



## «ОБЫЧАЙ» И «ОБЫЧНОЕ» КАК КАТЕГОРИИ ЧАСТНОГО ПРАВА УКРАИНЫ

Елена СТРИЛЕЦ,

аспирант кафедры истории права и государства юридического факультета  
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

### Summary

The article is devoted to the research of «custom» and «customary» and related terms as private law categories. The article analyzes the legislative regulation of trade custom as a recognized source of law, «usually made requirements» and other customary categories, revealing their place among the forms of regulation of social relations. Grounded that the terms «customary» and «custom» are not convertible. The role of customary norms is evaluated; the cases of using the trade customs and related categories are analyzed. Effort of differentiation of trade custom, usually made requirements and usages is done.

**Key words:** custom, trade custom, usage, usually made requirements, source of law.

### Аннотация

В статье исследуются такие категории частного права, как «обычай» и «обычное», а также близкие к ним. Предлагается анализ законодательного регулирования обычаев делового оборота как признанного источника гражданского права, «обычно предъявляемых требований» и иных понятий, обладающий признаками «обычности», а также выявление их места в системе регуляторов отношений. Обосновано, что категория «обычное» не является синонимом обычая. Дается оценка роли, возлагаемой на обычные нормы, а также анализируются случаи, в которых законодатель предполагает использование обычаев делового оборота и родственных категорий. Осуществляется анализ юридической литературы по исследованию обычая в частном праве. Делается попытка разграничения обычной делового оборота, обычно предъявляемых требований и обыкновений.

**Ключевые слова:** обычай, обычай делового оборота, обыкновение, обычно предъявляемые требования, источник права.

**Постановка проблемы.** Законодательство Украины изобилует нормами, в которых дается отсылка к различного вида обычаям. Обилие научной литературы, посвященной обычаю, поначалу создает впечатление, что данная категория изучена достаточно тщательно. Однако при ближайшем рассмотрении выясняется, что исследованы лишь общие теоретические аспекты обычая как социальной нормы, чуть менее – как источника (формы) права. Что касается «обычая» как категории частного права, то в украинской научной литературе этот вопрос если и рассматривается, то лишь вскользь в контексте иных исследований.

**Актуальность темы исследования** подтверждается степенью нераскрытости темы, поскольку в настоящее время практически нет ни одной фундаментальной работы, посвященной исследованию обычных норм в частноправовом регулировании отношений в Украине.

**Состояние исследования.** Научный анализ вопросов, связанных с обычаями и понятиями, имеющими признаки «обычности» осуществлялся многими исследователями, как современными, так и советскими и до-революционными. Среди них следует назвать труды Ю.С. Гамбарова, Е.А. Беяневич, Т.В. Боднар, М.И. Брагинского, И.С. Зыкина, И.Б. Новицкого и

др., которые служили фундаментальной базой для исследования рассматриваемых вопросов.

**Целью и задачей статьи** является исследование такие категорий частного права как «обычное» и «обычай», их законодательного регулирования, места в иерархии регуляторов отношений. Новизна работы заключается в том, что в данной работе сделана попытка рассмотреть не только обычай делового оборота как признанный законодателем источник права, но и исследовать общую родовую категорию «обычно предъявляемые требования», а также иные понятия, имеющие признаки «обычности».

### Изложение основного материала.

Еще выдающийся русский цивилист И.Б. Новицкий отмечал, что даже передовые кодификации гражданского права изобилуют нормами, в которых делается отсылка к различным вспомогательным моментам, как-то: воззрениям или обычаям оборота, обычному порядку, особым обстоятельствам дела и т. п.; не надеясь охватить своей нормой все разновидности регулируемого отношения, законодатель дает в руководство растяжимую формулу [1, с. 54].

В соответствии с ч. 1 ст. 7 Гражданского кодекса Украины от 16.01.2003 г. (далее – ГК) гражданские правоотношения могут регулироваться обычаем, в частности обычаем делового

оборота. Обычаем признается правило поведения, которое не установлено актами гражданского законодательства, но является устоявшимся в определенной сфере гражданских отношений [2, ст. 7].

Таким образом, законодатель признает обычай и его разновидность – обычай делового оборота источниками гражданского права Украины. Только тот обычай, который противоречит договору или актам гражданского законодательства, в гражданских отношениях не применяется (ч. 2 ст. 7 ГК Украины).

На наш взгляд, включения нормы о возможности регулирования гражданских отношений с помощью обычая, в том числе обычая делового оборота, свидетельствует о том, что законодатель признает потребность в дополнительном регуляторе общественных отношений, который учитывает их специфику. Следует отметить, что в современной научной литературе расширение системы источников частного права, в частности путем включения в нее обычая и обычая делового оборота, признается позитивным явлением [3, с. 244].

