констатировать, что на практике обычаям до сих пор не придается должного значения. Обычаи делового оборота применяются редко, и еще реже – применяются правильно. Зачастую их неверно квалифицируют субъекты, чья деятельность так или иначе связана с выявлением, фиксацией и применением обычаев делового оборота. Так, Торгово-промышленной палатой Российской Федерации (далее – ТПП РФ), которая уполномочена свидетельствовать действующие на территории Российской Федерации торговые и портовые обычаи (обычаи делового оборота)², был засвидетельствован обычай делового оборота (торговый обычай) в сфере вексельного обращения, «закрывающийся в проверке субъектами предпринимательской деятельности приобретаемых ими векселей посредством обращения к векселедателю за сведениями о векселе и об обстоятельствах, препятствующих его законному обороту»³. Очевидно, что такой обычай делового оборота сложно бу-

* Миклашевская Наталья Игоревна – научный сотрудник отдела права ИФиП УрО РАН, магистр частного права.

¹ См.: Малова О.В. Правовой обычай как источник права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. 24 с.; Зумбулдзе Р.З. Обычное право как источник (форма) гражданского права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. 25 с.; Обычай в праве: Сборник. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 382 с.

² Закон Российской Федерации от 7 июля 1993г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации», ст. 15 // Ведомости съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации, 1993. № 33. Ст. 1309.

³ Свидетельство Торгово-промышленной палаты Российской Федерации о регистрации обычая делового оборота (торгового обычая) от 4 декабря 2001 г. № 046/120.

дет применить на практике в первую очередь потому, что он не сформулирован в виде нормы (правила поведения), и из него не ясно, о праве или об обязанности субъектов предпринимательской деятельности идет речь.

Ошибки в квалификации обычаев делового оборота прежде всего объясняются объективными трудностями, возникающими в процессе выявления и установления содержания конкретного обычая делового оборота. Очевидно, что помощь в квалификации обычаев делового оборота должна оказать юридическая наука. В качестве методологической помощи в этом вопросе может служить доктринальное понятие обычая делового оборота, которое призвано решить две задачи: раскрыть правовую природу обычая делового оборота и выявить те существенные признаки, которые позволят отличить его от сходных явлений. При этом важно не только перечислить присущие обычаю делового оборота признаки, но и дать их подробную характеристику, предложить критерии, которые помогут оценить наличие того или иного признака на практике.

Следует отметить, что легальное понятие обычая делового оборота, содержащееся в статье 5 ГК РФ, не решает в полной мере этих задач. Определяя обычай делового оборота через правило поведения, законодатель не отражает (по крайней мере, явно) его правовой природы, что чаще всего препятствует его правильной квалификации.

С учетом изложенного предлагается следующее доктринальное понятие обычая делового оборота, включающее все его видовые признаки с их подробной характеристикой.

Обычай делового оборота – это норма гражданского права, которая 1) сложилась путем многократного и единообразного повторения определенной модели поведения неопределенным количеством субъектов; 2) широко применяется на практике; 3) действует в какой-либо области предпринимательской деятельности; 4) не предусмотрена законодательством; 5) приобретает правовой характер в силу санкционирования государством.

В предложенном понятии обычай делового оборота определяется через гражданско-правовую норму. Выбор родового понятия обусловлен, в частности, тем, что оно отражает его правовую природу, а также корреспондирует с легальным определением, поскольку понятия норма права и правило поведения, через которое

обычай делового оборота определяет законодатель, являются однопорядковыми. Кроме того, определяя обычай делового оборота через норму (правило), его легче отграничить от других сходных явлений, которые также относятся к роду норм (правил).

Родовое понятие обычая делового оборота свидетельствует о том, что обычаю делового оборота присущи все общие признаки гражданско-правовой нормы.

Так, обычай делового оборота, как и любая другая норма гражданского права, представляет собой правило поведения.

Это утверждение несмотря на его банальность применительно к обычаю делового оборота является весьма актуальным и с теоретической, и с практической точек зрения. За то время, когда обычаи были не в чести, от них отвыкли, и поэтому за обычай часто принимают положения, которые вовсе не являются правилами¹.

Обычай делового оборота не всегда формально определен, но несмотря на это он, будучи правовой нормой, должен иметь и вид правовой нормы. Иными словами, обычай, как и всякая норма права, должен иметь характерные для правовой нормы содержание и структуру. Причем содержание обычая должно быть достаточно ясным и определенным, не допускающим его противоречивого толкования. Как отмечал И.А. Покровский, «одно из первых и самых существенных требований, которые предъявляются к праву ... является требование *определенности* правовых норм»². Положение, которое не может быть сформулировано как правило поведения, имеющее структуру правовой нормы, не является обычаем.

Кроме того, обычай делового оборота, как любая норма гражданского права, обеспечен государственным (в том числе судебным) принуждением.

