

## **ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ОБЫЧАЯ ДЕЛОВОГО ОБОРОТА И ДОГОВОРА В МЕХАНИЗМЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ**

Поскольку обычай делового оборота представляет собой норму гражданского права, его следует рассматривать как элемент механизма гражданско-правового регулирования. Принципиальной особенностью механизма гражданско-правового регулирования является наличие в нем в большинстве случаев автономного (децентрализованного) правового регулятора общественных отношений в виде гражданско-правовой сделки, и прежде всего – гражданско-правового договора. Обычай делового оборота далеко не всегда входит в состав элементов механизма гражданско-правового регулирования, но практически всегда, наряду с обычаем делового оборота, в механизме гражданско-правового регулирования присутствует договор. Именно во взаимодействии с договором наиболее ярко проявляется регулирующая роль обычая делового оборота.

Общая характеристика взаимодействия обычая делового оборота и договора. Исходным для понимания характера взаимодействия обычая делового оборота и договора является то обстоятельство, что обычай делового оборота, наряду с законодательными нормами, входит в нормативно-правовую основу механизма гражданско-правового регулирования. Поэтому взаимодействие обычая делового оборота и договора следует рассматривать как частный случай взаимодействия элемента нормативно-правовой основы механизма гражданско-правового регулирования (правовой нормы) и договора.

И обычай делового оборота как правовая норма, и договор как правовой акт регулируют отношения сторон по договору. Поэтому важно соотнести эти два правовых регулятора, определив приоритетность их применения. В законе соотношение обычая делового оборота и договора устанавливается прежде всего в п. 2 ст. 5 ГК РФ, согласно которому обычаи делового оборота, противоречащие договору, не применяются, и в п. 5 ст. 421 ГК РФ, в соответствии с которым если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон. Анализ приведенных норм позволяет сделать вывод о диспозитивном характере обычая делового оборота как правовой нормы. Именно диспозитивность обычая делового оборота и является тем фактором, который определяет соотношение обычая и договора с точки зрения приоритетности их применения.

---

\* Миклашевская Наталья Игоревна – магистр частного права, соискатель ИФиП УрО РАН.

*Договор имеет приоритетное применение перед обычаем делового оборота.* В силу своей диспозитивности обычай делового оборота, как и диспозитивная норма закона, всегда уступает договору. Приоритет договора перед обычаем делового оборота проявляется в следующем: во-первых, договор может отступить от обычая делового оборота, установив отличное от него условие; во-вторых, договор может исключить обычай делового оборота из применения к отношениям сторон (на любой стадии). При этом в договоре может быть предусмотрено как условие, общим образом исключающее применение обычаев к отношениям сторон, так и условие, исключающее применение конкретного обычая или обычаев, сложившихся в определенной сфере предпринимательской деятельности. И лишь в том случае, когда в самом договоре отсутствуют условия, препятствующие применению обычая делового оборота, последний воздействует на договор<sup>1</sup>.

При характеристике взаимодействия обычая делового оборота и договора следует определить направления воздействия обычая на договор. Важно отметить, что *обычай делового оборота может воздействовать не только на сам договор как на правовой акт (сделку), но и непосредственно на договорное отношение.* В первом случае обычай делового оборота регулирует отношения, связанные с заключением договора, может предопределять содержание и состав условий договора. Во втором – обычай делового оборота, как и законодательная норма, воздействует непосредственно на договорное правоотношение, определяя права и обязанности сторон. Обозначенное различие этих двух направлений базируется на позиции, отрицающей трансформацию правовых норм в условия договора. Согласно противоположной позиции, правовые нормы напрямую не регулируют договорное правоотношение, а оказывают регулирующее воздействие на него опосредованно, трансформируясь в условия договора. На этой позиции основана так называемая «концепция трансформации», которая достаточно распространена в юридической литературе. Не останавливаясь подробно на оценке указанной концепции, следует согласиться с мнением, высказанным М.Ф. Казанцевым. Отмечая, что «договор как правовой акт, выражающий согласованную волю сторон, не может формировать свои условия путем трансформации (преобразования) в них норм закона, выражающих волю законодателя», автор делает обоснованный вывод о том, что «в действительности правовые нормы (как императивные, так и диспозитивные) не трансформируются в договорные условия, а регулируют договорное правоотношение (определяют его содержание) непосредственно, именно как правовые нормы»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Поскольку речь идет о взаимодействии обычая делового оборота и договора, здесь не упоминается о диспозитивной норме закона, которая также может препятствовать применению обычая делового оборота.