Не только ГК упоминает об обычае. Украинское законодательство содержит многочисленные отсылки к различного вида обычаям, однако ему не присуща терминологическая чистота (ясность). Употребляются различные варианты: обычай, обычай



делового оборота, торговые и иные честные обычаи, известные международные обычаи, банковские обычаи, обычаи торговли, торговые обычаи, портовые обычаи, обычаи торгового мореплавания и др. Это невероятное разнообразие провоцирует как сложности в понимании замыслов законодателя, так и в практике правоприменения. Законодательное определение существует лишь для общего понятия обычая. Соотношение всех указанных понятий является отдельным болезненным вопросом.

Обратимся вначале к обычаю делового оборота, поскольку он признан источником гражданского права Украины. Законодатель не дает определения обычая делового оборота. Но уже в самом названии содержится указание на область применения, а именно деловой оборот, то есть предпринимательскую (хозяйственную) деятельность. По мнению отдельных исследователей, это свидетельствует о том, что регулятивная функция обычая делового оборота ограничена деловой (предпринимательской) сферой и сферой оборота (договорными отношениями) [4, с. 181].

Однако законодатель решил несколько иначе. Хозяйственный кодекс Украины от 19.01.2003 г. (далее – ХК), который призван регулировать те самые предпринимательские отношения, не относит ни обычай делового оборота, ни любой другой обычай к источникам хозяйственного права. Это вызывает обоснованную критику в научной литературе. Например, современный украинский исследователь договорного права Т.В. Боднар обращает внимание на то, что именно в данной сфере, где исторически возникли и используются обычаи делового оборота, должны содержаться отсылки к ним как регуляторам поведения [5, с. 102].

Системный анализ норм ХК позволяет сделать вывод о том, что законодатель не исключил возможность использования обычаев, оставил для них определенную нишу в правовом регулировании. В соответствии с ч. 4 ст. 265 ХК стороны для определения условий договоров поставки имеют право использовать известные международные обычаи, если это прямо и в исключительной форме не запре-

щено Кодексом и законами Украины [6, ст. 265]. Также в ХК находим упоминания о «торговых и иных частных обычаях» (ст. 32 ХК), банковских обычаях (ст. 344 ХК) и др. Кроме того, в ХК используется такая конструкция как «обычно предъявляемые требования». Однако упоминания об обычаях делового оборота в ХК не найти. Для сравнения: в ГК более двадцати семи статей содержат прямую отсылку к обычаям делового оборота (ст. 527, 539, 532, 538 ЦК и др.).

Отсутствие легитимной дефиниции обычая делового оборота в украинском законодательстве компенсируется в научной и учебной литературе. Ученые формулируют собственные определения понятия «обычай делового оборота». Наиболее удачным, на наш взгляд, следует признать определение известного теоретика хозяйственного договорного права Е.А. Беляневич. По ее мнению, обычай делового оборота – это социальная норма, которая сложилась в определенной сфере хозяйственной/предпринимательской деятельности вследствие постоянного и унифицированного ее использования (повторения), обеспечивается авторитетом участников хозяйственной/предпринимательской деятельности и воспринимается как общеобязательная для использования (соблюдения) в данной сфере [3, с. 236].

Попытался прояснить обстановку и Высший хозяйственный суд Украины в своем Письме от 07.04.2008 г. №01-8/211 «Об отдельных вопросах практики применения норм Гражданского и Хозяйственного кодексов Украины». В нем дается собственное видение того, что следует понимать под термином «обычай делового оборота», который содержится в ст. 7 ГК, а именно как правило поведения, которое не установлено актами гражданского законодательства, но является устоявшимся в сфере делового оборота. К сожалению, не расшифровано, что следует относить к сфере делового оборота.

Отметим, что Гражданский Кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 г. признает обычаям делового оборота сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности

правило поведения, не предусмотренное в законодательстве, независимо от того, зафиксировано оно в каком-либо документе или нет.

В целом отсутствие однозначного толкования обычая, обычая делового оборота и подобных категорий, несмотря на усилия, приложенные большим количеством исследователей, не удивляет. Еще выдающийся дореволюционный ученый цивилист Ю.С. Гамбаров отмечал, как «нелегко установить точное определение для такого подвижного, многообразного феномена, каким представляется обычное право» [7, с. 196].

Кроме непосредственно обычаев, в ГК содержится множество других понятий, производных от «обычай». Категория «обычное», на наш взгляд, объединяет все возможные упоминания законодателем обычных норм, все понятия, имеющие признаки общности.

В научной литературе несправедливо мало внимания уделяется «обычному», данный вопрос в подавляющем большинстве случаев обходится, лишь изредка встречаются отдельные упоминания. Известный российский ученый-юрист М.И. Брагинский обращал внимание на то, что «обычное» не является синонимом «обычая», так как «обычное» более размытое, недостаточно структурированное понятие, однако с точки зрения своего функционального назначения эти правовые категории являются очень близкими [8, с. 69].