Этот признак отражает правовой характер нормы. Как было уже давно подмечено, юридические нормы имеют принудительную санкцию – «организованную защиту» в виде суда и других учреждений, и каждый член общества может рассчитывать на то, что при нарушении порядка, установленного юридическими нормами, он

¹ Об этом, в частности, свидетельствует приведенный выше пример обычая делового оборота, засвидетельствованного ТПП РФ.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. С. 89.

добьется принудительной охраны своих прав¹. Все это в полной мере относится и к правовым обычаям, в том числе к обычаям делового оборота.

И, наконец, поскольку обычай делового оборота представляет собой норму гражданского права, следовательно, регулируемые им отношения входят в предмет регулирования гражданского права, который, согласно ст. 2 ГК РФ, составляют имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Но по этому параметру у обычая делового оборота есть свое видовое отличие, которое в качестве видового признака будет рассмотрено далее.

Приведенные признаки обычая делового оборота, как уже отмечалось, являются общими родовыми признаками всех гражданско-правовых норм. Обычай делового оборота вместе с тем имеет целый ряд своих особенностей, отличающих его от остальных норм гражданского права. Эти особенности в доктринальном понятии сформулированы в качестве видовых признаков обычая делового оборота.

Рассмотрим подробнее указанные в приведенном определении признаки обычая делового оборота.

1. *Обычай делового оборота – это норма гражданского права, которая сложилась путем многократного и единообразного повторения определенной модели поведения неопределенным количеством субъектов.*

Этот признак обычая делового оборота присущ любым обычаям. Он включен в предлагаемое определение, поскольку обычай делового оборота в нем определяется через гражданско-правовую норму.

Указанный признак относится к способу формирования обычая как нормы. Именно способ формирования и отличает обычай от других видов правовых норм, и в первую очередь, от норм закона.

По способу формирования все социальные нормы подразделяются на два вида, а именно, на сложившиеся нормы (обычаи), и установленные нормы.

¹ Нечаев В.М. Юридические нормы // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. СПб., 1904. Т. 41(81). С. 414.

***Сложившаяся норма** – это социальная норма, которая возникает в результате практики поведения неопределенного круга субъектов в определенных условиях и воспринимается в качестве обязательной в данных условиях.*

Для сложившихся норм характерно то, что они всегда формируются на практике. Творцами таких норм становится множество лиц, круг которых нельзя определить. Сам процесс их формирования ничем не урегулирован, в большинстве своем он носит стихийный характер. К сложившимся нормам относятся, помимо обычаев, также нормы морали, религиозные нормы, различные традиции и обряды. В широком смысле по способу формирования все они являются обычаями.

***Установленная норма** – это социальная норма, которая возникает в результате целенаправленного нормотворческого акта определенного субъекта.*

Нормотворческий акт, в результате которого возникают установленные нормы, часто, но не всегда, сам нормативно урегулирован. Такого рода акты всегда совершаются определенным субъектом.

К установленным нормам относятся в первую очередь нормы законов и иных нормативных правовых актов, а также некоторые неправовые нормы, в частности нормы общественных организаций (например нормы уставов политических партий).

Ввиду отмеченных особенностей формирования сложившихся норм, значительную сложность представляет определение момента возникновения самой нормы. Чего не скажешь о нормах установленных. Момент их возникновения определяется с предельной точностью, можно сказать, до секунды (как, например, в случае с федеральным законом, который вступает в силу с первой секунды соответствующих суток). Для норм, содержащихся в правовых актах, он связан, как правило, с моментом вступления в силу закона или иного нормативного правового акта. Аналогично и в отношении неправовых актов. Возникновение содержащихся в них норм всегда связано с определенным моментом времени (подписания, издания, принятия).

Что касается обычая, то установить точный момент его возникновения чаще всего не представляется возможным. В каждом конкретном случае приходится оценивать, сложилось правило или

нет. В связи с этим важно выявить критерии, которые позволят признать то или иное правило сложившимся.

Для признания обычая сложившимся требуется, чтобы определенная модель поведения воспроизводилась: во-первых, единообразно; во-вторых, многократно; в третьих, неопределенным количеством субъектов.

Единообразие воспроизведения модели поведения, необходимое для формирования обычая, выражается в следующем. В определенной сфере деятельности в типичных ситуациях неопределенное число лиц поступают одинаково, по одной и той же схеме поведения. Такое поведение приводит к формированию определенной модели, которая представляет собой уже не просто действия или воздержание от них, а их обобщение, некую абстракцию. Такая модель поведения все чаще и чаще воспроизводится людьми в типичных ситуациях. В результате постоянного единообразного ее повторения и формируется обычай. После того, как обычай сформировался, в качестве правила будет восприниматься только та модель поведения, на основе которой сложился обычай. Отступления от этой модели в таком случае воспринимаются уже как исключения, которые имеют место в нетипичных ситуациях, при наличии особых обстоятельств. Еще Д.И. Мейер по этому поводу писал: «Юридическое воззрение должно проявляться постоянно единообразно; в противном случае не может образоваться обычай. Но это не значит, что каждое уклонение от юридического воззрения препятствует ему сделаться обычным правом. Напротив, если уклонение представляется в виде исключения, то тем самым резко указывается на существование обычного права»¹.

