

**ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ОБЫЧАЕВ ДЕЛОВОГО ОБОРОТА
И ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ НОРМ В МЕХАНИЗМЕ
ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ**

Значение обычая делового оборота как гражданско-правовой нормы состоит в том, что он, наряду с другими правовыми средствами, участвует в правовом регулировании общественных отношений. Поэтому важно рассмотреть обычай делового оборота в действии, определить его роль в механизме гражданско-правового регулирования, выявить характер его взаимодействия с законодательными нормами.

Место обычая делового оборота в механизме гражданско-правового регулирования. Элементами механизма гражданско-правового регулирования выступают гражданско-правовые нормы, которые составляют его правовую основу, сделки, в том числе гражданско-правовые договоры, административные и судебные правовые акты, юридические факты¹, правоотношения. Состав элементов механизма гражданско-правового регулирования может меняться применительно к различным случаям. При этом в нем всегда присутствуют правовые средства, юридические факты и правоотношения. Меняется прежде всего набор правовых средств, воздействующих на предмет правового регулирования. К правовым средствам относятся гражданско-правовые нормы, которые составляют правовую основу механизма гражданско-правового регулирования, сделки, в том числе гражданско-правовые договоры, административные и судебные правовые акты².

Гражданско-правовые нормы, составляющие правовую основу механизма гражданско-правового регулирования, неоднородны

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

¹ Сделки, административные и судебные правовые акты, имеющие юридико-фактическое значение выделены особо, поскольку они, помимо этого, относятся к регулятивным правовым средствам.

² Подробнее о механизме гражданско-правового регулирования и его элементах см.: Казанцев М.Ф. Договорное регулирование: Цивилистическая концепция. Екатеринбург: УрО РАН, 2005. С. 250-268.

по своему составу и характеру. К ним относятся как нормы закона (иного нормативного правового акта), так и гражданско-правовые обычаи, в том числе – обычаи делового оборота.

Характер взаимодействия правовых норм между собой, а также способ воздействия их на регулируемые отношения во многом обуславливается свойствами самих правовых норм. В этой связи важно определить, к какому виду правовых норм относится обычай делового оборота.

В правоведении широко используется деление юридических норм на императивные и диспозитивные. Различает их и законодатель. При этом диспозитивными признаются правовые нормы, которые применяются постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное. Иными словами, это нормы, от которых стороны вправе отступить, установив условие, отличное от предусмотренного в них, или применение которых стороны могут исключить своим соглашением¹. К императивным нормам законодатель относит обязательные для сторон правила, установленные законом или иным правовым актом (ст. 422 ГК РФ). Это означает, что стороны в договоре не вправе отступить от правила, предписанного такими нормами². Деление правовых норм на императивные и диспозитивные имеет значение прежде всего для выявления характера их воздействия на отношения сторон по договору.

Особенностью обычаев делового оборота является то обстоятельство, что *все обычаи делового оборота, как правовые нормы, являются диспозитивными*. Диспозитивность обычаев делового оборота вытекает прежде всего из п. 2 ст. 5 ГК РФ, согласно которому обычаи делового оборота, противоречащие договору, не применяются, а также из п. 5 ст. 421 ГК РФ, в соответствии с которым условия договора определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон, если соответствующее условие не определено сторонами. Кроме того, диспозитивный характер

¹ Приведенная характеристика диспозитивной нормы основана на положениях п. 4 ст. 421 ГК РФ.

² В отдельных редких случаях стороны могут отступить и от императивной нормы, но только в допустимых, ограниченных пределах, что отличает такие ограниченно-императивные нормы от диспозитивных норм, где стороны могут отступить от них в неограниченных пределах.

обычаям делового оборота придается нормой ст. 309 ГК РФ, из которой следует, что обычаи делового оборота регулируют обязательственные отношения лишь при отсутствии условий обязательства.

Указанные нормы ГК РФ придают диспозитивный характер сразу всем обычаям делового оборота, независимо от их вида и формы внешнего выражения. Изложенный способ придания обычаям делового оборота диспозитивного характера отличается от типичного, при котором диспозитивная оговорка содержится в самой диспозитивной норме (по схеме «если иное не предусмотрено договором, то...»). При таком способе сами обычаи внешне имеют вид обязательных правил, но вместе с тем по своей юридической сущности являются диспозитивными нормами. Очевидно, эта особенность ввела в заблуждение авторов, признающих, что «обычаи делового оборота имеют императивный характер для сторон сделки»¹.

