**Особенности формирования обычаев делового оборота в договорной работе**

И.Г.Вахнин, ассистент кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова

В период перехода к рыночной экономике в торговых отношениях постоянно происходят изменения. Законодательство не успевает обновляться, вследствие чего часто возникают несоответствия между теорией и практикой. Для восполнения пробелов и государство, и участники отношений используют различные меры. С указанной целью принимаются правовые акты, издаваемые исполнительной федеральной властью. Это указы Президента Российской Федерации и постановления Правительства Российской Федерации, а также многочисленные ведомственные нормативные правовые акты. Все более значительную роль в этой области играют судебные разъяснения.

Мнение о большом влиянии на формирование условий договоров актов обязательного (нормативного) толкования законодательства, принимаемых высшими судебными органами, высказывал, в частности, Е. А. Суханов \*(1) В ситуации существования многочисленных пробелов в законодательстве особого рассмотрения заслуживают ненормативные источники права. В формировании обычаев делового оборота велика роль практики судебных органов и усмотрения субъектов, о чем и пойдет речь в настоящей статье.

На Западе в распространении обычаев делового оборота особую роль сыграло обособление интересов делового сообщества. Более того, нормы договорного права, закрепленные и сконцентрированные в своде законодательных правил, применяемых судами, не обязательно являются нормами делового сообщества. С повышением степени обобщенности права и профессионализма законодателя увеличивается пропасть между ними и действительностью мира бизнеса. Поэтому если предприниматели и нуждаются в судах и ценят их как инструмент правовой защиты своих договоров от потребителей, то "в своем собственном мире они предпочитают не затевать судебные тяжбы вообще, или, если они вынуждены разрешить спор, обращаются в третейские суды" \*(2).

Следует отметить, что в действующем законодательстве Российской Федерации 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 (п. 1 ст. 5 ГК РФ). Таким образом, в ГК РФ получила закрепление точка зрения, согласно которой, когда речь идет об обычае, суд или арбитраж руководствуются не столько характером обычного поведения, сколько обращаются к правилу, созданному таким поведением. Данное обстоятельство отмечается в работах И. С. Зыкина и П. И. Лукина \*(3). Можно в связи с этим утверждать, что содержание обычного правила детерминируется порядком обычного поведения \*(4).

Тем не менее, большое значение имеет и наличие объективного носителя, фиксирующего обычай: "В типовых договорах, общих условиях продажи, в типовых оговорках отчасти находят свое отражение и обычаи, сложившиеся в соответствующей отрасли торговли" \*(5). Именно такой подход используется при анализе возникновения обычая в международной торговой практике. Он получил закрепление и в ст.427 ГК РФ.

Учеными-юристами по-разному оценивается роль типовых формуляров договоров как носителей обычных правил. Как указывал Л. А. Лунц, "не следует смешивать формуляры или типовые контракты с обычаями" \*(6).

Подобную точку зрения высказывает И. С. Зыкин: "Обычные правила носят фрагментарный характер, поэтому в типовых договорах и общих условиях наряду с положениями, отражающими в какой-то степени сложившиеся в данной сфере обычаи и обыкновения, содержатся те, которые воспроизводят нормы закона или представляют собой чисто договорные условия. Более того, документ, ранее точно отражавший обычные правила, может в дальнейшем перестать соответствовать обычным условиям торговли вследствие возникновения новых обычаев и обыкновений, пришедших на смену старым" \*(7).

По мнению французского автора М. Педамона, "гораздо чаще имеет место становление обычного правила без письменной фиксации его в контракте" \*(8).

Именно этим он объясняет неопределенный характер обычных правил.

Многие исследователи отмечают также существенную роль третейского суда (арбитража) как фактора, ограничивающего или расширяющего применение обычая.

Непризнание арбитражем некоторого способа действий в качестве обычая препятствует дальнейшему его распространению, и напротив санкционирование (констатация) способствует дальнейшему его распространению и упрочению \*(9).

Проведенный автором в 1996 г. опрос специалистов крупной оптовой торговой организации и трех ее дочерних обществ, входивших с систему Госснаба СССР, выявил существенное влияние толкований арбитражного суда и разъяснений ведомственных органов на определение условий договоров поставки продукции и товаров с целью защиты контрагентов от действия факторов правовой и политической нестабильности.

Также существует тенденция к формированию различных групп, объединенных деловыми интересами интересами государства, интересами потребителей, и увеличению их значения в правовом регулировании отношений оптовой купли-продажи. Указанные результаты заставляют обратить внимание на возросшую роль обычаев делового оборота как источников определения условий договоров.