Многократность воспроизведения модели поведения, достаточную для формирования обычая, установить сложно, поскольку в принципе невозможно определить точное количество необходимых для этого случаев. Поэтому многократность здесь следует связывать с промежутком времени, в течение которого оно повторяется (соблюдается). При этом, как было справедливо замечено Д.И. Мейером, «чем реже встречаются случаи применения какого-либо юридического воззрения, тем более нужно времени, чтобы это воззре-

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. М.: Статут, 1997. Ч. 1. С. 46.

ние получило значение обычного права»¹. Очевидно, что период времени, который требуется для образования обычая, может быть различным. В свое время в Англии местные обычаи должны были отвечать требованию древности. Древность обычая – это одно из семи требований, предъявляемых к местным обычаям в Англии, классификация которых была составлена известным английским юристом Блэкстоном еще в XVIII в. и которая применяется до сих пор. Древним признавался обычай, который существовал с того времени, о котором человеческая память ничего не сохранила, то есть с незапамятных времен. В качестве такого времени был определен 1189 г. – первый год царствования короля Ричарда I². Что касается обычаев в современном гражданском праве, то к ним не предъявляется такого требования. Напротив, гражданско-правовые обычаи, в особенности обычаи делового оборота, должны отвечать требованиям современного гражданского оборота. Поэтому в настоящее время, учитывая значительный рост темпов экономического развития, промежуток времени для формирования обычаев может быть не таким продолжительным. В этой связи следует согласиться с отмеченной тенденцией «к уменьшению значения временной длительности процесса обычного нормотворчества»³.

Наконец, неопределенность количества субъектов, в результате деятельности которых формируется обычай, заключается в том, что соответствующая модель поведения воспроизводится множеством субъектов, состав которых невозможно определить. Именно этот неопределенный круг субъектов гражданского оборота и является главным субъектом правотворчества при формировании обычая в качестве правовой нормы.

Для понимания способа формирования обычая делового оборота, как и обычая вообще, и даже в целом их правовой природы, важно рассмотреть соотношение обычая как нормы должного с обычаем как нормой сущего. Под нормой должного здесь понимается норма, определяющая модель должного (или возможного) по-

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право ... Там же.

² Приводится по: Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций. СПб.: Юридический центр Пресс. С. 507-508.

³ Капустина М.А. Действие юридических норм во времени. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2001. С. 98.

ведения. Такая норма является образцом, моделью с которой субъекты обязаны или вправе соотносить свои поступки. В этом смысле все правовые нормы являются нормами должного поведения.

Норма сущего поведения представляет собой норму фактического поведения. Находясь в сфере сущего, она в отличие от нормы должного, всегда отражает реальное, существующее поведение субъектов.

Особенностью соотношения нормы должного и нормы сущего применительно к обычаю, является то обстоятельство, что формирование обычая как нормы должного и обычая как нормы сущего происходит параллельно и заканчивается одновременно. Момент окончания формирования обычая как нормы должного означает, что сложилась и соответствующая норма сущего. Поэтому для установления наличия обычая важно выявить факт существования аналогичной нормы сущего, что в свою очередь как раз и выражается в постоянной и единообразной реализации соответствующей модели поведения. Любая иная норма должного может появиться одновременно, как бы «на пустом месте». Так и происходит в подавляющем большинстве случаев возникновения законодательных норм. Если такая норма не основана на обычаях, сначала появляется норма должного. Со временем, в результате устойчивой практики соблюдения нормы должного может сформироваться соответствующая ей норма сущего.

2. Обычай делового оборота – это норма гражданского права, которая широко применяется на практике.

Этот признак обычая делового оборота тесно связан с предыдущим в том смысле, что широкое применение нормы на практике служит одним из критериев для признания ее сложившейся. Когда то или иное правило начинает широко применяться, это свидетельствует о том, что оно уже сложилось. Поэтому признание правила сложившимся на данный момент исключает необходимость его оценки на предмет его широкого применения. В то же время указанный признак имеет и вполне самостоятельное значение. Не случайно в легальном определении обычая делового оборота приведены оба этих признака в качестве самостоятельных.