Общая характеристика взаимодействия обычая делового оборота с законодательными правовыми нормами. В современном российском гражданском праве взаимодействие обычая делового оборота с законодательными правовыми нормами² определяется прежде всего тем, что обычай делового оборота имеет подчиненное значение по отношению к законодательным правовым нормам.

Ярким свидетельством его зависимость от закона положения служит тот факт, что именно закон санкционирует обычаи делового оборота и таким образом вводит их в российскую правовую систему. Более того, именно нормы закона устанавливают статус (правовой режим) обычая делового оборота, то есть определяют его юридическую силу, место обычая делового оборота среди других правовых регуляторов и условия его применения.

О доминирующей роли закона по отношению к обычаю делового оборота свидетельствует, кроме всего прочего, тот очевид-

¹ Мекка О., Штыкова Н. Применение судами обычаев делового оборота и торговых обыкновений // Российская юстиция, 2001. № 9. С. 33.

² Законодательными правовыми нормами здесь и далее обобщенно именуется правовые нормы, содержащиеся как в законе, так и в ином нормативном правовом акте. В таком же широком значении используются термины «закон», «норма закона», если иное их значение специально не оговаривается и не следует из контекста.

ный факт, что в общем массиве гражданско-правовых норм обычаи делового оборота составляют лишь незначительную часть.

Характеризуя соотношение обычая и закона в странах романо-германского (континентального) права, традиционно выделяют три вида обычаев: обычаи «в дополнение к закону» (*secundum legem*); обычаи «кроме закона» (*praeter legem*); обычаи «против закона» (*adversus* или *contra legem*). Такое деление обычаев достаточно широко применяется в юридической литературе. Его использовали как в работах начала XX в., так и в настоящее время. Еще Ю.С. Гамбаров, исследуя вопрос о силе обычного права в европейских законодательствах, писал о дерогативной силе обычного права, под которой понималось «образование обычного права, противоречащего закону (*contra legem*)»¹ и субсидиарной его силе, выражающейся в восполнении и развитии обычным правом закона (*praeter legem*) «в случаях представляемых им пробелов и неясностей».² Обычаи указанных двух типов имели место в тех государствах, где законодатель ставил обычное право наравне с законом. Наряду с ними, Ю. Гамбаров выделял страны, где применение обычного права допускалось «лишь настолько, насколько сам закон в отдельных случаях указывает на него»³. В таком случае речь шла об обычаях, применяемых лишь «в дополнение к закону».

Позже приведенное деление было использовано известным французским ученым Рене Давидом в его книге «Основные правовые системы современности»⁴ и вслед за ним приведено в работах целого ряда современных, в том числе российских исследователей⁵.

¹ Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. СПб., 1911. С. 222-223.

² Там же. С. 223.

³ Там же. С. 222.

⁴ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Изд. 10-е / Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1997. С. 94-95.

⁵ См., например: Марченко М.Н. Обычай в системе источников романо-германского права // Вестник Московского гос. ун-та, 2000. № 5. С. 50-53; Мартынова Т.С., Коваль Г.О. Обычай как источник французского част-

Вместе с тем указанный подход к определению характера взаимоотношения обычая и закона дает лишь приблизительное представление о возможных вариантах соотношения этих двух важнейших правовых регуляторов. В частности, он не позволяет дать точную оценку соотношению юридической силы разных типов обычаев и законодательных норм. Кроме того, такая оценка важна при рассмотрении взаимодействия обычая и закона. Здесь требуется более точный, детальный анализ характера взаимодействия обычая и закона в российском гражданском праве.

В российском законодательстве место обычая делового оборота в ряду других средств правового регулирования, в том числе по отношению к законодательным нормам, определяется в ст. 309 ГК РФ, согласно которой «обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями». Из приведенного правила следует, что нормы закона и иных правовых актов имеют приоритет перед обычаем делового оборота в процессе регулирования обязательственных отношений. Учитывая, что отношения, регулируемые обычаями делового оборота, относятся к сфере обязательственных отношений, следует признать, что норма ст. 309 ГК РФ содержит общее правило о приоритете любых законодательных норм перед обычаем делового оборота.

