

## ОБЫЧАИ ДЕЛОВОГО ОБОРОТА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

### Business Conduct as a Source of Civil Law in Modern Russia

*Аннотация.* В статье автор рассматривает проблемные вопросы, связанные с применением такого нетрадиционного источника гражданского права, как обычай делового оборота в современных условиях развития предпринимательской деятельности в России. Сегодня обычаи делового оборота остаются одной из малоизученных научных проблем, что свидетельствует об актуальности и научной теоретической и практической значимости данной статьи. Автором подробно проанализированы проблемы, связанные с определением понятия и признаков обычаев делового оборота, трудности и ошибки, допускаемые в арбитражных судах РФ при применении данного источника гражданского права.

*Ключевые слова:* обычай делового оборота, источник гражданского права, судебная практика, предпринимательская деятельность, гражданский договор.

*Annotation.* The author deals with the questions concerning the application of such an unconventional source of civil law as business conduct in modern conditions of business activity development in the Russian Federation. The theme is topical as customary business practices are not enough studied. The author has analyzed in detail the problems connected with the notion and characteristic features of business conduct and mistakes made by courts of arbitration in the Russian Federation.

*Key words:* business conduct, source of civil law, court practice, business activity, civil contract.

К источникам гражданского права России п. 1 ст. 5 ГК РФ относит обычай делового оборота, определяя его как «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». При этом п. 2 ст. 5 ГК РФ указывает в общем виде и место обычая делового оборота в иерархии других источников гражданского права, обращая внимание на то, что «обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются». Для придания судебной и судебно-арбитражной практике единообразия в толковании и применении обычаев делового оборота пленумы Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в совместном постановлении от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ» (Бюл. Верхов. Суда Рос. Федерации. 1997. № 1) указали, что «под обычаем делового оборота 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.». Кроме того, «обычай делового оборота может быть применен

независимо от того, зафиксирован 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.)». АПК РФ и ГПК РФ также предусматривают применение судами при разрешении гражданских дел обычаев делового оборота. Часть 1 ст. 13 АПК РФ гласит: «Арбитражные суды в случаях, предусмотренных федеральным законом, применяют обычаи делового оборота». Аналогичная норма содержится и в ч. 1 ст. 11 ГПК РФ: «Суд разрешает гражданские дела, исходя из обычаев делового оборота в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами». Включение в процессуальные кодексы указанных норм стало логичной реакцией процессуального законодательства на легализацию обычаев делового оборота ГК РФ, что само по себе, безусловно, имеет положительное значение. Однако при ознакомлении с содержанием приведенных норм возникает вопрос, насколько удачно они сформулированы и согласуются ли они с нормами материального гражданского права.

При буквальном толковании ст. 13 АПК РФ и ст. 11 ГПК РФ можно предположить, что суды вправе применять обычаи делового оборота лишь при наличии специальной ссылки на них в ГК РФ или другом нормативном правовом акте. Так, в одном из комментариев ГПК РФ утверждается: «Обычаи делового оборота применяются судами в тех случаях, когда к ним дается отсылка в нормативных правовых актах».

Между тем системный анализ норм ГК РФ об обычаях делового оборота позволяет сделать вывод о том, что они могут быть применены в случаях, когда к ним сделана специальная отсылка не только в законах, но и в иных нормативных правовых актах. Если суд при рассмотрении дела выявит наличие обычая делового оборота, применимого к отношениям сторон, то он вправе будет его применить, даже если на этот обычай нет ссылки в конкретной статье закона.

Отмеченная несогласованность процессуального и материального законодательства по вопросу о применении обычаев делового оборота может привести к тому, что суды, ориентируясь на нормы процессуальных кодексов, не будут применять обычаи делового оборота в тех ситуациях, когда они подлежат применению в соответствии с материальным законом.

В связи с этим возникает вполне закономерный вопрос о том, могут ли судьи арбитражных судов и судов общей юрисдикции, опираясь на указанные законодателем и высшими судебными инстанциями признаки условия применения, установить наличие и правильно применить те или иные обычаи делового оборота при разрешении конкретного гражданско-правового спора. При такой постановке вопроса, на наш взгляд, может быть дан только отрицательный ответ.