<sup>2</sup> Казанцев М.Ф. Договорное регулирование: Цивилистическая концепция. Екатеринбург: УрО РАН, 2005. С. 285-289.

Примечательно, что в законе правило, предусматривающее условия воздействия обычая делового оборота на договор, сформулировано как раз с позиции трансформации правовых норм в условия договора. В соответствии с п. 5 ст. 421 ГК РФ, если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон. В действительности, как было показано выше, ни нормы закона, ни обычаи делового оборота не трансформируются в договорные условия, а напрямую регулируют отношения сторон по договору. Поэтому при отсутствии определенного сторонами условия договора и диспозитивной нормы обычая делового оборота будет воздействовать непосредственно на договорное правоотношение, определяя права и обязанности сторон.

Итак, выделяется два направления регулятивного воздействия обычая делового оборота: на договор как правовой акт и на договорное правоотношение. С учетом этого далее будет подробно рассмотрено воздействие обычая делового оборота, во-первых, на заключение договора и, во-вторых, на содержание договора (договорного правоотношения).

Воздействие обычая делового оборота на заключение договора. Обычай делового оборота может воздействовать на договор еще на стадии заключения договора, до момента возникновения его в качестве сделки (правового акта). *Основная роль обычая делового оборота на этой стадии состоит в регулировании порядка заключения договора.*

На возможность воздействия обычая делового оборота на заключение договора ориентирует сам законодатель. Согласно п. 2 ст. 438 ГК РФ, «молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, обычая делового оборота или из прежних деловых отношений сторон». Иными словами, законодатель прямо указывает на возможность существования обычая делового оборота, признающего молчание акцептом. Нет препятствий для применения обычая делового оборота и в других случаях, не предусмотренных законом. Так, обычаем могут регулироваться вопросы, касающиеся формы оферты и акцепта, определять нормально необходимое время для получения акцепта и требования к документам, которые необходимо представить для заключения договора. В то же время следует учитывать, что не любые обычаи делового оборота, сложившиеся в сфере заключения договора могут быть применены. Препятствием к их применению служат нормы закона, регламентирующие отдельные вопросы заключения договора. Обычаи, касающиеся, например, момента и места заключения договора, сроков направления акцепта в случаях, когда заключение договора обязательно, принципа безотзывности оферты не могут применяться в силу того, что соответствующие правила предусмотрены законом.

Примеры обычаев, регулирующих порядок заключения договора можно встретить в сводах обычаев морских портов. Так, в Своде обычаев портов Темрюк и Кавказ в приложении 2, которое так и называется «Порядок заключения договора на услуги Общества», содержится правило, согласно которому: основанием для оформления договора на выполнение погрузочно-разгрузочных работ, складирование, хранение, транспортно-экспедиционное обслуживание, выполнение других работ и услуг в пределах акватории порта является распоряжение генерального директора (директоров) Общества на письменном обращении (заявке) организации, планирующей перевалку грузов через порт, либо обращение-заявка Заказчика, направленная в ответ на письменное предложение Общества о перевалке грузов Заказчика через порт. Кроме того, здесь же предусматривается перечень документов, которые должен представить заказчик для рассмотрения возможности заключения договора. Указанные правила имеют непосредственное отношение к процессу заключения договора. В случае если соответствующих требований нет в законе, сложившиеся в портах Темрюк и Кавказ правила на этот счет могут быть применены в качестве обычаев.