Процесс формирования обычая, каким бы он ни был длительным, завершается моментом возникновения обычая как сложившейся нормы. Но сложившись, обычай продолжает широко

применяться. Поэтому признак широкого применения сохраняет свое значение и после признания обычая сложившимся. Более того, этот признак имеет значение для всего «жизненного цикла» обычая как сложившейся нормы. Пока обычай широко применяется, он существует. Вместе с тем обычаи подвержены изменениям. Тот или иной обычай может постепенно утратить свое значение, на его месте может возникнуть новый обычай с иным содержанием. Как только обычай перестает широко применяться, он прекращает свое существование. В этом смысле широкое применение обычая служит критерием его действительности. В отличие от обычаев, для норм, закрепленных в законе, не важно, как широко они применяются на практике и применяются ли вообще. Их действительность зависит от других факторов.

Очевидно, что признак широкого применения нуждается в своих критериях. Параметры, по которым можно оценивать широту применения правила, могут касаться, в частности: а) территории, на которой применяется обычай; б) количества субъектов, которые его применяют; в) частоты применения обычая.

Каждый из этих параметров имеет определенное значение при оценке правила на предмет его широкого применения. Вместе с тем наиболее точное представление об этом дает параметр частоты применения правила. Его можно выразить в виде величины, получаемой в результате отношения количества случаев фактического применения правила к количеству случаев потенциально возможного его применения. Если такую величину условно выразить в процентах, принимая за максимальное ее значение 100%, то для установления факта широкого применения того или иного правила, думается, за ориентир следует брать уровень 80-90%. Это означает, что обычай должен применяться в подавляющем большинстве случаев, когда есть условия для его применения.

Другие предложенные критерии, касающиеся в частности территории, на которой применяется то или иное правило, или количества субъектов, его применяющих, учитываются при определенных обстоятельствах лишь в совокупности с рассмотренным выше. Так, территория (или пространство), на которой применяется правило, имеет значение лишь в отношении общероссийских обычаев, которые не имеют специфики, связанной с определенной местностью или регионом. В отношении местных или региональных

обычаев территория, на которой они применяются, может ограничиваться областью, городом, поселком и т.п., поэтому не может служить в качестве показателя их широкого применения.

На практике точно определить показатели широкого применения правила очень сложно. Поэтому следует учитывать факторы, косвенно свидетельствующие о широком применении правила. Такие факторы могут выражаться, в частности, в следующем: 1) подавляющая число лиц, осуществляющих деятельность в той или иной сфере знают об обычае, пусть даже и не осознают, что это обычай; 2) подавляющее число участников соответствующей сферы деятельности считают себя обязанными следовать определенному правилу; 3) неприменение правила воспринимается как исключение. При этом первый из перечисленных факторов следует отнести к объективным показателям, который касается информированности участников соответствующей сферы деятельности об обычае, а два других – к субъективным, которые характеризуют психологическое отношение лиц к обычаю. На практике необходимую информацию можно получить путем опроса субъектов, отобранных посредством репрезентативной выборки.

3. Обычай делового оборота – это норма гражданского права, которая действует в какой-либо области предпринимательской деятельности.

Рассматриваемый признак основан на содержащемся в ст. 5 ГК РФ легальном понятии обычая делового оборота и отражает сферу действия обычая делового оборота с точки зрения предмета его регулирования. Он отличается от других признаков обычая делового оборота, включенных в предложенное доктринальное определение. Если все они являются признаками не только обычая делового оборота, но и обычая (либо правового обычая) вообще (что объясняется определением обычая делового оборота через гражданско-правовую норму), то рассматриваемый признак присущ только обычаям делового оборота. Он отличает обычай делового оборота от других гражданско-правовых обычаев. Иными словами, если гражданско-правовые обычаи подразделить по сфере действия, одним из членов полученной классификации как раз и будет обычай делового оборота.

Поскольку исследуемый признак отражает предмет регулирования обычая делового оборота, при его характеристике

следует определить, какие общественные отношения регулируются обычаями делового оборота, раскрыть их содержание и субъектный состав.

Из приведенной формулировки признака вытекает, что сферой действия обычая делового оборота является какая-либо область предпринимательской деятельности. Согласно легальному понятию предпринимательской деятельности, содержащемуся в ст. 2 ГК РФ, предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Само по себе определение предпринимательской деятельности не дает полного представления об отношениях, регулируемых обычаями делового оборота. Поэтому вопрос о сфере его действия следует рассматривать через более традиционную для права категорию – категорию общественных отношений. Очевидно, что предметом регулирования обычая делового оборота являются предпринимательские отношения. В таком случае необходимо определить субъектный состав и содержание таких отношений.