Прежде всего, указанные признаки не соответствуют признакам правовых обычаев, особой разновидностью которых являются обычаи делового оборота. Теоретики и историки права, этнографы и другие специалисты выделяют совершенно иные специфические признаки и свойства правовых обычаев, которые определяют их сущность и правовую природу. В частности, указывают на такие их признаки и свойства, как: определенность содержания, непрерывность действия, длительность существования, условно-обязательный характер действия, нравственность содержания, корпоративность, партикулярность (локальность действия), нормативность, системность, вариативность, традиционность, изменчивость, универсальность, этничность и т. д.

Кроме того, перед судами общей юрисдикции, арбитражными судами, на наш взгляд, ставятся следующие сверхзадачи:

1) определить область предпринимательства и при вынесении решения учесть специфику и особенности действия обычаев делового оборота в этой области;

2) выяснить, являются ли те или иные обычаи сложившимися и широко применяемыми именно в этой предпринимательской деятельности, т. е. обычаями делового оборота, или они представляют собой сложившуюся между сторонами практику (заведенный порядок или деловые обыкновения).

Что касается решения первой задачи, то она кажется простой только на первый взгляд. Судебная и судебно-арбитражная практика свидетельствует о многочисленных ошибках при определении общественных отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. В соответствии со ст. 2 ГК РФ под предпринимательской деятельностью понимается самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ и т. д., лицом, зарегистрированным в качестве предпринимателя в установленном законом порядке.

Таким образом, для того, чтобы признать ту или иную деятельность предпринимательской, необходимо, чтобы она:

- носила экономический характер;
- была самостоятельной;
- осуществлялась на свой риск;
- отличалась систематичностью;
- была направлена на систематическое получение прибыли.

Указанные законодателем признаки сами подлежат установлению и доказыванию, поскольку в ГК РФ отсутствуют какие-либо критерии их определения. Подтверждением многочисленных ошибок и злоупотреблений со стороны правоохранительных, контролирующих и судебных органов при применении мер ответственности за незаконную предпринимательскую деятельность может служить постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве и легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем» (Рос. газ. 2004. 7 дек.), в котором судом общей юрисдикции дано официальное разъяснение о том, что заключение гражданами договоров коммерческого найма жилых помещений, займа, купли-продажи ценных бумаг и других не является предпринимательской деятельностью. Не меньше проблем возникает у судов и с определением области предпринимательства, в которой только и могут складываться обычаи делового оборота, признаваемые в качестве источника гражданского права. Можно ли отнести к этой области, например, нотариальную деятельность? Согласно действующему законодательству указанная деятельность не является таковой.

Вызывает недоумение позиция Федеральной нотариальной палаты по поводу применения Инструкции о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР, утвержденной приказом

министра юстиции РСФСР от 6 января 1987 г. № 01/16-01 (Закон. 1997. № 7), на настоящий момент утратившей силу согласно приказу Минюста России от 26 апреля 1999 г. № 73 (Бюл. Минюста РФ. 1999. № 7). Федеральная нотариальная палата рекомендует нотариусам в целях выработки единой правоприменительной и судебной практики руководствоваться в нотариальной деятельности некоторыми отмененными положениями Инструкции, которые не противоречат действующему законодательству Российской Федерации. По мнению Федеральной нотариальной палаты, согласно ст. 5 и 6 ГК РФ применение данных положений, исходя из анализа закона, можно рассматривать в качестве обычаев делового оборота нотариальной деятельности, если оно отвечает общим началам и смыслу гражданского законодательства, требованиям добросовестности, разумности и справедливости.

Л. В. Щенникова также указывает на то, что в регулировании нотариата важную роль должны сыграть и обычаи нотариальной деятельности. Они сложились в нашей отечественной нотариальной практике, но не кодифицируются палатами, как это принято, например, во Франции. Нотариальное обычное право является важной составляющей среди источников российского нотариального права (Щенникова Л. В. Нотариус России: писец или высококвалифицированный юрист? Взгляд на тенденции развития профессионального нотариального права // Нотар. вестн. 2008. № 9).

