

Обычай в гражданском праве

КОЗЛОВА Наталия Владимировна, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, доктор юридических наук

119991, Россия, г. Москва, Ленинские горы, 1
E-mail: Kozlovanv@mail.ru

ФИЛИППОВА Софья Юрьевна, доцент кафедры коммерческого права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, кандидат юридических наук

119991, Россия, г. Москва, Ленинские горы, 1
E-mail: Filippovasy@yandex.ru

Авторы рассуждают о причинах редкого применения российскими судами правового обычая как источника гражданского права. Для ответа на этот вопрос необходимо обратиться к истории становления правового обычая. Будучи одним из древнейших источников отечественного российского права, правовой обычай получил легальное закрепление в ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации в 2012 г., заменив собой обычай делового оборота. В статье выделяются и анализируются признаки правового обычая, основанные на его легальном определении, а именно: 1) правило поведения; 2) оно сложилось; 3) широко применяется в какой-либо области деятельности; 4) не предусмотрено законодательством. По мнению авторов, обычай также характеризуется следующими признаками: нравственность, разумность, консервативность, важность. Авторы показывают, каким образом названные признаки обычая проявляются в современной российской правовой системе. Подчеркивается, что правовой обычай соответствует господствующим в обществе представлениям о нравственности и справедливости. Раскрываются понятия общеобязательности, формальной определенности обычая. Отмечается, что обычай рассчитан на неоднократное применение, распространяется на все однородные ситуации, возникающие в период его действия. Адресатом обычая является неопределенный круг лиц. Обычай формируется и применяется в определенных сферах деятельности людей (предпринимательской, банковской, биржевой и др.). Обычаи, сложившиеся в определенной сфере деятельности, могут не действовать за рамками этой сферы. В статье названы способы сбора и фиксации обычая. Различается официальная и неофициальная фиксация обычаев. Показано значение официальной фиксации обычаев, проводимой Торгово-промышленной палатой Российской Федерации и судами для уяснения содержания обычая. На примере дореволюционных и современных сборников обычаев демонстрируется польза неофициального сбора и систематизации обычаев для изучения истории российского гражданского права. Определяется место обычая среди регуляторов гражданско-правовых отношений. Выявлена коллизия в решении вопроса о соотношении обычая и диспозитивных норм законодательства. Намечены пути дальнейших исследований обычного гражданского права.

Ключевые слова: источники гражданского права, правовой обычай, обычай делового оборота, гражданское законодательство, диспозитивные нормы, императивные нормы, закон.

Custom in Civil Law

N. V. KOZLOVA, professor at the Department of civil law of the Lomonosov Moscow State University, doctor of legal sciences

1, Leninskie gory, Moscow, Russia, 119991
E-mail: Kozlovanv@mail.ru

S. Yu. FILIPPOVA, professor at the Department of business law of the Lomonosov Moscow State University, candidate of legal sciences

1, Leninskie gory, Moscow, Russia, 119991
E-mail: Filippovasy@yandex.ru

The authors discuss reasons for the rare use of legal custom by Russian courts as a source of civil law. To solve this issue, the authors refer to the history of the custom's formation. Being one of the oldest sources of domestic Russian law, the legal custom received legal consolidation in the Article 5 of the Civil Code of the Russian Federation in 2012, replacing the custom of business turnover. The article highlights and analyzes signs of legal custom based on its legal definition, namely: 1) the rule of conduct; 2) the rule that developed; 3) the rule widely used in any field of activity; 4) the rule not provided for by law. According to the authors, the custom is also characterized by signs: morality, rationality, conservatism, importance. The authors show how these signs of custom manifest themselves in the modern Russian legal system. It is emphasized that legal custom corresponds to the dominant notions of morality and justice in society. The concepts of general binding and formal certainty of custom are revealed. It is noted that the custom is designed for repeated use, applies to all homogeneous situations arising in the period of its action. The addressee of the custom is an indefinite circle of persons. Custom is formed and applied in certain areas of human activity: entrepreneurial, banking, stock exchange, and others. The customs that have developed in a certain field of activity may not operate outside the scope of this area. The article describes the methods of collecting and fixing the custom. Official and unofficial fixation of customs is different. The significance of the official fixation of customs, held by the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation and the courts, aimed at clarifying the content of the custom, is shown. Using the example of pre-revolutionary and modern collections of customs, the use of an informal collection and systematization of customs for studying the history of Russian civil law is demonstrated. The article determines the place of custom among the regulators of civil relations. A conflict has been revealed in the solution of the issue in the relationship between the custom and dispositive norms of legislation. Ways of further research on customary civil law are outlined.