Следует выявить механизм воздействия таких обычаев на договор. Коль скоро речь идет об обычаях, регулирующих порядок заключения договора, то очевидно, что они не оказывают воздействие непосредственно на договорные отношения сторон, возникновение которых связано с моментом заключения договора. Предметом регулирования таких обычаев являются преддоговорные отношения сторон, а роль их состоит в том, что они влияют на сам факт возникновения договора. Так, непредставление требуемых по обычаю документов делает невозможным заключение договора либо оттягивает момент его заключения. Вместе с тем необходимо помнить, что обычаи, регулирующие порядок заключения договора, как и все обычаи делового оборота, являются диспозитивными. Иными словами, стороны могут отступить от правила, предусмотренного обычаем и договориться об ином. Чаще всего порядок заключения договора согласовывается сторонами в устной форме. Поэтому и соглашение сторон, устраняющее действие такого обычая, нигде не фиксируется. Исключения составляют случаи, когда стороны заключают предварительный договор, в котором содержатся условия, регулирующие порядок заключения основного договора. В любом случае свидетельством тому, что стороны договорились по всем условиям, относящимся к порядку заключения договора, является сам факт заключения договора в соответствии с этими условиями. Действие обычая, регулирующего порядок заключения договора, завершается моментом заключения самого договора.

Воздействие обычая делового оборота на содержание договора (договорного отношения). Основное значение обычая делового обо-

рота как правового регулятора проявляется в его воздействии на содержание договора (договорного отношения). Как уже было выяснено, воздействие обычая на содержание договора носит двоякий характер. С одной стороны, обычай оказывает влияние на содержание договора как правового акта, участвуя в формировании договорных условий, с другой – он воздействует на содержание договорного правоотношения, непосредственно регулируя отношения сторон по договору. Механизм воздействия обычая на содержание договора в том и другом случае не одинаков. Рассмотрим основные варианты такого воздействия.

*Обычай делового оборота может воздействовать на содержание договора как правового акта, предусматривая обязанность включить то или иное условие в договор. При этом обычай может предопределять или не предопределять содержание самого условия.* Действия сторон по отношению к такому обычаю может быть различным. Здесь возможны по меньшей мере следующие варианты.

Во-первых, стороны, следуя известному им обычаю, по обоюдному согласию предусмотрели в договоре соответствующее условие. В этом случае обычай непосредственно воздействует на содержание договора как правового акта, предопределяя его условия, и опосредованно, через эти условия – на отношения сторон.

Во-вторых, стороны несмотря на наличие обычая делового оборота, обязывающего их включить определенное условие в договор, по обоюдному согласию не включили в договор соответствующее условие. Такое поведение сторон юридически возможно в силу диспозитивного характера обычая делового оборота. При таком развитии событий обычай не оказывает воздействия ни на содержание договора, ни на договорные отношения сторон.

В-третьих, стороны при наличии обычая делового оборота, обязывающего их включить определенное условие в договор, не достигли согласия по вопросу о включении предопределенного условием условия в договор, причем одна из сторон требует его включения в договор. Такое требование следует признать правомерным в силу того, что не исполнить обязывающий обычай делового оборота стороны могут только по обоюдному согласию. В случае обращения заинтересованной стороны в суд последний на основании обычая должен обязать стороны включить соответствующее условие в договор. Обычай при этом с помощью судебного акта воздействует на содержание договора и через него – на отношения сторон. Примером воздействия обычая на содержание договора посредством судебного акта может служить дело, в котором Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа предписал определить содержание договорного условия в соответствии со сложившимся обычаем делового оборота. Рассматривая иск об урегулировании разногласий, возникших при заключении договора энергоснабжения электрической энергией, суд пришел к выводу, что «предложение

истца о дополнении п. 3.1.3 договора после фразы «ежемесячно в срок до 5 числа» словами «следующего месяца», подлежит применению в порядке обычая делового оборота»<sup>1</sup>.