Приведенное выше разъяснение Федеральной нотариальной палаты само противоречит ст. 5 ГК РФ, потому что обычаи нотариальной деятельности не являются обычаями делового оборота. Более того, обычаи не могут применяться по аналогии с законом, поскольку не входят в состав гражданского законодательства и в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации должны применяться судом перед аналогией закона.

Таким образом, по мнению большинства специалистов, признаки предпринимательской деятельности, указанные в ст. 2 ГК РФ, сформулированы некорректно и не позволяют точно определить, какой вид деятельности относится к предпринимательской, а какой – нет. Если даже в этом вопросе суды испытывают трудности и допускают ошибки, то требование от судей, чтобы они выявляли и применяли обычаи делового оборота, действительно становится сверхзадачей.

Что касается решения судами второй задачи, т. е. выяснения вопроса о том, являются ли те или иные обычаи сложившимися и широко при-

меняемыми именно в этой области предпринимательской деятельности, то она, на наш взгляд, на настоящий момент практически не выполнима. Некоторые специалисты указывают на то, что при выяснении за тем или иным правилом сложившегося характера и широкой применимости должна использоваться совокупность разных обстоятельств, среди них: примерное время его возникновения, стабильность (устойчивость) существования, однообразность и возможная динамика содержания (в том числе изменчивость с течением времени), степень известности в предпринимательских кругах, распространенность (степень признания), частота применимости (постоянство соблюдения, многократность, систематизм), исключительность (отсутствие альтернатив и конкуренции со стороны других обычных правил). Следует, разумеется, принимать во внимание и внутренние зависимости, существующие между этими обстоятельствами. Например, большая однообразность применяемого правила понижает требование многократности, и напротив, чем с большими видоизменениями оно повторяется, тем больше требуется случаев, чтобы убедиться в истинном смысле обычая и его соответствии общественному сознанию. По нашему мнению, обычаи делового оборота могут отличаться вариативностью даже в рамках одной области предпринимательской деятельности, не говоря уже о возможности заимствования и применения обычаев из одной области предпринимательства в другой. Г. Ф. Шершеневич указал на то, что обычаи различаются по роду торговли, поскольку хлеботорговца, совершающего сделки с себе подобными, мало интересуют обычаи книжной торговли (Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 2005. Т. 1).

В связи с этим мы поддерживаем позицию отдельных специалистов, которые считают, что в условиях становления рыночной экономики акцент на регулярность (сложенность) и повторяемость (широту применения) в определении обычаев делового оборота не является определяющим, существенным. Это объясняется тем, что в России происходит перестройка социальной и экономической структуры, неизвестен состав обычаев делового оборота, прошло немного времени с момента объявления принципа свободы договора, что обусловлено кратковременностью существования рыночных отношений.

Более того, требования сложенности и широты применения соотносимы не только с обычаями делового оборота, но и с торговыми обычаями, что еще раз свидетельствует об ограниченности законодательного определения, данного в ст. 5 ГК РФ.



### **Библиографический список**

1. *Шершеневич, Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. В 2 т. Т. 1 / Г. Ф. Шершеневич. – М., 2005.
2. *Щенникова, Л. В.* Нотариус России: писец или высококвалифицированный юрист? Взгляд на тенденции развития профессионального нотариального права / Л. В. Щенникова // Нотар. вестн. – 2008. – № 9.

### **Bibliographical list**

1. *Shershenevich, G. F.* The Textbook of Russian Civil Law. In 2 vol. Vol. 1 / G. F. Shershenevich. – M., 2005.
2. *Shchennikova, L. V.* The Notary of Russia: the Copyist or the Highly Skilled Lawyer? A Sight at Tendencies of the Development of the Professional Notarial Law / L. V. Shchennikova // The Notarial Bull. – 2008. – № 9.