Keywords: sources of civil law, custom, custom of business turnover, civil legislation, dispositive norms, imperative norms, law.

DOI: 10.12737/art_2019_1_6

Понятие обычая. Жизнь и быт людей определяются разными регуляторами, в том числе «неправовыми социальными нормами»¹. К неправовым социальным регуляторам относятся праздничные обряды, ритуалы, суеверия и др. Например, в быту распространено суеверие, что при дарении колюще-режущих предметов (ножей, вилок) одаряемый, чтобы избежать ссоры с дарителем, должен уплатить ему небольшую денежную сумму. В данном случае плата не является встречным предоставлением, не носит эквивалентно-возмездный характер. В литературе обоснованно отмечается, что уплата символической суммы не влияет на квалификацию отношений, возникших из договора дарения, как безвозмездных². Суевер-

рия, обряды, ритуалы не являются правовыми регуляторами, хотя могут учитываться при квалификации гражданско-правовых отношений, служить подспорьем для выявления действительной воли сторон, выступать доказательством совершения сделки.

Среди многочисленных социальных регуляторов особое место занимает правовой обычай. Именно обычай признается первоначальной «формой выражения положительного права»³. В конце XIX в. известный российский цивилист С. В. Пахман писал, что в сфере частных гражданских отношений большинство населения руководствуется не писанным законом, а правилами, сложившимися путем обычая и во многом не согласующимися с началами

¹ Марченко М. Н. Теория государства и права: учебник. 2-е изд. М., 2005. С. 462—464.

² См.: Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллек-

туальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2010. С. 295—296 (автор главы — Е. А. Суханов).

³ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права: в 2 т. Т. 1. М., 2005. С. 61.

законодательства. Они определяют путь, по которому должна идти дальнейшая кодификация гражданского права, которая уже не может игнорировать обычные юридические начала, существующие и соблюдаемые в жизни обширного населения страны⁴. Приведенная мысль ученого очень глубока. Законы, которые основаны на «народном духе», «чувстве права», естественным образом соблюдаются подавляющим большинством населения. В результате повышается правовая культура народа, правосознание, доверие к государству, понимающему и адекватно отражающему общественные потребности путем издания «справедливых» законов.

Значение обычая как регулятора общественных отношений осознается и современным законодателем. В Концепции развития гражданского законодательства указывалось, что многие предложения по совершенствованию общей части обязательственного права представляли собой «заимствование удачных решений, найденных при кодификации принципов договорного права в рамках УНИДРУА, в Европейском Союзе»⁵. Сложившиеся обычаи учитывались при разработке новелл Гражданского кодекса РФ. Например, долгие годы при заключении гражданскими договорами купли-продажи недвижимости (квартир, жилых домов, земельных участков) одновременно заключались договоры аренды банковской ячейки. Покупатель недвижимости помещал наличные деньги в арендованную ячейку, а банк обязывался предоставить доступ к этой ячейке продавцу недви-

жимости только при условии представления этим лицом подлинников документов, указанных в договоре аренды ячейки (свидетельства о праве собственности, документов, подтверждающих снятие граждан с регистрационного учета, и проч.). Если в установленный срок продавец не представлял эти документы, покупатель мог забрать деньги обратно. Понятно, что данный договор не является арендой, поскольку его кауза состоит не в пользовании ячейкой как имуществом. Правовая цель этого договора заключается в том, чтобы банк, будучи надежным третьим лицом, которому доверяют стороны, создал условия, обеспечивающие надлежащее исполнение сторонами обязательства, возникшего из договора купли-продажи недвижимости. Сложившиеся правила стали обычными для данной сферы деятельности и были восприняты законодателем при разработке положений о договоре условного депонирования, или эскроу (гл. 47¹ ГК РФ).

