



Термин «обычай» имеет несколько значений. В качестве собирательного понятия он охватывает как собственно обычай, так и традиции и обыкновения (в том числе заведенный порядок). Гражданский кодекс использует в основном термин «обычай делового оборота».

Наряду с термином «обычай делового оборота» гражданское законодательство (ст. 309, 438, 474, 478, 992 ГК) использует универсальное (родовое) понятие — «обычно предъявляемые требования». Термины «обыкновение», «заведенный порядок» не применяются.

Обычай в широком значении можно подразделить на правовой и неправовой. Правовой обычай — это источник права, т. е. неоднократно и достаточно широко применяемое правило поведения, отражающее правовое содержание общественных отношений, которому придана форма позитивного права. Эти свойства правового обычая отличают его от традиций, обыкновений и заведенного порядка.

Разновидностью правового обычая являются обычаи делового оборота (ОДО). В силу ст. 5 ГК обычаем делового оборота признается 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. Кроме того, в российском законодательстве используется также «торговый обычай».

В п. 3 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» говорится о принятии третейским судом решения с учетом торговых обычаев, применяемых к данной сделке. Таким образом, термин «торговый обычай» уже по своему объему, чем понятие «обычаи делового оборота».

Теперь рассмотрим признаки обычая делового оборота. ОДО характеризуются следующими признаками. Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в сфере предпринимательской деятельности правило поведения. Внедрение обычаев в поведение людей — длительный процесс, в ходе которого известные правила перерастают в привычку. В этом смысле обычай имеет

«консервативный» характер.

Обычай рассчитан на широкое и массовое исполнение. В отличие от индивидуальных велений он есть правило поведения общего действия, хотя по содержанию — это детализированные нормы. Только такие нормы могут войти в результате многократного повторения в привычку.

ОДО выступают в виде отдельных изолированных друг от друга правил поведения. Они не образуют единой и целостной системы. В ряде случаев обычаи фиксируются в определенном документе. Однако в силу ст. 5 ГК РФ обычай существует независимо от того, зафиксировано ли оно (правило) в каком-либо документе. Не случайно в литературе указывается на «неписанный» характер обычного права. Это позволяет отличать его от источников права «писанного», будь то закон или прецедент.

В Российской Федерации были опубликованы сборники обычаев в области внешней торговли (например, торговые и портовые обычаи). Тем не менее унификация деловых обычаев еще не получила должного развития. Причины здесь разные. Одна из них — проблема объективного и непредвзятого описания обычая, а не просто собирание свода обычаев.

В Гражданском кодексе РФ правила об ОДО содержатся в ст. 5, 6, 309, 311, 312, 314, 316, 406, 427, 431, 438, 451, 452, 474, 478, 508, 516, 513, 848, 862, 863, 867, 874, 891, 985, 992, 998. В частности, в Кодексе называются в качестве ОДО примерные условия договора в случаях, когда в договоре нет отсылки к этим условиям. В соответствии со ст. 427 ГК примерные условия должны отвечать требованиям ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК. Примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа.

Однако сам по себе факт публикации текста примерного договора в печати (такие публикации в Российской Федерации распространены) не дает основание считать такой опубликованный примерный договор обычаем. Как справедливо указывал Л. А. Лунц, «не следует смешивать формуляры или типовые контракты с обычаями». Примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота лишь тогда, когда они отвечают признакам, названным в ст. 5 ГК.

Поэтому ссылка в суде при рассмотрении спора в качестве аргумента в пользу наличия обычного правила на то или иное положение, принятое в каком-либо типовом контракте, не является неоспоримым доказательством существования правового обычая и должна оцениваться судом с учетом всей совокупности

обстоятельств.

Соотношение ОДО с положениями законодательства или договора определено п. 2 ст. 5 ГК. ОДО, противоречащие обязательным требованиям (правилам), содержащимся в законодательстве либо договоре, не применяются. Российская официальная доктрина не допускает применение обычаев, противоречащих императивным предписаниям законодательства. Мы считаем, что такое соотношение между ОДО и императивными нормами, а также между ОДО и договором оправдано.

ОДО исполняются в силу привычки. Однако, будучи источником предпринимательского права, обычай должен быть санкционирован государством. Существуют разные способы государственного санкционирования обычая. К ним относятся: законодательное; правоприменительное; ведомственное; договорное; «молчаливое» санкционирование посредством соблюдения обычая в деятельности государственных органов и учреждений; признание государствами международного обычая; государственное санкционирование обычаев, систематизированных и призванных негосударственными организациями.

В то же время модель государственного санкционирования не лишена отдельных недостатков. Так, модель законодательного санкционирования может привести к поглощению обычая законом, когда законодатель, переписав обычай в закон, тем самым стирает между ними имеющиеся различия.

На наш взгляд, указанный недостаток нельзя понимать односторонне.

Во-первых, надо проводить разграничение между ссылками в законе на использование в той или иной ситуации обычного правила и нормами закона (или иного правового акта), в которых помещены правовые обычаи. Сама по себе ссылка в законе не влияет на содержание обычая, а главное, не лишает его статуса обычая. Другое дело, когда обычное правило «перекачивало» в закон. В этом случае обычай, действительно, перестает быть «неписанным» правилом. Однако вряд ли здесь можно говорить о недостатках законодательного санкционирования обычая.