Гражданский кодекс достаточно широко использует категорию «обычное». Например, «обычные обстоятельства» (ч. 2 ст. 22 ГК), «обычай национального меньшинства» (ч. 1 ст. 28), «местный обычай» (ст. 333), «обычный способ» (ч. 1 ст. 435, ч. 3 ст. 959) и др.

В рамках данного исследования нас наиболее интересуют упоминания об «обычном» в нормах, посвященных договорному регулированию. Наиболее используемыми являются конструкции «обычно предъявляемые требования» и «обычаи делового оборота». Отсылка к обычаям делового оборота только в Главе 48, посвященной исполнению обязательств (20 ст.), встречается 7 раз. Как уже упоминалось выше, понятия «обычно



предъявляемые требования» используются и в ХК.

Ст. 526 ГК определяет общие условия выполнения обязательств и устанавливает, что обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями договора и требований Кодекса, иных актов гражданского законодательства, а при отсутствии таковых – *в соответствии с обычаями делового оборота или другими обычно предъявляемыми требованиями* (курсив мой). Таким образом, в данном вопросе обычным нормам законодателем отводится вспомогательная роль. В то же время определяется иерархия: обычай делового оборота стоит выше, чем обычно предъявляемые требования. Это дает основания полагать, что законодатель не отождествляет обычно предъявляемые требования с обычаями делового оборота и, соответственно, не признает их в качестве источника гражданского права.

На наш взгляд, крайне важным является и упоминание об обычаях делового оборота в основополагающей для всего договорного права статье, а именно в ст. 627 «О свободе договора». В соответствии с данной статьей стороны являются свободными в заключении договора, выборе контрагента и определении условий договора с учетом требований Кодекса, иных актов гражданского законодательства, *обычаев делового оборота* (курсив мой), требований разумности и справедливости.

Отдельно стоит упомянуть о том, что в соответствии с ч. 2 ст. 630 ГК, если в договоре отсутствует отсылка к типичным условиям, они могут использоваться в качестве обычаев делового оборота.

Следует отметить, что законодатель устанавливает общие принципы (правила), но не пытается сформулировать все, отсылая к другим регуляторам. Таким образом, возможность использовать обычай придает легкость и эластичность нормам законодательства.

В нормах, посвященных договорному регулированию, очень широко используются и понятия, несущие признаки «обычности»: обычное использование (ст. 673, 857, 858 ГК), обычный срок (ст. 938 ГК), обычная

цена (ст. 582, 632, 843, 1002, 1013 ГК), обычный способ (ст. 856, 959 ГК), обычные расходы (ст. 833 ГК), обычные условия (ст. 685 ГК) и др. Проанализировав такие нормы, следует отметить некую их техничность.

Проанализировав ГК, можно классифицировать все случаи, в которых законодатель предполагает использование обычаев делового оборота, в зависимости от цели такого использования.

**1. Обычай делового оборота как средство толкования сделок.** Ч. 4 ст. 213 ГК предусматривает, что для выявления действительной воли сторон учитываются цель сделки, содержание предварительных договоров, сложившаяся практика отношений сторон, *обычаи делового оборота*, дальнейшее поведение сторон, текст типового договора и иные обстоятельства, имеющие существенное значение.

**2. Обычай делового оборота как средство выполнения содержания договора.** Можно привести примеры из главы 48 ГК, посвященной купле-продаже. Например, риск случайной гибели или случайного повреждения товара, проданного во время его нахождения в пути, переходит к покупателю в момент заключения договора купли-продажи, если иное не предусмотрено договором или *обычаями делового оборота* (ст. 668 ГК). Если в договоре купли-продажи не определены условия о комплектности товара, продавец обязан передать покупателю товар, комплектность которого определяется *обычаями делового оборота* или иными *обычно предъявляемыми требованиями* (ст. 682). Если порядок проверки соблюдения продавцом условий договора купли-продажи не определен договором или актами гражданского законодательства, проверка осуществляется в соответствии с *обычаями делового оборота* или *обычно предъявляемыми в таких случаях требованиями* (ст. 687). Покупатель обязан совершить действия, которые в соответствии с *обычно предъявляемыми требованиями* необходимы с его стороны для обеспечения передачи и получения товара, если иное не установлено договором или актами гражданского законодательства (ст. 389). Покупатель обя-

зан выполнить за свой счет действия, которые в соответствии с договором, законом или *обычно предъявляемыми требованиями* необходимы для совершения платежа за товар (ст. 691).