Анализ судебной практики показывает, что при разрешении споров суды крайне редко ссылаются на обычаи. В процессе исследования удалось обнаружить немногим более тысячи судебных актов, в мотивировочной части которых содержатся ссылки на правовые обычаи. Например, суд констатировал наличие в сфере оказания туристских услуг такого обычая, как направление принимающей стороне заявки на бронирование отеля посредством электронной почты, в целях повышения скорости взаимодействия между сторонами, находящимися в зонах географической удаленности⁶. При рассмотрении другого спора суд признал существование обычая в сфере предпринимательской или иной деятельности вручать документ адресату с получением от него

⁴ См.: *Пахман С. В.* Обычное гражданское право в России / под ред. *В. А. Томсинова*. М., 2003. С. 3.

⁵ См. абз. 4 п. 7 введения, п. 1.3 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.).

⁶ См. постановление Арбитражного суда Московского округа от 26 августа 2015 г. № Ф05-8250/2015 по делу № А40-153303/14.

письменного подтверждения о получении документа (расписки в получении, отметки о вручении и др.)⁷. Как видим, речь идет об устоявшихся правилах поведения, которые применяются в определенных ситуациях. В одном случае обычаем является направление документа посредством электронной почты, в другом — вручение документа с получением об этом письменного подтверждения.

Легальное определение обычая как источника гражданского права впервые было включено в ГК РФ в 2013 г. в процессе реформирования гражданского законодательства⁸. В Концепции развития гражданского законодательства необходимость изменения ГК РФ в этой части обосновывалась широким применением обычаев не только в предпринимательской деятельности, но и в иных сферах. Иные идеи по поводу формулировки определения этого источника в Концепции не отражены. Новая редакция ст. 5 ГК РФ практически дословно повторяет прежнюю, с изменением лишь сферы применения обычаев. В настоящее время «обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе». В процессе реформирования гражданского законодательства легальное определение обычая делового оборота (одного из видов обычаев) было распространено на все обычаи.

Предмет гражданского права составляют имущественные и лич-

ные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли, имущественной самостоятельности участников (ст. 2 ГК РФ). Обычаи, которые не регулируют эти отношения, не включаются в систему источников гражданского права. Обычай является источником гражданского права только в случае, если он направлен на регулирование имущественных и личных неимущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли, имущественной самостоятельности участников.

Признаки правового обычая. В легальном определении обычая нашли отражение следующие признаки: обычай есть правило поведения; это правило не предусмотрено законодательством; оно сложилось; широко применяется в какой-либо области деятельности. Данные признаки неоднократно анализировались учеными⁹. В литературе выделяют и другие признаки обычая: нравственность, разумность, важность¹⁰, корпоративность¹¹ и проч.

Обычай — это правило поведения. В этом заключается сущность обычая как источника (формы) права.

⁷ См. постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 августа 2014 г. № Ф05-8720/2014 по делу № А40-52760/13-85-515.

⁸ См. Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁹ См., например: *Вайпан В. А.* Теория справедливости: Право и экономика: монография. М., 2017; *Зыкин И. С.* Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983; *Марченко М. Н.* Источники права: учеб. пособие. М., 2008; *Овсепян Ж. И.* Источники (формы) российского права в период международной глобализации: общетеоретическое и конституционно-правовое исследование. М., 2016; *Панарина М. М.* Негосударственное регулирование торговой деятельности: унифицированные правила, обычаи и своды лучших практик: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018; *Филиппова С. Ю.* Корпоративный конфликт: возможности правового воздействия. М., 2009. С. 222—236; *Цитович П. П.* Очерк основных понятий торгового права. М., 2001.

¹⁰ См.: *Марченко М. Н.* Теория государства и права: учебник. С. 464; *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 46.

¹¹ См: *Панарина М. М.* Указ. соч. С. 70.

Обычай содержит норму права, т. е. общеобязательное, формально определенное, адресованное неопределенному кругу лиц, рассчитанное на неоднократное применение правила, призванное регулировать общественные отношения¹². Как любая правовая норма, воздействующая на поведение субъектов, обычай может содержать позитивное или негативное дозволение и (или) обязывание.

Общеобязательность обычая проявляется в том, что субъекты, осуществляющие деятельность в сфере, подпадающей под действие обычая, должны следовать этому правилу. При рассмотрении споров с участием этих субъектов суды будут применять обычай к их отношениям. Каждый обычай имеет свою сферу применения. В приведенном ранее примере с бронированием отеля посредством направления письма по электронной почте сферой применения данного обычая суд признал туристическую деятельность. За пределами области действия обычая его юридическая сила должна устанавливаться дополнительно.