В статье 2 ГК РФ, посвященной отношениям, регулируемым гражданским законодательством, в п.1 специально выделены отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность или с их участием. Это положение в совокупности с приведенным вслед за ним легальным понятием предпринимательской деятельности свидетельствует о том, что таким образом законодатель выделил предпринимательские отношения в качестве специального предмета гражданско-правового регулирования, определив при этом их содержание и субъектный состав. Аналогичным образом предпринимательские отношения трактуются и в учебной литературе. Так, в одном из учебников коммерческого права приводится следующее определение предпринимательских отношений: «...предпринимательские отношения – это имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, складывающиеся между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участ-

ников (между предпринимателями, между предпринимателями и потребителями)»¹.

Таким образом, есть все основания к сфере действия обычая делового оборота отнести: во-первых, отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность; во-вторых, отношения с участием лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Для признания отношений предпринимательскими важно, чтобы они складывались в процессе осуществления предпринимательской деятельности хотя бы одним из субъектов. Следует при этом учесть, что предпринимательскую деятельность могут осуществлять не только лица, зарегистрированные в качестве субъектов такой деятельности, но и лица, которые по статусу не являются предпринимателями. В то же время нельзя признать предпринимательскими отношения, складывающиеся хотя и между субъектами предпринимательской деятельности, но не в связи с предпринимательской деятельностью.

На практике не всегда верно определяется сфера действия обычая делового оборота. Иллюстрацией тому может служить следующее дело. Арбитражный суд апелляционной инстанции отменил судебный акт, основанный на обычае делового оборота в сфере рекламной деятельности, мотивируя свое решение тем, что «потребители рекламы – это не только субъекты предпринимательской деятельности, но и физические лица, предпринимателями не являющиеся, в отношении которых обычаи делового оборота не могут быть применены» (Постановление Арбитражного суда Свердловской области от 30 августа 2001 г. по делу № А60-21327/2001-С5). В данном случае суд необоснованно сузил субъектный состав предпринимательских отношений, ограничив его только субъектами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Как уже было выяснено, к предпринимательским отношениям относятся не только отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, но также и отношения с участием таких лиц. Следовательно, обычаи делового оборота распространяют свое действие в том числе на отно-

¹ Коммерческое право. Учебник. В 2 ч. / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Юрист, 2002. Ч.1. С. 12.

шения, субъектами которых выступают с одной стороны – лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, а с другой – лица, такую деятельность не осуществляющие. Поэтому в приведенном деле суд ошибочно не применил обычай делового оборота к отношениям, на которые этот обычай в действительности распространяется, в результате чего вынес необоснованный судебный акт.

Рассмотренное дело, помимо прочего, свидетельствует о неконструктивности самого стремления сузить сферу действия обычая делового оборота. Тем более, что сам законодатель уже сделал это, ограничив ее предпринимательской деятельностью. Сам по себе термин «обычай делового оборота» уже подразумевает, что сферой его действия является деловой оборот, в том числе и не связанный с предпринимательской деятельностью.

Исходя из этого в тех случаях, когда законодатель сделал конкретную ссылку на обычай делового оборота применительно к отношениям, которые могут быть как предпринимательскими, так и непредпринимательскими, сферу действия обычая делового оборота не следует ограничивать только предпринимательскими отношениями. Так, ссылка на применение обычая делового оборота содержится в ст. 985 ГК РФ, предусматривающей право лица, действующего в чужом интересе без поручения на получение вознаграждения, если такое право предусмотрено, в частности обычаем делового оборота. Очевидно, что при наличии соответствующего обычая делового оборота, его правомерно применить и к отношениям, которые не являются предпринимательскими.

4. Обычай делового оборота – это норма гражданского права, которая не предусмотрена законодательством.

Указанный признак обычая делового оборота, так же, как и предыдущий, основан на легальном понятии обычая делового оборота (ст.5 ГК РФ). Он означает, что в законодательстве не содержится правовой нормы, которая по содержанию совпадает с обычаем делового оборота. Речь в данном случае идет не о буквальном (дословном), а о сущностном, смысловом совпадении.

При характеристике этого признака в первую очередь следует определить значение понятия законодательства. Иными словами, требуется установить, воспроизведение обычая делового оборота в каком нормативном правовом акте не позволяет признать соответ-

ствующее правило обычаев делового оборота. Коль скоро обычай делового оборота представляет собой норму гражданского права, важно выявить состав собственно гражданского законодательства.

В ГК РФ есть специальная статья, посвященная гражданскому законодательству, – статья 3 ГК РФ. Само название этой статьи «Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права» свидетельствует о том, что термин «гражданское законодательство» в ней употребляется в узком значении. В соответствии с п. 2 ст. 3 ГК РФ гражданское законодательство состоит из гражданского кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов, регулирующих отношения, которые составляют предмет гражданско-правового регулирования. По смыслу указанной статьи в состав гражданского законодательства не входят указы Президента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации, а также правовые акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, содержащие нормы гражданского права.