*Обычай делового оборота может воздействовать на содержание договора путем предоставления сторонам права включить в договор какого-либо условия (с предопределением содержания или без такового). Возможны следующие варианты реагирования сторон на такой обычай делового оборота.*

Во-первых, стороны, используя предоставленное обычаем делового оборота право, по обоюдному согласию включили в договор соответствующее условие. В данном случае обычай воздействует на договор непосредственно, а на договорные отношения – через договор, то есть опосредованно.

Во-вторых, несмотря на предоставленное обычаем делового оборота право, стороны по обоюдному согласию не включили соответствующее условие в договор. В данной ситуации, когда стороны не реализуют указанное право, обычай не оказывает воздействия ни на договор, ни на договорные отношения.

В-третьих, стороны не договорились о включении в договор основанное на обычае делового оборота условие, но одна из сторон настаивает на его включении. При таком развитии ситуации у заинтересованной стороны нет права требовать включения условия в договор в силу управомочивающего характера рассматриваемого обычая. И суд, коль скоро до него дойдет спор, должен отказать в иске стороне, настаивающей на включении условия в договор.

Из сказанного видно, что обычаи делового оборота, воздействие которых направлено на содержание договора как правового акта, не могут оказать такое воздействие без активных действий сторон по включению предопределенных обычаем делового оборота условий в договор.

Наиболее ярко воздействие обычая делового оборота на содержание договора как правового акта проявляется в случаях, когда стороны заключают договор, не предусмотренный законом. Именно в сфере, не охваченной законодательным регулированием, чаще всего складываются обычаи, предопределяющие состав и содержание условий нового вида договора. Заключая договор, не предусмотренный законом, стороны руководствуются такими обычаями. В качестве примера можно привести расчетный форвардный контракт (договор), представляющий собой разновидность срочной сделки, конструкция которой заимствована из англо-американской правовой системы. В российском гражданском праве отсутствует правовая

<sup>1</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 30 апреля 1998 года по делу № Ф03-А73/98-1/349 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». Информационный банк КонсультантАрбитраж: Все округа: [Электронный ресурс] / Компания «Консультант-Плюс». (Последн. обновление 7 дек. 2006 г.).

регламентация такого рода сделок, и формирование состава и содержания условий названных договоров происходит под воздействием сложившихся обычаев делового оборота. Этим объясняется тот факт, что при судебном рассмотрении споров, вытекающих из расчетных форвардных контрактов, стороны, как правило, ссылаются на соответствующие обычаи делового оборота. Сами суды при этом признают наличие таких обычаев. Так, при разрешении подобного спора, суд признал, что контракт не содержит необходимых условий расчетного форвардного контракта и форвардной сделки вообще, как они определены обычаями делового оборота<sup>1</sup>.

Вышеизложенное характеризует воздействие обычая делового оборота на содержание договора как правового акта, когда обычай напрямую не регулирует отношения сторон по договору, а воздействует на них опосредованно, через сформированные с их помощью договорные условия. Между тем обычай делового оборота как правовой регулятор в большинстве случаев воздействует непосредственно на содержание договорного отношения.

Возможность воздействия обычая делового оборота на договорное правоотношение отражена в ряде положений Гражданского кодекса и других нормативных правовых актов. В соответствии со ст. 309 ГК РФ, 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. Аналогичные положения содержатся в целом ряде других статей ГК РФ, в частности в ст. 311, 314, 315, 316, 478, 508, 510, 513, 722, 724. Возможность воздействия обычая делового оборота на договорное правоотношение не ограничивается предусмотренными в законе случаями.

*Обычай делового оборота может воздействовать на договорное правоотношение, моделируя его содержание (точнее, входящие в его состав отдельные права и обязанности).* Варианты поведения сторон по отношению к такому обычаю могут быть, в частности, следующими.

Во-первых, стороны воспроизвели обычай в договоре. При воспроизведении обычая в договоре, в нем появляется условие, аналогичное по содержанию обычаю делового оборота. На договорное правоотношение в таком случае воздействует прежде всего это договорное условие, и параллельно с ним – обычай делового оборота, поскольку условие, воспроизводящее обычай, не создает препятствий для воздействия последнего на отношения сторон.