Формальная определенность означает, что из содержания обычая точно известно, какое именно действие должно быть совершено, а от каких действий субъекты обязаны воздержаться. Так, обычай вручения документа под роспись предполагает обязанность получателя расписаться на копии данного документа или иным образом письменно подтвердить получение этого документа.

Адресатом обычая является неопределенный круг лиц. Например, портовый обычай распространяется на всех лиц, которые оказывают и пользуются услугами морского порта¹³.

Обычай рассчитан на неоднократное применение, т. е. распространяется на все однородные ситуации, возникающие в период его действия.

Обычай — это правило, полностью сформированное в процессе его неоднократного повторения. Как подчеркивает Ю. С. Гамбаров, основа обычая состоит не в его рациональности, а в постоянном повторяющемся характере поведения¹⁴. В современной литературе также отмечается, что, «повторяясь, действия участников гражданского оборота сплетаются в единую картину, общий нормативный смысл которой вытекает не из каждого знака-действия, знака-функции, из всей системы поведения»¹⁵.

Широта применения обычая в какой-либо области деятельности означает его известность всем субъектам, занимающимся данным видом деятельности. Любопытной особенностью применения обычая является его осознание на уровне интуиции субъекта. Субъекты уверены, что данная правовая норма существует, но не могут точно определить ее источник. Они чувствуют, что следует руководствоваться данной нормой, знают о ее существовании. Нередко они с удивлением узнают, что данное правило не закреплено прямо законом, а представляет собой обычай. В этом чувствовании, знании и заключается основа для широкого применения обычая. Как писал Ю. С. Гамбаров, под внутренним субъективным моментом следует понимать не мистические воззрения народа на право, а «реальные убеждения каждого исполняющего обычную норму права лица в том, что оно исполняет именно норму права, а не какую-либо иную норму». Это есть *opinion*

¹² См.: Червонюк В. И. Теория государства и права: учебник. М., 2009. С. 331.

¹³ См. ст. 3 Федерального закона от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

¹⁴ См.: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / под ред. В. А. Томсинова. М., 2003. С. 221—222.

¹⁵ См.: Поротиков А. И. Обычаи в гражданском праве Российской Федерации: дис. ...канд. юрид. наук. М., 2003. С. 56.

necessitatis, т. е. убеждение каждого лица, исполняющего обычай, в юридической обязательности данного правила¹⁶.

Нравственность обычая. Социальные нормы, составляющие основу обычая, тесно переплетаются с моралью. Правило, которое не соответствует представлениям народа о добре и зле, не получит общественного одобрения, не будет закреплено как устоявшееся. Именно соответствие господствующим в обществе представлениям о нравственности и справедливости позволяет правилу устояться и широко применяться в качестве обычая.

Разумность, рациональность обычая состоит в том, что правило поведения продиктовано логикой, пониманием смысла, значения, цели совершаемых действий. В приведенном примере с бронированием отеля направление заявки по электронной почте есть оптимальный способ коммуникации. Адресат находится на значительном расстоянии, а потому доставка бумажной корреспонденции займет длительное время, обойдется в значительную сумму. Электронная почта подтверждает направление письма, удостоверяет намерения, являясь наиболее быстрым и экономичным способом общения. Выбор варианта поведения в ситуации неопределенности, в отсутствие обязательного законодательного регулирования продиктован практическим опытом участников соответствующего вида деятельности. Их опыт служит основой рациональности обычая. Рациональностью, практической целесообразностью обычай отличается от суеверий, обрядов, ритуалов и проч.

Корпоративность обычая проявляется в том, что для его применения необходимо наличие некой социальной структуры, профессионального или иного сообщества. В примере с использованием электронной почты такой способ направления и

принятия заявок на бронирование отеля санкционирован сообществом лиц, оказывающих туристические и гостиничные услуги.