Однако не всегда в самом гражданском кодексе термин гражданское законодательство употребляется в таком узком значении. Есть все основания говорить о том, что в большинстве статей главы 1 ГК РФ этим термином охвачены не только законы, но также и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы гражданского права. Так, в ст. 1 ГК РФ, устанавливающей основные начала гражданского законодательства, и в ст. 2, определяющей отношения, регулируемые гражданским законодательством, этот термин используется в его традиционном широком значении. Кроме того, в тех статьях кодекса, где речь идет только о законах, законодатель употребляет другой термин – «законы»¹.

Очевидно, что и в отношении рассматриваемого признака состав гражданского законодательства не следует ограничивать только федеральными законами. Законодательство в данном контексте включает в себя федеральные законы, а также иные правовые акты Российской Федерации. Именно в этом значении термин «законо-

¹ В частности, в ст. 198 ГК РФ содержится правило, согласно которому «основания приостановления и перерыва течения сроков исковой давности устанавливаются настоящим Кодексом и иными **законами**».

дательство» употребляется в легальном определении обычая делового оборота.

Согласно Конституции Российской Федерации, гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации, следовательно, в его состав не входят нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации. Поэтому в случае, если обычай делового оборота воспроизведен в нормативном правовом акте субъекта Российской Федерации, на существование самого обычая этот факт не повлияет.

Итак, обычаем делового оборота нельзя признать правило, содержание которого воспроизведено в федеральном законе, Указе Президента Российской Федерации, Постановлении Правительства Российской Федерации, а также в правовом акте министерства или иного органа исполнительной власти.

Включение данного признака в понятие обычая делового оборота не случайно. Он позволяет избежать неопределенности в праве. В правовой системе одна и та же норма не может и не должна существовать одновременно и в форме закона, и в форме обычая. В законодательстве, по всей видимости, содержится множество норм, которые до их закрепления в законе сформировались в качестве обычаев, в том числе и в качестве обычаев делового оборота. Однако как только обычай делового оборота находит свое отражение в законодательстве, он перестает быть обычаем делового оборота и становится нормой закона. В этой связи важно выяснить механизм такого превращения. Очевидно, что закон, воспроизводящий обычай делового оборота, убивает лишь правовой характер обычая. Простой обычай как норма сущего никуда не исчезает. Единственное, что происходит, – это замена соответствующей ему нормы должного. Первоначально это был правовой обычай, а после закрепления его в законе – норма закона. Следовательно, норме закона, которая воспроизводит обычай, как норме должного, с самого момента ее возникновения соответствует норма сущего в форме простого, неправового обычая. В таком случае отмена закона, воспроизводящего обычай, может реанимировать правовой характер обычая, иными словами, на месте отмененного закона вероятно возникновение ранее существовавшего правового обычая.

Возможна и другая ситуация, когда вследствие продолжительного применения нормы закона на практике формируется со-

ответствующая ей норма сущего в виде простого обычая. В таком случае после отмены нормы закона на ее месте с большой степенью вероятности может возникнуть правовой обычай. Это возможно при условии, когда соответствующая норма даже после ее отмены продолжает широко применяться.

Рассматриваемый признак обычая делового оборота не всегда верно отражается в юридической литературе. Так, в учебнике гражданского права, подготовленном коллективом кафедры гражданского права Саратовской государственной академии права, автор второй главы Хмелева Т.И. пишет, что «обычай делового оборота не обязательно должен быть зафиксирован в определенном нормативном акте, хотя нередко такие документы имеются (например, Кодекс торгового мореплавания, ст. 134-135)»¹. Из приведенного высказывания можно понять, что в указанных статьях Кодекса торгового мореплавания закреплены конкретные обычаи делового оборота. Однако это не так. Во-первых, в приведенных статьях кодекса не зафиксированы обычаи делового оборота, а содержатся лишь ссылки на них. Во-вторых, если бы в кодексе были закреплены правила, содержание которых совпадает со сложившимися обычаями делового оборота, такие правила не могли бы рассматриваться в качестве обычаев делового оборота. Они в таком случае представляли бы собой нормы закона, а не обычаи.

5. Обычай делового оборота – это норма гражданского права, которая приобретает правовой характер в силу ее санкционирования государством.

Как ранее уже было выяснено и отражено в доктринальном понятии, обычай делового оборота имеет правовой характер. Вместе с тем, видовой особенностью обычая делового оборота, как, впрочем, и любого другого правового обычая по отношению к гражданско-правовой норме, является признак, который определяет способ приобретения им правового характера (юридической силы). Таким способом служит санкционирование обычая государством.

¹ Гражданское право России. Учебник. Ч.1 / Под ред. З.И. Цыбуленко. М.: Юристъ, 1998. С. 34.

В отличие от предыдущих признаков, этот признак обычая делового оборота не отражен в его легальном определении. Он выявлен в процессе исследования правовой природы обычая делового оборота и поэтому включен в его доктринальное понятие.