В процессе гражданско-правового регулирования обычай делового оборота взаимодействует как с императивными, так и с диспозитивными законодательными нормами, причем характер его взаимодействия с теми и другими нормами не одинаков. В этой связи важно подробнее рассмотреть механизм взаимодействия обычая делового оборота с императивными и диспозитивными законодательными нормами, выявив при этом соотношение юридической силы законодательных норм с обычаем делового оборота.

ного права // Кодекс-info, 1999. № 8; Зумбулидзе Р.З. Обычное право как источник (форма) гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 23-24; Ровный В.В. Обычай в частном праве. Иркутск: Иркутский гос. ун-т, 2004. С. 65.

Взаимодействие обычая делового оборота с императивными законодательными нормами. Характер взаимодействия обычая делового оборота с императивными законодательными нормами определяется в первую очередь соотношением юридической силы этих двух видов правовых норм.

Императивные нормы гражданского права независимо от того, в законе или ином правовом акте они содержатся, имеют большую юридическую силу по сравнению с обычаем делового оборота. Этот вывод следует из положения п. 2 ст. 5 ГК РФ, согласно которому обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства, не применяются. При этом под обязательными для участников соответствующего отношения положениями законодательства подразумеваются именно императивные законодательные нормы, поскольку приведенная формулировка по существу совпадает с характеристикой императивной нормы, содержащейся в ст. 422 ГК РФ. В указанной статье императивная норма характеризуется как обязательное для сторон правило, установленное законом и иными правовыми актами. Иной позиции на этот счет придерживается В.В. Ровный, по мнению которого «обязательные правила, о которых говорится в п. 2 ст. 422, не тождественны обязательным положениям, о которых идет речь в п. 2 ст. 5 ГК, поскольку эти статьи выполняют разные функции»¹. Однако изложенная позиция представляется небезупречной с точки зрения традиционного разграничения императивных и диспозитивных правовых норм. Диспозитивные нормы, в отличие от императивных, не являются обязательными для сторон в том смысле, что стороны своим соглашением всегда могут исключить применение диспозитивной нормы, либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. Поэтому следует признать, что правило п. 2 ст. 5 ГК РФ касается взаимодействия обычая делового оборота лишь с императивными законодательными нормами и не распространяется на случаи его взаимодействия с диспозитивными нормами. Характер взаимодействия обычая делового оборота с диспозитивными нормами отдельно раскрывается в п. 5 ст. 421 ГК РФ.

¹ *Ровный В.В.* Обычай в частном праве ... С. 60.

Главным правовым следствием превосходства юридической силы императивных законодательных норм над обычаем делового оборота является то обстоятельство, что в случае противоречия обычая делового оборота императивной норме закона, обычай не применяется.

Важно отметить, что факт противоречия обычая закону не влияет на факт существования обычая как такового. Императивная норма не уничтожает противоречащий ей обычай, который продолжает существовать как правовая норма. Этот вывод прежде всего основан на положениях ст. 5 ГК РФ. Для квалификации правила в качестве обычая делового оборота достаточно, чтобы оно соответствовало признакам, предусмотренным п. 1 ст. 5 ГК РФ. Соответствие обычая делового оборота закону не является его существенным признаком, отсутствие которого свидетельствует об отсутствии самого обычая делового оборота. Как было верно подмечено видным русским цивилистом В.М. Нечаевым, «обязательность непротиворечия с законом обуславливается не свойствами права обычного, могущего стоять и в разноречии с законом, а силой последнего»¹. Здесь уместно провести аналогию с нормативным правовым актом, не соответствующим правовому акту большей юридической силы. Он также не может применяться, но в то же время как правовой акт продолжает существовать.

Последствие противоречия обычая делового оборота императивной норме закона достаточно четко обозначил сам законодатель. В п.2 ст. 5 ГК РФ прямо указывается на неприменение противоречащего закону обычая делового оборота. В случае если бы такое противоречие влекло иные, более серьезные последствия, закон должен был бы специально указать на них.