Обычай — это источник неписаного права. Под источниками неписаного права понимаются формы права, которые не выражены вербально. Суть не в том, что эти нормы не содержатся в каком-либо акте, не записаны кем-либо, а в том, что они вообще не имеют словесного выражения и существуют в виде идей, выраженных в поведении людей¹⁷. Существо обычая заключается в том, что он будет применяться независимо от его фиксации в каком-либо письменном документе. Содержание обычая определяется посредством оценки повторяющегося поведения субъектов в определенной ситуации. Именно в процессе этой оценки выявляются гипотеза и диспозиция обычной нормы. Гипотезой являются условия, при которых применяется норма. Диспозиция есть само обычное предписание, т. е. описание допустимого и (или) запрещенного поведения. Санкция в обычной норме является бланкетной. Это означает, что конкретный обычай не содержит собственную санкцию. За нарушение обычая будут применяться санкции, установленные законом за совершение гражданского правонарушения (возмещение убытков и др.). В приведенном ранее обычае в сфере туристической деятельности гипотезой является бронирование отеля, диспозицией — допустимость направлять заявки посредством электронной почты. Если заявка на бронирование отеля не будет принята по причине направления по электронной почте, наступают последствия, предусмотренные законом на случай необоснованного отказа от принятия заявки.

Важность обычая определяется сферой его применения и функ-

¹⁶ См.: Гамбаров Ю. С. Указ. соч. С. 200.

¹⁷ См., например: Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право: учеб. пособие. 2-е изд. М., 2017.

циями. Обычай вынужденно заполняет пробел в законодательном регулировании, когда субъекты сталкиваются с отсутствием нормы закона, определяющей их поведение. Поскольку субъекты нуждаются в регуляторах, они сами формируют эти регуляторы.

В процессе формирования, изменения и прекращения обычая проявляется *консервативность обычая*. В отличие от нормативного правового акта обычай не может появиться, измениться или исчезнуть с какой-либо даты. Обычай не может насаждаться однократным волеизъявлением. Обычай формируется в обществе в течение длительного времени, является результатом многократного повторения. Изменение обычая происходит путем постепенной адаптации поведения людей к изменившимся жизненным реалиям. Например, существовавший ранее обычай при возвращении из временного пользования лошади давать в придачу мешок овса сейчас трансформировался в обычай возвращать владельцу арендованный у него автомобиль с баком, заправленным бензином. Обычай отмирает сам собой, когда социальные отношения, регламентируемые обычаем, более не нуждаются в регламентации этой формой права. Легальное действие обычая может быть прекращено путем издания нормативного правового акта, закрепляющего иное регулирование, отличающееся от правила, ранее установленного обычаем. При этом само правило не исчезает, но перестает быть одобряемым со стороны публичной власти. Поведение людей, следующих этому правилу, будет продолжаться до тех пор, пока они не осознают противоправный характер своих действий. Для того чтобы обычаи сменились законным режимом, требуется какое-то время.

Способы сбора и фиксации обычаев. Обычаи действуют независимо от их фиксации и письменного закрепления в каких-либо докумен-

тах. Нередко обычаи собираются, систематизируются и публикуются в виде изданий.

Официальный сбор и фиксация обычаев. В Российской Федерации функции официального сбора и фиксации, «свидетельствования» обычаев, сложившихся в сфере предпринимательской деятельности, в том числе обычаев морского порта, возложены на Торгово-промышленную палату РФ¹⁸. Запрос в ТПП РФ является одним из способов получения доказательства существования и содержания обычая. Доказательство существования и содержания обычая может представить участник процесса, который ссылается на данный обычай¹⁹.

Законом предусмотрен еще один способ фиксации обычаев: публикация в печати примерных условий, разработанных для договоров соответствующего вида (п. 1 ст. 427 ГК РФ). Согласно п. 2 ст. 427 эти примерные условия будут действовать в двух случаях: 1) стороны включили в договор ссылку на эти условия как применяемые к их отношениям по договору; 2) в качестве обычаев, если они отвечают требованиям, установленным ст. 5, п. 5 ст. 421 ГК РФ²⁰.

Примером является публикация в Интернете Правил № 1.1-ЮЛ-ЛК лизинга транспортных средств и прицепов к ним, утвержденных Ге-

¹⁸ См. подп. «н» п. 3 ст. 15 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»; Положение о порядке свидетельствования Торгово-промышленной палатой Российской Федерации обычаев морских портов в Российской Федерации, утв. постановлением правления ТПП РФ от 24 декабря 2009 г. № 67-7.

¹⁹ См. п. 2 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

²⁰ См. абз. 3 п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах».