Данный процесс является закономерным; он свидетельствует о взаимодействии различных видов источников права в процессе правового регулирования общественных отношений. Именно таким образом судебные прецеденты в англо-американском праве переходят в ранг закона (статута). В свое время многие торговые обычаи Англии превратились в писанные правила статутного права. И это

понятно и логично.

Во-вторых, мы ничего плохого не усматриваем в ситуациях, когда обычаи систематизируются в виде сборников. Письменная форма сборника качественно не влияет на содержание обычаев; последние не утрачивают статуса правовых обычаев и не превращаются в норму закона.

Итак, ОДО относятся к правовым обычаям, что отличает их от традиций, обрядов и заведенного порядка. В судебной практике не всегда проводится четкое разграничение между указанными понятиями. Так, в п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 в качестве примера обычая названы «традиции исполнения тех или иных обязательств». Однако сами по себе традиции исполнения, на наш взгляд, — еще не обычай; они становятся обычаем только при наличии всех названных в ст. 5 ГК признаков обычая.

В юридической литературе и на практике спорным является вопрос о соотношении обычаев и обыкновений. Нередко эти понятия отождествляются, хотя предпринимались попытки дать определение обыкновения и раскрыть его специфику. Например, как считает В. В. Попов, в основе понятия обычая лежит интерпретация нормы как прескриптивного (предписывающего) высказывания. В то же время понятие обыкновения основано на интерпретации понятия нормы как дескриптивного (описывающего) высказывания. Иначе говоря, в основе указанного различия лежит выделение двух функций языка — описания и оценки.

Развернутая характеристика торгового обыкновения дана И. С. Зыкиным, по мнению которого обыкновение есть правило, сложившееся в сфере внешней торговли (в нашем случае — в сфере предпринимательской деятельности) на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений. Обыкновение считается входящим в состав волеизъявления по сделке в случае его соответствия намерению сторон. Обыкновения не являются источником права. Они применяются только тогда, когда эти правила известны сторонам и нашли отражение в договоре в виде прямой отсылки или подразумеваемого условия.

Мы солидарны с теми учеными, которые не ставят знак равенства между обычаями и обыкновениями. Приведем примеры обыкновений.

Во внешней торговле применяются Международные правила по толкованию торговых терминов «Инкотермс» (в настоящее время действует редакция 2000 г.). Инкотермс представляет собой свод правил, носящих факультативный,

необязательный характер. Они применяются, если на них (правила) сделана прямая ссылка в контракте, а в нем не предусмотрено иное, чем в тексте Инкотермс.

В литературе и на практике имеется неоднозначная трактовка Инкотермс. То торговые термины называются деловыми обыкновениями, то их относят к обычаям делового оборота. Так, в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1996 г. № 10 (п. 11) прямо говорится, что арбитражный суд при решении спора применяет обычаи в сфере международной торговли, используя формулировки Инкотермс, если стороны договорились об этом при заключении внешнеэкономического контракта. Как видно из материалов дела, стороны при заключении сделки договорились, что поставка продукции будет осуществляться на условиях СИФ (морская перевозка).

Однако здесь речь идет не об обычае делового оборота, а о деловом обыкновении. В частности, такой же позиции придерживается Н. Вилкова. В свою очередь, И. С. Зыкин воздерживается от квалификации Инкотермс в качестве торгового обычая либо обыкновения, отмечая, что базисы поставки «могут скорее служить одним из доказательств наличия обычных правил».

Действительно, резонно возникает вопрос: каких правил? Думается, что Инкотермс по общему правилу являются деловым обыкновением. Но в ряде государств торговые правила выполняют роль обычая делового оборота. Например, в силу законодательства Австрии, Франции, Германии условия Инкотермс применяются тогда, когда это специально не оговорено в контракте.

Примером деловых обыкновений могут служить многочисленные проформы договоров, разработанные Европейской экономической комиссией (ЕЭК) ООН. Наиболее известны: проформы № 188 и 574 «Общие условия экспортных поставок машинного оборудования», № 188а и 574а «Общие условия экспортных поставок и монтажа машинного оборудования», № 188d и 574с1 «Общие условия монтажа машинного оборудования за границей», № 730 «Общие условия купли-продажи для импорта и экспорта потребительских товаров длительного пользования и других металлоизделий серийного производства».

При заключении внешнеэкономических контрактов с предприятиями (фирмами, компаниями) стран — бывших членов СЭВ часто используются Общие условия поставки товаров (ОУП СЭВ). Сейчас ОУП СЭВ и другие связанные с ними акты носят необязательный (рекомендательный) характер. В процессе их применения наблюдается тенденция по превращению некоторых содержащихся в ОУП правил в

деловые обыкновения либо деловые обычаи. Таким образом, в современном экономическом обороте провести границу между обычаем и обыкновением — вопрос непростой, особенно если учесть, что в реальной действительности обыкновения зачастую перерастают в обычаи.