С учетом изложенного, из рассмотренных положений ГК РФ можно вывести следующее общее правило, отражающее соотношение императивных законодательных норм с обычаем делового оборота. *В случае, когда отношения прямо урегулированы императивной законодательной нормой и существует противоречащий такой норме и регулирующий те же отношения обычай делового оборота, последний не подлежит применению.*

¹ Нечаев В. Право обычное // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Т. 24А(48). СПб., 1898. С. 911.

Вместе с тем при анализе взаимодействия императивных законодательных норм и обычаев делового оборота следует учитывать особенности, обусловленные характером норм (общие или специальные) и способом их применения (прямое применение или применение по аналогии). С учетом отмеченных особенностей, необходимо рассмотреть взаимодействие: 1) специальной императивной законодательной нормы и общего обычая делового оборота; 2) общей императивной законодательной нормы и специальной обычая делового оборота; 3) императивной законодательной нормы, применимой к отношениям по аналогии и обычая делового оборота.

Рассматривая взаимодействие специальной императивной нормы и общего обычая делового оборота, следует учитывать, что в случае, когда отношения прямо урегулированы специальной императивной нормой и существует противоречащий такой норме общий обычай делового оборота, последний не подлежит применению в сфере регулируемых такой нормой отношений. В то же время, поскольку предмет регулирования общего обычая делового оборота шире предмета регулирования специальной императивной нормы, общий обычай нельзя признать противоречащим специальной императивной норме за пределами регулируемых ею отношений. Следовательно, противоречие общего обычая делового оборота специальной императивной норме не препятствует применению такого обычая к отношениям, на которые специальная императивная норма не распространяется.

Взаимодействие специальной императивной нормы и общего обычая делового оборота можно проиллюстрировать на следующем примере.

В силу того, что в гражданском законодательстве не содержится общих требований относительно содержания и формы передаточных надписей, а также надписей, отражающих условия кредитования на частях двойного складского свидетельства, на практике в этой сфере сложились правила, которые с течением времени приобрели характер обычаев делового оборота. В то же время, содержание и порядок совершения соответствующих надписей на двойных складских свидетельствах в отношении двойных складских свидетельств, выдаваемых Гохраном России, урегулированы в приказе Гохрана России от 16 февраля 2000 г. № 42, точнее – в ут-

вержденном этим приказом «Положении о двойных складских свидетельствах».

В соответствии с п. 8.1 указанного нормативного правового акта «для целей осуществления прав по двойному складскому свидетельству Гохрана России предъявление двойного складского свидетельства Гохрана России с бланковой последней передаточной надписью не допускается». В то время как, согласно сложившимся обычаям делового оборота, надписи на залоговом свидетельстве, отражающие условия, на которых товаровладелец получил кредит при отделении складского свидетельства от залогового свидетельства при передаче последнего в залог кредитору, допускается производить в виде передаточной надписи, которая может быть бланковой. В приведенном случае общий обычай делового оборота, допускающий бланковую передаточную надпись на двойном складском свидетельстве, явно противоречит императивному положению специального нормативного правового акта, согласно которому предъявление двойного складского свидетельства с бланковой надписью не допускается. Выявленное противоречие не позволяет применять сложившийся обычай делового оборота к отношениям, на которые распространяется Положение, регулирующее «порядок выдачи, обращения и погашения двойных складских свидетельств Государственного учреждения по формированию Государственного фонда драгоценных металлов и драгоценных камней Российской Федерации, хранению, отпуску и использованию драгоценных металлов и драгоценных камней (далее – Гохран России) при Министерстве финансов Российской Федерации, выдаваемых в подтверждение принятия на хранение Гохраном России ценностей»¹. В то же время противоречие общего обычая делового оборота императивным нормам, содержащимся в Приказе Гохрана России, не препятствует применению такого обычая делового оборота к любым другим отношениям, на которые указаный специальный нормативный правовой акт не распространяется, а именно – в сфере обращения двойных складских свидетельств, выдаваемых любыми другими субъектами, кроме Гохрана России.

¹ Пункт 1.1 Положения о двойных складских свидетельствах Гохрана России, утвержденного Приказом Гохрана России от 16 февраля 2000 г. № 42.