В настоящее время можно привести лишь несколько примеров использования обычных правил в качестве торговых обычаев в оптовой купле-продаже, в основном эти ситуации связаны с недочетами в правовом регулировании. Речь идет о широком употреблении термина "франко", заимствованного из словаря "Инкотермс", для определения базиса поставки в договорах между российскими юридическими лицами.

Все чаще используются выработанные самими сторонами понятия ("франко-узел учета", "франко-склад"), которые отсутствуют в последней редакции "Инкотермс" (1990 г.).

При подготовке условий договоров поставки нередко используются положения Особых условий поставки различных видов товаров, утвержденных Госарбитражем СССР. Содержание этого документа находит отражение в условиях некоторых договоров или определяет условия обязательства по поставке как подразумеваемые, т.е. как сложившуюся между сторонами договора практику отношений. Наиболее часто используются положения, в которых указаны: момент исполнения поставщиком обязанности по передаче товара, содержание отгрузочной разнарядки или отгрузочных реквизитов в тексте договора, порядок обязательного привлечения для участия в приемке некондиционных товаров независимой экспертной организации и др.

Тенденция возрастания роли обычаев делового оборота при составлении договоров была отмечена и в литературе \*(10).

Исходя из изложенного, сформулируем причины этого процесса. К традиционным основаниям следует отнести использование типовых формуляров (проформ) договоров, возрастание роли третейских арбитражей и профессиональных ассоциаций. Перечисленные факторы обусловлены относительным обособлением интересов делового мира.

Макс Вебер отмечал, что "надежды (упования) сторон будут часто разочаровываться результатами строго профессиональной юридической логики". Он видел "несовместимость ... логически последовательного формального правового мышления и того факта, что юридически уместные (относящиеся к делу) соглашения и деятельность частных лиц имеют целью экономический результат и ориентированы на экономически определенные ожидания (надежды)" \*(11).

А поскольку предприниматели имеют как волю (твердое намерение), так и наличность, "они избегают таких видов юридической практики (судопроизводства), при обращении к которым опасность быть подвергнутыми строгой профессиональной юридической логике является значительной" \*(12).

Особенности формирования в России обычаев делового оборота и характер существующих торговых отношений усиливают значение названных общих факторов.

Нельзя не учитывать роли типовых договоров поставки товаров, распространенных в советский период, а также положений упомянутых Особых условий поставки различных видов товаров. Они продолжают использоваться как примерные формуляры для разработки договоров поставки и в настоящее время, хотя уже не имеют обязательной юридической силы.

Поскольку значительное число лиц ориентируется на старые редакции текстов договоров, постольку в силу влияния традиции возможно возникновение из текстов договоров обычаев делового оборота. Это зависит от двух показателей: а) общего количества лиц, их применяющих; б) частоты их использования каждым отдельным лицом по соглашению со своим контрагентом в качестве обязательных правил, регулирующих договорные отношения между ними.

Существенное значение для формирования обычаев делового оборота имеет возникновение и распространение различных объединений по профессиональному признаку. Их влияние на формирование обычая зависит от частоты использования обычных положений в силу обязательности принятых в объединении правил для каждого его участника, а также длительности их применения, что определяется временем существования объединения.

Первый показатель (охват лиц) влияет на формирование обычая при условии вовлечения в упомянутые объединения значительного числа субъектов.

Второй показатель (частота использования обычного правила в тех случаях, когда он обычно (неоднократно) применяется в качестве обязательного правила для одних и тех же сторон договора купли-продажи) характеризует его как торговое обыкновение. В случае расширения числа лиц, использующих обычное правило в качестве обыкновения в своих договорных отношениях, эти правила могут перерасти в обычаи.

Названная тенденция благоприятно влияет на формирование обычаев еще и потому, что усилению роли факторов, определяющих формирование обычая, способствует наличие третейских судов (арбитражей) при профессиональных объединениях. Немалое значение имеет также стабильность существования самого объединения.

Нельзя исключать возможности перерастания в торговые обычаи и правил некоторых ведомственных правовых актов, имеющих долговременный характер. Значительное влияние на формирование условий договоров поставки оказывают разъяснения федеральных министерств и ведомств (Минфина России, Госналогслужбы РФ и др.), а также Центрального банка РФ. Такие разъяснения прежде всего отражают интересы самих ведомств и способствуют проведению ими своей политики, в том числе закрепляемой в ведомственных актах, не прошедших регистрацию в Минюсте России. Таким образом, роль ведомственного регулирования деятельности сторон договора, которая всегда была значительна, неизменно высока, оно продолжает сохранять свое влияние.