**3. Обычай делового оборота как средство восполнения содержания закона.** Основная норма, которая содержится в ст. 526 ГК, рассматривалась выше. Следует отметить, что в таких случаях, по сути, пробела в законодательстве нет, следовательно это не совсем восполнение, но законодатель предполагает существование иной практики.

**4. Обычай делового оборота как вспомогательное средство при применении закона.** В данном случае целью является уточнение смысла тех или других выражений, которые употребляет, но не расшифровывает законодатель.

Обычно предъявляемые требования можно назвать универсальной родовой категорией, но в научной литературе ей не уделялось достаточно внимания. Видный российский ученый Е.А. Суханов считает, что обычные требования являются, по сути, обычаями имущественного оборота [9, с. 92]. В украинской правовой науке этот вопрос рассматривала Т.В. Боднар, которая пришла к выводу, что грамматическое толкование ст. 526 дает основание полагать, что обычай делового оборота является частью более широкого понятия – иных обычно предъявляемых требований [5, с. 103]. На наш взгляд, такая позиция является достаточно спорной, исходя из причин, рассмотренных выше. Также существует мнение, что обычно предъявляемые требования следует рассматривать как составляющую более широкого понятия – деловых обыкновений как распространенной в определенной сфере предпринимательской деятельности практики отношений [3, с. 252].

Что касается обыкновений, это понятие не встречается в законодательстве Украины, а существует исключительно в научной литературе. Эта категория, на наш взгляд, частично скрывается под понятием «практика взаимоотношений сторон», которое предлагается законодателем в качестве одного из средств толкования воли сторон (ч. 4 ст. 213 ГК).



Основательное исследование категории «обыкновение» было проведено российским ученым И.С. Зыкиным. Исследователь определял обыкновение как правило, сложившееся на основе столь постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений, что оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по сделке в случае соответствия их намерениям [10, с. 17]. Автор также не признавал обыкновение источником права.

В советской правовой доктрине понятия обычай и обыкновение часто отождествлялись, например, И.Б. Новицкий использовал термин «обычай делового оборота» как синоним термина «деловое обыкновение» [11, с. 67]. Многие современные украинские авторы продолжают придерживаться аналогичной позиции [12, с. 101].

Обычай как диспозитивная норма используется только в случае, если иное не предусмотрено договоренностью сторон, а обыкновение – только если в договоре содержится отсылка к нему, или же договор предполагает намерение сторон им руководствоваться. Именно поэтому обыкновение может не соответствовать правовым нормам в рамках допустимой автономии воли сторон и устранять использование соответствующей диспозитивной нормы, в то время как обычай не может противоречить нормам закона [11, с. 16]. Также следует обратить внимание на то, что правило обыкновения опирается на обычную устоявшуюся в обороте практику взаимоотношений «средних и абстрактных контрагентов» [4, с. 181].

**Выводы.** Законодательство Украины оперирует различными терминами, близкими к обычному праву: обычай, обычай делового оборота, обычно предъявляемые требования и др. Из-за отсутствия легальных дефиниций не прекращаются теоретические споры относительно понятий, несущих признаки «обычности». Обычай, как и его разновидность – обычай делового оборота, признаны законодателем источниками гражданского права, однако в Хозяйственном кодексе они не упоминаются вовсе. Однако и Гражданский, и Хозяйственный кодексы Украины содержат многочисленные отсылки к «обычно-

му», категории, под которую подпадает целый ряд терминов. Категорию «обычное» не следует отождествлять с «обычаем», так как она более размыта и не структурирована. В целом, «обычное» является сложным многоаспектным юридическим феноменом, который играет важную роль в сфере частноправового регулирования.

#### Список использованной литературы:

1. Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I / Новицкий И.Б. – М.: Статут, 2006. – 460 с.
2. Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 4 квіт. 2012 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 380 с. – (Кодекси України).
3. Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): Монографія / Беляневич О.А. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
4. Ровный В.В. Обычай в современном обороте / В.В. Ровный // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып. 5: Сборник научных статей / Санкт-Петербургский государственный университет; Под общ. ред. В.Ф. Попондопуло, О.Ю. Скворцова. – Волтерс Клувер, 2005. – С. 176-191.
5. Боднар Т.В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Заг. положення): Навч. посіб. / Боднар Т.В. – К.: Юстиніан, 2007. – 280 с.
6. Господарський Кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 12 вересня 2012 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В., 2012. – 380 с. – (Кодекси України).
7. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть / Гамбаров Ю.С.; под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Издательство «Зерцало», 2003. – 816 с.
8. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский – М.: Статут, 2008. – 847 с.
9. Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть. Отв. ред. Е.А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – 720 с.
10. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. / Зы-

кин И.С. – М.: Междунар. отношения, 1983. – 160 с.

11. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права / Новицкий И.Б. – М.: Госюриздат, 1959. – 157 с.

12. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / [Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.]; за ред. О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.