Взаимодействие общей императивной нормы и специального обычая делового оборота имеет ту особенность, что в случае, когда отношения прямо урегулированы общей императивной нормой закона и существует противоречащий такой норме специальный обычай делового оборота, последний может применяться, если такая возможность специально предусмотрена законом.

Возможность применения обычая, противоречащего императивной законодательной норме, носит исключительный характер. В отношении обычаев делового оборота такая возможность в российском гражданском законодательстве в настоящее время не реализована. По специальному указанию закона допускается применение лишь национального обычая, противоречащего императивной норме. Согласно п.1 ст. 19 ГК РФ, «гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая». Приведенная императивная норма отдает предпочтение национальному обычаю перед общим императивным правилом, предусмотренным законом.

Общее правило, отражающее соотношение императивных законодательных норм с обычаем делового оборота не распространяется на *взаимодействие императивной законодательной нормы, применимой к отношениям по аналогии и обычая делового оборота, который прямо регулирует соответствующее отношение*. Здесь действует обратное правило, которое выражается в следующем: *если отношения прямо не урегулированы нормой закона, и существует применимый к ним обычай делового оборота, который противоречит императивной законодательной норме, регулирующей сходные отношения, применяется обычай делового оборота, а не императивная норма*. Иными словами, императивная норма закона не подлежит применению по аналогии к отношениям, которые прямо урегулированы обычаем делового оборота. Основанием для такого вывода служит положение п. 1 ст. 6 ГК РФ, в соответствии с которым в случаях, когда отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отноше-

ния (аналогия закона)». Отсюда следует, что если будет выявлен применимый к соответствующим отношениям обычай делового оборота, последний будет препятствовать применению законодательной нормы, регулирующей сходные отношения по аналогии.

Проиллюстрировать взаимодействие императивной законодательной нормы, применимой к отношениям по аналогии и обычая делового оборота, который прямо регулирует соответствующие отношения, можно на примере уже упомянутого обычая делового оборота, сложившегося в сфере обращения двойных складских свидетельств. Напомним, что отсутствие в действующем законодательстве норм, регулирующих порядок совершения передаточных надписей на двойных складских свидетельствах, обусловило формирование в этой сфере обычаев делового оборота. Вместе с тем порядок совершения передаточных надписей применительно к более традиционным ценным бумагам – векселям, достаточно детально урегулирован в вексельном законодательстве. В частности, ст. 13 и 14 Положения о переводном и простом векселе¹, определяют порядок совершения передаточной надписи (индоссамента) на векселе, в соответствии с которым в случае, если бланковый индоссамент состоит только из подписи индоссанта, он должен быть написан на обороте векселя или на добавочном листе (аллонже).

Применимы ли в таком случае нормы вексельного законодательства к отношениям, связанным с оформлением двойных складских свидетельств? Очевидно, что при отсутствии обычая делового оборота, прямо регулирующего соответствующие отношения, нормы вексельного законодательства можно было бы применить по аналогии. Однако коль скоро будет установлен факт наличия в этой сфере обычая делового оборота, он будет иметь приоритет перед законодательными нормами, регулируемыми сходные отношения. Поэтому в рассмотренном случае применению подлежит обычай делового оборота, а не нормы вексельного законодательства.

¹ Постановление Центрального Исполнительного Комитета и Совета народных Комиссаров СССР «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе» от 7 августа 1937 г. № 104/1341 применяется на территории Российской Федерации в соответствии со ст. 1 Федерального закона «О переводном и простом векселе» от 11.03.1997 г. № 48-ФЗ.

Взаимодействие обычая делового оборота с диспозитивными законодательными нормами. Взаимодействие обычая делового оборота с диспозитивными законодательными нормами носит более сложный характер, нежели его взаимодействие с императивными законодательными нормами.

Диспозитивная законодательная норма, так же как и императивная законодательная норма, обладает большей юридической силой в сравнении с обычаем делового оборота. Это утверждение основывается прежде всего на п.5 ст. 421 ГК РФ, согласно которому условие договора определяется обычаями делового оборота, если оно не определено сторонами или диспозитивной нормой, а также на ст. 309 ГК РФ, которая, как было показано ранее, предусматривает приоритет любых законодательных норм перед обычаем делового оборота. Отсюда следует, что диспозитивная норма, содержащаяся в законодательстве, имеет приоритетное применение перед обычаем делового оборота.