Следует отметить, что вопросу санкционирования обычаев уделяется большое внимание в юридической литературе, особенно в работах, специально посвященных исследованиям в области обычного права¹. В настоящей статье санкционирование обычаев рассматривается лишь в той мере, какая необходима для раскрытия рассматриваемого признака обычая делового оборота.

С этой целью необходимо определить, что такое санкционирование обычая, выявить его юридическое значение, указать на возможные формы санкционирования, отграничить санкционирование от внешне схожих с ним явлений.

Санкционирование обычаев – это придание государством правового характера (юридической силы) неправовым обычаям.

Любой, даже неправовой обычай, соблюдается людьми с сознанием его обязательности. Эта обязательность, между тем, находится за пределами правовой сферы. Она может быть основана на силе общественного авторитета, привычки, и др. Однако лишь после того, как государство санкционирует обычай, он приобретает юридическую силу. Юридическое значение санкционирования, следовательно, состоит в том, что в силу санкции государства неправовой обычай становится правовым и приобретает все признаки правовой нормы, прежде всего – возможность обеспечения его реализации государственным принуждением, в том числе – судебной защитой.

Предметом санкционирования могут быть только лишь неправовые обычаи. В связи с этим нельзя согласиться с мнением

¹ См., напр.: *Поротиков А.И.* Обычай в гражданском обороте// Обычай в праве: Сборник. СПб.: Юридический центр Пресс. 2004. С. 285-304; *Грязнов Д.Г.* Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 10-11, 19; *Малова О.В.* Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 10-11; *Сатина Э.А.* Основные аспекты правового санкционирования: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 2001. 28 с.

Э.А. Сатиной, которая в своей работе, посвященной основным аспектам правового санкционирования, одной из форм реализации правового санкционирования признает «придание юридической силы правовым обычаям»¹. Коль скоро в силу санкционирования обычаи приобретают правовой характер, то для обычаев, уже являющихся правовыми, никакой санкции не требуется.

Важно заметить, что не всегда обычаи нуждались в санкции государства. До определенного времени ими руководствовались как правовыми и без специального на то указания. Потребность в санкционировании обычаев возникла в то время, когда закон приобрел значение основного и первостепенного источника права. Государство в лице законодателя с тех пор стало своего рода монополистом в установлении правовых норм. Обычай же, утративший свои позиции, чтобы стать средством правового регулирования наряду с законом, должен получить на это санкцию того самого монополиста – государства.

В современной российской правовой системе обычаи делового оборота санкционированы государством законодательным способом, что выразилось в положениях ст. 5 ГК РФ, закрепляющей легальное понятие обычая делового оборота и предусматривающей условия их применения. Статью 5 ГК РФ следует рассматривать в качестве общей санкции обычаев делового оборота. В силу этой статьи правовой характер приобрели все обычаи делового оборота, сложившиеся как до, так и после вступления в силу части первой ГК РФ. Необходимо отметить, что в ГК РФ, других законах и подзаконных актах имеются также специальные отсылки к обычаям делового оборота. Такого рода отсылки содержатся, в частности, в восемнадцати статьях раздела IV ГК РФ «Отдельные виды обязательств». Однако назначение этих отсылок состоит лишь в том, чтобы указать на наиболее типичные случаи применения обычаев делового оборота, а в некоторых нормах (ст. 459, 508, 510, 724, 863, 1006) – установить приоритет обычая делового оборота перед диспозитивной нормой закона.

Конкретные ссылки на обычаи делового оборота могли бы служить санкцией, придающей таким обычаям правовой характер в том случае, если бы в законе отсутствовала норма, подобная ст. 5

¹ *Сатина Э.А.* Основные аспекты правового санкционирования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов. 2001. С. 13.

ГК РФ. При наличии же общей санкции специальные нормы не имеют санкционирующего значения. И при отсутствии специальных ссылок на обычаи делового оборота, они могут и должны применяться при соблюдении определенных в законе условий на основании общей нормы.

Предметом давнего спора юристов является вопрос о необходимости санкционирования конкретного обычая при наличии общей санкции закона. Достаточно распространенным является мнение, согласно которому для придания обычаю силы правовой нормы необходимо, чтобы конкретный обычай был выявлен и сформулирован судом¹. «Обычаи становятся *правом* (в смысле позитивного права), – пишет С.С. Алексеев, – не просто в случаях их какого-то «санкционирования публичной властью», как это принято считать на уровне абстрактных рассуждений, а реально и изначально тогда, когда это самое «санкционирование» выражается в *решении власти – решении правовой ситуации*, осуществляемом в соответствии с действующими обычаями»².