Поэтому те ведомственные разъяснения, которые являются приемлемыми для участников торгового оборота и характеризуются долговременным характером применения, могут превратиться в торговые обычаи.

Можно предположить, что возрастание роли договора и стремление к сокращению издержек (как прямых, так и косвенных, в том числе на подготовку проектов и заключение договоров), а также возникновение различных крупных объединений по профессиональному признаку, разрабатывающих договоры для своих структур, приведут к ослаблению роли ведомственных актов при определении условий договора.

На смену им могут прийти проформы договоров. Поэтому тенденция к увеличению значения договора в целом еще не означает одновременного возрастания усмотрения сторон при определении содержания договоров. Включение в число оснований выработки условий договора помимо норм действующего законодательства также обычаев делового оборота, в том числе в виде положений в текстах примерных договоров (проформ), свидетельствует о множественности правовых источников, требующих учета при определении содержания условий договоров и влияющих на работу по заключению и исполнению договоров в целом.

Особую роль в возрастании роли обычаев играет природа их формирования.

Можно обратить внимание на следующий основной момент, ставящий обычаи делового оборота в особое положение по отношению к уровням ограничения самостоятельности сторон договора при определении его условий: формирование обычаев делового оборота имеет объективный характер. Этот процесс, как было показано, не определяется деятельностью какого-либо одного определенного субъекта правотворчества. Можно сказать, что все субъекты делового оборота, принимающие некоторое обычно принятое в практике деловых отношений правило за обязательное, являются субъектами правотворчества в отношении торговых обычаев. При этом значительно, конечно, влияние арбитража, но все же оно не является решающим.

На основании всего сказанного можно выделить следующие отличительные особенности обычаев делового оборота: а) формирование обычаев приобретает статистический, объективный характер \*(13); б) возможно существование обычая и при отсутствии его письменной формы; в) в обычном правиле практически всегда отсутствует четко выраженная нормативная структура правовой нормы (гипотеза, диспозиция, санкция); характер предписания отсутствует, так как нет самого предписания.

Однако важный вывод заключается в том, что нельзя, тем не менее, говорить об отсутствии диспозитивности регулирования с помощью обычных правил. Сами обычаи приобретают некую форму выражения общедозволительного (или общедиспозитивного) характера договорных отношений \*(14). Таким образом, стихийность формирования обычаев делового оборота создает особую форму ненормативного правового источника регулирования. Представляется возможным поставить его на самый низкий уровень ограничения усмотрения сторон в определении условий договора, позволяющий одновременно рассматривать его и как особый ненормативный правовой источник ограничения усмотрения сторон. К данной рубрике он фактически отнесен п.5 ст. 421 ГК РФ и рядом других статей части второй Гражданского кодекса.

**Список литературы**

(1) Суханов Е. А. Развитие гражданского законодательства России при переходе к рынку // Гражданское право России при переходе к рынку: Сб. науч. статей / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 1995. С.29.

\*(2) Friedman L. M. Some General Consideration. The Impact of Large Scale Business Enterprise upon Contracts // International Encyclopedia of Comparative Law. Tubingen, 1974. Vol. VII (3). С.9.

\*(3) Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983. С.13; см. также: Лукин П. И. Источники международного права. М., 1960. С.79.

\*(4) См.: Зыкин И. С. Указ. соч. С.14.

\*(5) Там же. С. 80; см. также: Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательного права. М., 1953. С. 44.

\*(6) Лунц Л. А. Международное частное право. Особенная часть. М., 1975. С.216-217.

\*(7) Зыкин И. С. Указ. соч. С. 80.

\*(8) Там же. С.78. См. также: Houin R., Pedamon M. Droit commercial. P., 1980. С. 350.

\*(9) Зыкин И. С. Указ. соч. С.81.

\*(10) См., напр.: Витрянский В. В. Общие положения о договоре // Хозяйство и право. 1995. N12; Суханов Е. А. Указ соч. С.29.

\*(11) Weber M. Оn Law in Economy and Society. Cambrige, 1954. Р. 307-308.

\*(12) Friedman L. M. Op. cit. С.9.

\*(13) Свойство объективного формирования теоретически позволяет относить обычаи делового оборота к более высокому уровню в иерархии источников права при регулировании договорных отношений по сравнению с ведомственными нормативными правовыми актами. С точки зрения социологического подхода к формированию частного права, правотворческая инициатива участников делового оборота должна иметь приоритет над инициативой ведомственной. Тем не менее, ГК РФ в п. 5 ст. 421 устанавливает иную последовательность.

\*(14) Алексеев С. С. Общая теория права. М.,1982. Т.2. С.75.