Характеризуя взаимодействие диспозитивной законодательной нормы и обычая делового оборота, необходимо также учитывать, что они носят диспозитивный характер и поэтому регулируют отношения сторон по договору только в случае, если стороны своим соглашением не исключили их применение или не предусмотрели иного.

С учетом сказанного взаимодействие диспозитивной законодательной нормы и обычая делового оборота в действующем российском гражданском законодательстве можно выразить следующим образом. *По общему правилу, если отношение сторон по договору урегулировано различными по содержанию (не соответствующими друг другу) диспозитивной законодательной нормой и обычаем делового оборота, то к данному отношению следует применять законодательную диспозитивную норму при условии, что ее применению не препятствует договор.*

Вместе с тем из приведенного общего правила есть целый ряд исключений, когда сам закон со ссылкой на обычай делового оборота отдает ему предпочтение перед диспозитивной нормой закона. В качестве примера такого исключения можно привести ст. 311 ГК РФ, согласно которой «кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами и не вытекает из обычаев делового оборота».

вого оборота». Из указанной статьи следует, что в случае, если будет установлен факт наличия обычая делового оборота, обязывающего кредитора принимать исполнение обязательства по частям, к отношениям сторон договора должен применяться этот обычай делового оборота, а не диспозитивное правило, предусмотренное самой статьей (естественно, если применению обычая делового оборота не будет препятствовать договор, а также закон или иной правовой акт). При этом необходимо учитывать, что когда в законодательной норме предусматривается, что она действует постольку, поскольку иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами и не вытекает из обычаев делового оборота, это означает, что обычай делового оборота имеет приоритет лишь перед этой конкретной нормой ГК. В то же время, если коллизия возникнет между обычаем делового оборота и специальной нормой, содержащейся в законе или ином правовом акте, по общему правилу приоритет будет иметь эта специальная норма.

Правила, в силу которых обычаи делового оборота имеют приоритет применения перед диспозитивными законодательными нормами, содержатся в ряде других статей ГК РФ, в частности ст. 312, 314, 315, 316, 438. Подобные правила могут предусматриваться также в других, помимо ГК РФ, нормативных правовых актах.

Таким образом, в современном российском гражданском праве допускается приоритет применения обычая делового оборота перед диспозитивной законодательной нормой, который выражается в следующем. *В исключение из общего правила в специально предусмотренных законом случаях, если отношение сторон по договору урегулировано различными по содержанию (не соответствующими друг другу) диспозитивной законодательной нормой и обычаем делового оборота, к данному отношению следует применять обычай делового оборота, если его применению не препятствует договор.*

Анализируя используемую российским законодателем модель взаимодействия диспозитивной законодательной нормы и обычая делового оборота, в первую очередь, следует оценить, насколько оправдан сам подход законодателя, допустившего, пусть только в некоторых случаях, приоритет применения обычая делового оборота перед диспозитивной нормой закона.

Думается, что с принципиальных позиций приоритетное применение обычая делового оборота перед диспозитивной законодательной нормой вполне оправданно. По своей природе, обусловленной прежде всего способом своего формирования, обычай содержит более целесообразную модель поведения в сравнении с той, что установлена законом (если только закон сам не отражает устоявшуюся практику). Как было выяснено ранее, в основе обычая как нормы должного всегда лежит соответствующая ей норма сущего, чего не скажешь о норме закона, которая в качестве нормы должного смоделирована (зачастую искусственно) законодателем. В этом смысле применение обычая всегда более обосновано, чем применение законодательной нормы. Кроме того, следует учитывать, что ввиду широкого применения обычая (что естественно), диспозитивная норма, не соответствующая обычаю, в действительности применяться не будет. Отдавая предпочтение такой норме перед обычаем, законодатель обрекает стороны договора на ее нарушение. Диспозитивная норма имеет лишь восполнительный характер и всегда может быть обойдена сторонами договора, поэтому с ее помощью сложно нейтрализовать сложившийся на практике обычай. Для устранения его из сферы правового регулирования больше подойдет не диспозитивная, а императивная норма. Другой вопрос, насколько оправдано само стремление устранить (или изменить) обычай¹.