Однако такая точка зрения, по нашему мнению, недостаточно убедительна. Будучи санкционированы законом, обычаи делового оборота не нуждаются в дополнительном санкционировании. Их юридическая сила основана на законе. Обычай делового оборота в качестве правовой нормы существует независимо от факта признания и применения его судом, он не появляется в результате судебного решения. Суд, применяя сложившееся на практике правило, опирается на норму закона, а судебный акт в таком случае «является лишь формой обнаружения, признания нормы, а не формой правообразования»³. Суд выявляет, фиксирует и применяет обычай делового оборота как уже существующую правовую норму.

¹ См., напр.: Михайловский И.В. Очерки философии права. Томск, 1914. Т. 1. С.277; Супатаев М.А. Правовой обычай как источник права в развивающихся странах // Источники права. М., 1985. С. 50; Капустина М.А. Действия юридических норм во времени. СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2001. С. 86.

² Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия. М.: Статут, 2000. С. 42.

³ Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1959. С. 63-64.

Нельзя также вести речь о санкционировании обычая сторонами договора. Если стороны предусмотрели в договоре ссылку на сложившийся в определенной сфере обычай, который ввиду отсутствия санкции государства не является правовым обычаем, последний не приобретает в силу этого правовой характер, а применяется к отношениям сторон как условие договора.

В литературе в качестве способов санкционирования обычаев приводят, наряду с законодательным, правоприменительное, ведомственное, договорное санкционирование, а также другие способы¹. Что же касается обычаев делового оборота, то они в российском гражданском праве санкционированы лишь законодательным способом.

При характеристике рассматриваемого признака важно определить момент приобретения правового характера обычаями делового оборота в современном российском гражданском праве.

Известно, что первые ссылки на обычай делового оборота появились еще в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик в статьях, касающихся толкования договора (ст. 59), срока исполнения обязательства (ст. 63), места исполнения обязательства (ст. 64), а также уплаты цены в договоре купли-продажи (ст. 75). Указанные нормы по существу санкционировали соответствующие обычаи делового оборота в сфере обязательственных отношений. Основы гражданского законодательства не вступили в силу на территории СССР, в связи с его прекращением. Вместе с тем, в силу Постановления Верховного Совета РФ от 14 июля 1992 г. № 3301-1 «О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы»², Основы гражданского законодательства применялись на территории Российской Федерации с 3 августа 1992 г. до вступления в силу части первой ГК РФ³. Это означает, что с 3 августа 1992 г. на территории

¹ *Малова О.В.* Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 10.

² Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации, 1992. № 30. Ст. 1800.

³ Начало применения Основ гражданского законодательства подтверждено в п. 1 Постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 22 декабря 1992 г. № 23 «О некоторых вопросах

Российской Федерации правовой характер приобрели те обычаи делового оборота, которые касались сроков и места исполнения обязательств, а также цены в договоре купли-продажи. Эта санкция действовала до вступления в силу части первой ГК РФ, когда появилась норма, содержащая общую санкцию на применение обычаев делового оборота.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что в современном российском гражданском праве обычаи делового оборота в полном объеме приобрели правовой характер с момента вступления в силу части первой ГК РФ, т.е. с 1 марта 1995г.

Санкционирование, назначение которого состоит в придании обычным нормам юридической силы, следует отличать от внешне схожих с ним явлений: свидетельствования, выявления и фиксации обычаев.

Так, Торгово-промышленная палата Российской Федерации (далее – ТПП РФ) в силу закона¹ наделена полномочиями по свидетельствованию портовых и торговых обычаев. Примером засвидетельствованных обычаев, в частности, могут служить своды обычаев морских портов, которые удостоверены ТПП РФ. Однако следует иметь в виду, что ТПП РФ не санкционирует и следовательно не придает правовой характер таким обычаям, а свидетельствует и фиксирует уже действующие правовые обычаи.

Функция ТПП РФ в таком случае состоит в оценке правил на предмет соответствия их признакам обычая делового оборота. Если такое правило квалифицируется как обычай делового оборота, ТПП РФ свидетельствует факт существования соответствующего правового обычая, фиксируя его в своем акте. Сказанное справедливо и в отношении обычаев делового оборота, выявленных судом и зафиксированных в судебном решении.

применения арбитражными судами основ гражданского законодательства Союза ССР и республик на территории Российской Федерации» // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993. № 2.

¹ Закон Российской Федерации от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации», ст. 15 // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации, 1993. № 33. Ст. 1309.

Таким образом, ни судебный акт, в котором сформулирован конкретный обычай делового оборота, ни акт иного органа государственной власти, засвидетельствовавший или зафиксировавший обычай, не имеет санкционирующего значения. Такую функцию в российской правовой системе выполняет только закон.

Приведенные в настоящей статье понятие обычая делового оборота и характеристика его квалифицирующих признаков смогут послужить методологической основой квалификации обычаев делового оборота на практике.