неральным директором АО «ЛК «Европлан»» 30 июня 2017 г.²¹ При рассмотрении спора, связанного с исполнением обязательства по договору лизинга, суд сослался на эти правила, поскольку в договоре лизинга стороны установили, что данные правила являются неотъемлемой частью договора²². При отсутствии в договоре такого условия суд оценивал бы возможность применения таких правил в качестве обычаев. Для признания этих Правил обычаем должны быть установлены признаки, присущие обычаям.

Неофициальный сбор и фиксация обычаев могут осуществляться любыми субъектами: исследовательскими институтами, учеными, частными лицами для различных целей. Такие сборники публикуются отдельными изданиями. Например, известны сборники обычаев, составленные С. В. Пахманом²³, В. А. Беловым²⁴ и др.

В литературе высказываются обоснованные сомнения в юридическом значении таких неофициальных сборников и обычаев, которые в них приводятся²⁵. Доводы противников считать эти сборники фиксацией обычаев сводятся к тому, что такие сборники грешат субъективизмом. Правовые обычаи существуют в невербальной форме. В процессе вербальной фиксации и систематизации обычаев авторы привносят

свои представления о регулировании. Зафиксированные в сборниках обычаи, творчески переработанные конкретным автором, не одобрены многократным повторением на практике. Они не могут адаптироваться под изменяющуюся ситуацию, нельзя установить, действует ли еще обычай, трансформировался ли он в иное правило или не применяется вовсе.

Однако научная ценность таких сборников неоспорима, поскольку они позволяют проследить развитие права. Так, о содержании древнерусского права можно судить по Русской Правде, которая является сборником обычаев.

Сфера применения обычая. В до-революционном отечественном гражданском праве обычай являлся основной формой права. В конце XIX в. была начата и активно велась подготовка Гражданского уложения. Была сформированная рабочая группа, подготовлены проекты, которые широко обсуждались. Одним из таких проектов стал проект Гражданского уложения, подготовленный Высочайше учрежденной Редакционной комиссией по составлению Гражданского уложения. Данный проект не стал законом. Однако в нем содержалось много интересных идей, подходов, позволявших лучше понять современное гражданское право, выявить направления его дальнейшего совершенствования. В проекте Положения о введении в действие Гражданского уложения (п. 20) содержалось указание о существовании местных обычаев в быту народа, хозяйстве, промышленности и торговле и устанавливалось, что они «могут быть применяемы по делам гражданским в случаях, дозволенных законом или положительно не разрешаемых законами». Однако уже при обсуждении данного проекта приведенное определение сферы использования и применения обычая рассматривалось как чересчур широкое. В частности, предлагалось исключить из текста проекта слова «или

²¹ URL: <https://euoplan.ru/.../7e9f2debcb28-4d3c-92ad-570f786159bb>.

²² См. постановление Арбитражного суда Московского округа от 30 ноября 2017 г. № Ф05-16570/2017 по делу № А40-32379/2017; определение ВС РФ от 22 марта 2018 г. № 305-ЭС18-1609.

²³ См.: Пахман С. В. Указ. соч.

²⁴ См.: Белов В. А. Торговые обычаи как источники международного торгового права: содержание и применение // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 1. С. 52—101.

²⁵ См.: Филиппова С. Ю. Корпоративный конфликт: возможности правового воздействия. М., 2009. С. 228—229.

положительно не разрешаемых законами», поскольку в этом случае фактически нарушалась система толкования закона по аналогии. Возражения против этого довода сводились к тому, что ни одно законодательство не может следовать за быстро развивающейся сферой торговых сделок. Отмечалось, что в области торговых сделок значение обычного права очень велико, «уменьшать это значение было бы равносильно существенному стеснению торгового оборота»²⁶.

Обычай сохранил свое значение и в советский период отечественной истории. В ГК РСФСР 1922 г. обычай как источник права не упоминался, однако применялись, например, морские обычаи. Это было обусловлено потребностями регулирования международной торговли, международных морских перевозок. Вероятно, по политическим причинам ГК РСФСР 1964 г. также прямо не называл обычай источником гражданского права, несмотря на их фактическое применение. В 1994 г. были легализованы обычаи делового оборота, которые применялись в сфере предпринимательской деятельности.