Изложенное позволяет признать обоснованным сам подход, при котором допускается приоритет обычая делового оборота перед диспозитивной нормой закона. Однако реализацию указанного подхода законодателем нельзя считать оптимальной как в сущностном плане, так и с точки зрения законодательной техники.

¹ В этой связи уместно привести высказывание Екатерины II, содержащееся в статье 60 главы 6 Наказа, данного ею Комиссии о сочинении проекта Нового Уложения: «Итак, когда надобно сделать перемену в народе великую к великому онго добру, надлежит законами то исправлять, что учреждено законами, и то переменять обычаями, что обычаями введено. Весьма худая та политика, которая переделывает то законами, что надлежит переменять обычаями» (Памятники русского законодательства 1649–1832 гг. Наказ Императрицы Екатерины II, данный Комиссии о сочинении Проекта Нового Уложения / Под ред. Н.Д. Чечулина. СПб. Тип. Имп. акад. наук, 1907. С. 9-14.

Коль скоро приоритет обычая делового оборота над диспозитивными законодательными нормами обуславливается самой природой обычая, такой подход логично было бы закрепить в законе в качестве общего правила. Между тем, законодатель отдал приоритет обычаю делового оборота лишь в отдельных случаях, в качестве исключения из общего правила.

Анализ предусмотренных в ГК РФ случаев приоритетного применения обычаев делового оборота перед диспозитивной законодательной нормой позволяет сделать вывод об их бессистемности и случайном характере.

Ситуация усугубляется и недочетами в области законодательной техники. Приемы, с помощью которых законодатель в имеющихся немногочисленных случаях отдает предпочтение обычаю перед законодательным правилом, различны. При этом не всегда их разнообразие оправдано.

По изложенным выше причинам избранную законодателем модель соотношения обычая делового оборота и диспозитивной законодательной нормы, основанную на приоритете последней перед обычаем, вряд ли можно считать оптимальной. Логичнее исходить из приоритета обычая делового оборота перед диспозитивной нормой закона, закрепив такую модель в качестве общего правила. Соответствующее изменение можно было бы отразить в п. 5 ст. 421 ГК РФ, изложив его в следующей редакции: «К отношениям сторон, не урегулированным договором, применяются обычаи делового оборота, а при их отсутствии – диспозитивные нормы, если иное не предусмотрено законом и иным правовым актом».

Критические оценки в адрес избранной законодателем модели соотношения диспозитивной законодательной нормы и обычая делового оборота приводятся и в юридической литературе¹. В частности, предложение изменить существующую очередность правовых регуляторов высказывает А.И. Поротиков, по мнению которого «среди регуляторов гражданских отношений в качестве обще-

¹ См., например, *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: ТК Велби. Изд-во «Проспект», 2005. С. 128; *Ровный В.В.* Обычай в частном праве. Иркутск: Иркутский гос. ун-т, 2004. С. 65; *Поротиков А.И.* Обычай в гражданском обороте // Обычай в праве: Сборник. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 343.

го правила, обычай следует поместить непосредственно перед диспозитивными нормами закона»¹. Модель, основанная на приоритете обычая делового оборота перед диспозитивной нормой закона, как верно подметил В.В. Ровный, «упрочит позиции обычая и углубит начала диспозитивности в гражданском праве»². Кроме того, это повлечет более внимательное отношение к обычаям и будет способствовать правильному их применению прежде всего в судах.

Итогом анализа взаимодействия обычаев делового оборота с законодательными правовыми нормами в российском гражданском праве могут служить следующие выводы.

– *Законодательные правовые нормы обладают большей юридической силой в сравнении с обычаем делового оборота.*

– *Императивные законодательные нормы во всех случаях имеют приоритет применения перед обычаями делового оборота.*

– *Диспозитивные законодательные нормы по общему правилу, имеют приоритет применения перед обычаями делового оборота. В исключение из общего правила в специально предусмотренных законом случаях обычаи делового оборота имеют приоритет применения перед диспозитивными законодательными нормами.*

– *Обычай делового оборота имеет приоритет применения перед законодательными нормами, которые распространяются на регулируемые данным обычаем делового оборота отношения в порядке аналогии.*

¹ Поротиков А.И. Указ. соч. С. 348.

² Там же. С. 67.