---

<sup>1</sup> Постановление Арбитражного суда Московского округа от 4 августа 1998 года по делу № КГ-А40/1720-98 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». Информационный банк КонсультантАрбитраж: Все округа: [Электронный ресурс] / Компания «КонсультантПлюс» (Последн. обновление 7 дек. 2006 г.).

Во-вторых, стороны не воспроизвели обычай в договоре, но сделали точную отсылку к конкретному документально зафиксированному обычаю. В договоре при этом появляется отсылочное условие, но не условие, аналогичное по содержанию обычаю делового оборота. В указанном случае обычай делового оборота как правовая норма непосредственно воздействует на отношения сторон. Следует отметить, что ссылка на обычай делового оборота не обязательна, если такой обычай прямо распространяется на отношения сторон. Вместе с тем, такая ссылка полезна, поскольку она повышает степень определенности правового регулирования договорных отношений. Если же обычай не распространяется на отношения сторон, либо если есть сомнения в распространении обычая на отношения сторон или в существовании самого обычая как правовой нормы, подобная отсылка в договоре необходима. Как раз посредством такой отсылки стороны достигают необходимой определенности в вопросе о распространении действия обычая делового оборота на свои отношения. Типичным примером ссылок в договоре на обычаи делового оборота могут служить ссылки на Правила толкования торговых терминов «Инкотермс»<sup>1</sup>.

В-третьих, возможна ситуация, когда стороны не совершили никаких действий по отношению к обычаю делового оборота. Такое поведение, тем не менее, не препятствует воздействию обычая на отношения сторон при условии, что он распространяется на данные отношения. При этом обычай делового оборота как правовая норма непосредственно воздействует на договорное правоотношение, определяя его содержание. Именно в этом случае наиболее ярко проявляются правовая природа обычая делового оборота как правовой нормы, и отличия обычая делового оборота от делового обычая или заведенного порядка.

В-четвертых, стороны включили в договор условие, отличное от обычая делового оборота. Возможность такого поведения обусловлена диспозитивностью обычая. Договорное условие, по-иному регулирующее отношение, на которое распространяется обычай делового оборота, препятствует его воздействию на отношения сторон. В случае противоречия между договором и обычаем делового оборота, последний не подлежит применению. Договорное правоотношение в таком случае определяется соответствующим договорным условием, а не обычаем делового оборота.

---

<sup>1</sup> Постановлением Правления Торгово-промышленной Палаты Российской Федерации от 28 июня 2001 года № 117-13 «Развитие законодательства о предпринимательстве и роль торгово-промышленных палат в этом процессе» Правила толкования торговых терминов «Инкотермс-2000» признаны торговыми обычаями // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». Информационный банк Эксперт-приложение: [Электронный ресурс] / Компания «КонсультантПлюс» (Последн. обновление 7 дек. 2006 г.).



В-пятых, стороны предусмотрели в договоре условие, исключающее применение к их отношениям обычая делового оборота. Важно отметить, что в договоре может быть предусмотрено условие, исключающее применение как конкретного обычая делового оборота, так и обычаев, действующих в той или иной сфере предпринимательской деятельности, или обычаев вообще. Очевидно, что такое условие в явной форме блокирует воздействие соответствующих обычаев на отношения сторон.

Итак, *обычай делового оборота, предусматривающий модель собственно договорного отношения, не воздействует на договор как правовой акт, но, минуя договор, воздействует непосредственно на договорное отношение*. Как было показано выше, для воздействия такого обычая на отношения сторон, последние могут не предпринимать активных действий. Если действие обычая делового оборота направлено непосредственно на договорные отношения, то обычай будет оказывать регулирующее воздействие на эти отношения, даже если стороны никак не отреагируют на него в договоре. Активные действия сторон нужны лишь для того, чтобы распространить на их отношения действие обычаев делового оборота, нуждающиеся в привязке к конкретному договору, либо чтобы исключить применение обычаев к договорным отношениям сторон.