Сегодня можно обнаружить множество обычаев, применяемых в отдельных областях: банковские обычаи; портовые обычаи; торговые обычаи и проч. Весьма распространены являются обычаи делового оборота, ссылки на которые встречаются во многих законах, в том числе в части второй ГК РФ. Так, обычаи

делового оборота упоминаются в п. 2 ст. 459 ГК РФ, определяющем момент перехода риска случайной гибели (повреждения) товара, проданного во время его нахождения в пути.

Для уяснения содержания понятия «обычай делового оборота» следует использовать историческое и телеологическое толкование. Часть вторая ГК РФ была принята в период действия ст. 5 части первой ГК РФ. Согласно ст. 5 ГК РФ обычаи делового оборота рассматривались как применяемые в сфере предпринимательской деятельности. Поэтому в настоящее время нормы части второй ГК РФ, в которых содержится ссылка на обычаи делового оборота, следует толковать как ссылку на обычаи, существующие в сфере предпринимательской деятельности.

Действие обычая, его соотношение с императивными и диспозитивными нормами законодательства и условиями договора является дискуссионным вопросом для отечественного правопорядка²⁷. Действующее законодательство не позволяет однозначно ответить на вопрос о месте обычая в системе источников гражданского права.

В силу ст. 5 ГК РФ не применяются обычаи, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору. Как видим, в иерархии регуляторов отношений сторон обычай поставлен законом ниже императивных норм законодательства, а также условий договора. Обычай оказывается выше диспозитивных норм законодательства.

Между тем ст. 309 ГК РФ иначе определяет место обычая среди регуляторов договорных отношений: обязательства должны исполняться «в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обы-

²⁶ См.: Гражданское уложение. Кн. 1: Положения общие: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / под ред. И. М. Тютрюмова; сост. А. Л. Саатчиан. М., 2007. (по изд.: Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (С объяснениями, извлеченными из трудов редакционной комиссии) / под ред. И. М. Тютрюмова; сост. А. Л. Саатчиан. Т. I. СПб., 1910). С. 20.

²⁷ См., например: Панарина М. М. Указ. соч.

чаями или иными обычно предъявляемыми требованиями». Аналогичным образом соотношение обычая с диспозитивной нормой законодательства описано в п. 5 ст. 421 ГК РФ: «Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями, применимыми к отношениям сторон». Получается, что обычай поставлен ниже не только императивных норм законодательства и условий договора, но также предписаний, содержащихся в любых нормативных правовых актах, в том числе диспозитивных.

Для применения обычая суду необходимо знать о существовании и содержании обычая. Поскольку суд не является профессиональным участником того вида деятельности, которую регулирует соответствующий обычай, он должен установить наличие и содержание обычая с помощью средств доказывания. Установление содержания обычая является весьма непростой задачей, требующей оценки множества факторов, высокой профессиональной квалификации суда.

Любопытно, что в проекте Положения о введении в действие Граж-

данского уложения (п. 20) были указаны два случая допустимости применения местных обычаев: 1) если это прямо предусмотрено («дозволено») законом; 2) если существует пробел в законодательстве («по делам», «положительно не разрешаемых законами»). Предполагалось исключить применение местных обычаев в случаях, когда «оно нарушало бы точный смысл договоров или актов, законным порядком совершенных»²⁸.

Выводы. Для признания неписаных правил источником гражданского права их надлежит оценивать на предмет соответствия признакам правового обычая. Очевидно, что роль и место правового обычая в системе регуляторов гражданско-правовых отношений в настоящее время не оценены должным образом. Правовой обычай как источник гражданского права требует дополнительного изучения.

²⁸ См.: Гражданское уложение. Кн. 1: Положения общие: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / под ред. И. М. Тютрюмова; сост. А. Л. Саатчиан. С. 20.

Библиографический список

- Марченко М. Н. Теория государства и права: учебник. 2-е изд. М., 2005.
- Белов В. А. Торговые обычаи как источники международного торгового права: содержание и применение // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 1.
- Вайпан В. А. Теория справедливости: Право и экономика: монография. М., 2017.
- Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / под ред. В. А. Томсинова. М., 2003.
- Гражданское уложение. Кн. 1: Положения общие: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / под ред. И. М. Тютрюмова; сост. А. Л. Саатчиан. М., 2007.
- Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (С объяснениями, извлеченными из трудов редакционной комиссии) / под ред. И. М. Тютрюмова; сост. А. Л. Саатчиан. Т. I. СПб., 1910.
- Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983.
- Марченко М. Н. Источники права: учеб. пособие. М., 2008.
- Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право: учеб. пособие. 2-е изд. М., 2017.
- Марченко М. Н. Теория государства и права: учебник. 2-е изд. М., 2005.
- Мейер Д. И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997.
- Овсепян Ж. И. Источники (формы) российского права в период международной глобализации: общетеоретическое и конституционно-правовое исследование. М., 2016.

Панарина М. М. Негосударственное регулирование торговой деятельности: унифицированные правила, обычаи и своды лучших практик: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018.

Пахман С. В. Обычное гражданское право в России / под ред. В. А. Томсинова. М., 2003.

Поротиков А. И. Обычаи в гражданском праве Российской Федерации: дис. ...канд. юрид. наук. М., 2003.

Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2010.

Филиппова С. Ю. Корпоративный конфликт: возможности правового воздействия. М., 2009.

Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001.

Червонюк В. И. Теория государства и права: учебник. М., 2009.

Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права: в 2 т. Т. 1. М., 2005.

References

Belov V. A. Torgovye обычаи как источники международного торгового права: содержание и применение. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*, 2013, no. 1.

Chervonyuk V. I. Teoriya gosudarstva i prava. Moscow, 2009.

Filippova S. Yu. Korporativnyy konflikt: vozmozhnosti pravovogo vozdeystviya. Moscow, 2009.

Gambarov Yu. S. Grazhdanskoe pravo. Obshchaya chast. Ed. V. A. Tomsinov. Moscow, 2003.

Grazhdanskoe ulozhenie. Kniga 1: Polozheniya obshchie: proekt Vysochayshe uchrezhdennoy Redaktsionnoy komissii po sostavleniyu Grazhdanskogo ulozheniya (s obyasneniyami, izvlechennymi iz trudov Redaktsionnoy komissii). Eds. I. M. Tyutryumov, A. L. Saatchian. Moscow, 2007.

Grazhdanskoe ulozhenie. Proekt Vysochayshe uchrezhdennoy Redaktsionnoy komissii po sostavleniyu Grazhdanskogo ulozheniya (S obyasneniyami, izvlechennymi iz trudov redaktsionnoy komissii). Eds. I. M. Tyutryumov, A. L. Saatchian. Vol. I. St. Petersburg, 1910.

Marchenko M. N. Istochniki prava. Moscow, 2008.

Marchenko M. N. Sudebnoe pravotvorchestvo i sudeyskoe pravo. 2nd ed. Moscow, 2017.

Marchenko M. N. Teoriya gosudarstva i prava. 2nd ed. Moscow, 2005.

Meyer D. I. Russkoe grazhdanskoe pravo. Vol. 1. Moscow, 1997.

Ovsepyan Zh. I. Istochniki (formy) rossiyskogo prava v period mezhdunarodnoy globalizatsii: obshcheteoreticheskoe i konstitutsionno-pravovoe issledovanie. Moscow, 2016.

Pakhman S. V. Obychnoe grazhdanskoe pravo v Rossii. Ed. V. A. Tomsinov. Moscow, 2003.

Panarina M. M. Negosudarstvennoe regulirovanie torgovoy deyatelnosti: unifitsirovannyye pravila, обычаи i svody luchshikh praktik. Cand. diss. Moscow, 2018.

Porotikov A. I. Обычаи в гражданском праве Россиyskoy Federatsii. Cand. diss. Moscow, 2003.

Rossiyskoe grazhdanskoe pravo. Vol. 1. Obshchaya chast. Veshchnoe pravo. Nasledstvennoe pravo. Intellektualnye prava. Lichnye neimushchestvennye prava. Ed. Ye. A. Sukhanov. Moscow, 2010.

Shershenevich G. F. Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava. Vol. 1. Moscow, 2005.

Tsitovich P. P. Ocherk osnovnykh ponyatiy torgovogo prava. Moscow, 2001.

Vaypan V. A. Teoriya spravedlivosti: Pravo i ekonomika. Moscow, 2017.

Zykin I. S. Обычаи i obyknoveniya v mezhdunarodnoy torgovle. Moscow, 1983.

