

## ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ТРУДОВОГО ПРАВА

К.Ю. Калинин, студент  
Томский государственный университет  
(Россия, г. Томск)

DOI:10.24412/2500-1000-2023-6-4-182-188

*Аннотация.* В статье рассматривается возможность применения обычая в трудовом праве Российской Федерации, возможность применения обычая к правовым отношениям, возникающим в процессе труда. Проводится анализ возможности применения обычая в советский период и в условия современности. Анализируются позиции ученых о возможности применения в российском трудовом праве обычая как источника права его актуальность и закрепление правила его существования в Трудовом кодексе Российской Федерации. Рассматриваются примеры применения трудового обычая в отношениях между работником и работодателем. Анализируются достоинства и недостатки применения обычая в трудовых правоотношениях.

*Ключевые слова:* обычай, трудовая обычай, трудовое право, Трудовой кодекс, применение обычая.

Современное трудовое право, характеризуется своим динамичным прогрессивным развитием, и как любая отрасль она не лишена пробелов в правовом регулировании. В сегодняшних стремительно сменяющихся условиях невозможно эффективно урегулировать отношения при помощи законов или иных нормативных актов и при этом необходимо опираться на иные источники права. А также возможность существования уникальных трудовых отношений, которые не попадают в поле зрения законодателя, которые должны быть регламентированы, и не всегда возможно в короткий промежуток времени разработать норму, и механизм реализации данной нормы.

Определение источника трудового права, раскрывающее все его аспекты, было предложено Н.В. Демидовым: «источник трудового права – это форма закрепления и выражения норм трудового права, нормативный правовой акт, содержащий нормы трудового права, устанавливающий права и обязанности участников отношений в сфере труда» [1, с. 36].

Согласно статье 5 Трудового кодекса РФ, трудовое законодательство – в узком понимании состоит из Трудового кодекса РФ, иных федеральных законов, законов субъектов РФ, содержащих нормы трудового права. А остальные подзаконные ис-

точники, такие как указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, акты органов исполнительной власти, акты исполнительных органов субъекта РФ, акты органов местного самоуправления, локальные нормативные акты, которые содержат нормы трудового права. А также коллективные договоры и соглашения, которые по своей правовой природе нормативные договоры – все эти акты, перечисленные выше, закон относит к иным актам, содержащим нормы трудового права, а в своей совокупности эти акты образуют трудовое законодательство в широком смысле. То есть формами источников в трудовом праве являются нормативный акт и нормативный договор. В СССР, как верно отмечает Л. Зрейк, «даже коллективный договор был детищем власти» [2], у которого не было собственного статуса и, по своей правовой природе, это являлось административным распоряжением.

Коренные изменения в России после распада советского союза в политической, экономической, социальной сфере привели и к изменениям в области трудовых отношений. Появление частной собственности, предпринимателей, когда в условиях новой реальности работодателем является не только государство и заработная плата является нефиксированной, а также идет развитие новых отраслей. Все это в своей

совокупности требует регулирования, которое по объективным причинам закон охватить не может.

Длительный период времени, нормативный акт рассматривается, как основной источник трудового права в последнее время в науке предлагается расширить видовой состав источников трудового права. По мнению М.В. Лушниковой: «источник права как обобщающая категория охватывает не только нормативные акты, содержащие правовые нормы, но и иные правовые акты (ненормативные правовые установления» [3, с. 267] таким образом она расширительно толкует данное понятие. Е.А. Ершова акцентирует внимание: «преодоление и восполнение пробелов в трудовом законодательстве можно рассматривать в качестве объективно необходимых механизмов саморегуляции правоприменительной деятельности» [4], это объясняется тем, что трудовое право развивалось и будет развиваться по следующей последовательности: обычаи, содержащие нормы национального трудового права; нормативные правовые договоры, содержащие нормы национального трудового права; основополагающие принципы, нормы и обычаи международного трудового права, содержащие нормы трудового права; национальные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права. Идея заключается в том, что в основании зачастую лежит обычай, и в этой связи нормы трудового права могут вырабатываться в процессе правоприменительной практики и в дальнейшем применяться судом.

Крыжан В.А. предложил определение для обычая в трудовом праве в своей диссертации: «трудоправовой обычай – это правило поведения, сложившееся и широко применяемое в области трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений, не предусмотренное нормативными правовыми актами, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо юридическом документе, обладающее четко определенным содержанием» [5]. В данное определение стоит добавить еще один признак – это санкционирование государством, то есть выражение

согласия, утверждение, наделение юридической силой какого-либо правила. Можно выделить отдельные стадии формирования обычая в трудовом праве:

1) Формирование обычкновения, под обычкновением принято понимать правило поведения, сложившееся в определённой сфере действия, на основе постоянного и единообразного его применения. Объединяет обычай и обычкновение – общественность их происхождения, в то же время отличительные черты выделяет В.В. Наумкина [6, с. 13]:

Во-первых, обычай носит характер правовой нормы, обычкновение носит вспомогательный характер, во-вторых, правовой обычай закрепляется государством в норме права и обеспечивается санкцией, обычкновение не закрепляется, и не защищается государством. Здесь, по моему мнению, более удачно было бы сказать, не закрепление в норме права обычая, а отсылка в нормативном акте, так как закрепление обычая в норме приводит к изменению формы права. В-третьих, обычай носит общеобязательный характер, обычкновение не имеет обязательности для субъектов права.

Также можно выделить консерватизм и неизменность обычая, обычкновение в этом плане более гибкий регулятор, использование обычкновения предполагает осведомленности субъектов о существовании данного обычая, основное отличие, конечно заключается в том, что общая теория права не признает источником права обычкновение в отличие от правового обычая.

2) Возникновение у обычкновения юридической обязательности. А именно признание государством, отсылка в законодательном акте, обеспечения соблюдения, в том числе посредством государственного принуждения. Посредством этого обычкновение «трансформируется» в обычай. При этом выделяют, что период формирования обычая может быть разным, от нескольких лет, до нескольких дней и даже «одномоментно», такие случаи бывают, когда суд в своем решении закрепляет уже сложившийся обычай, или же заново формулирует обычай и закрепляет его. В.А. Крыжан настаивал на закреплении в действующем

трудовом кодексе в статье 5 «Регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений осуществляется нормами трудового права, то есть правилами повеления, сложившимися и широко применяемыми в области трудовых и иных непосредственно связанных с ним отношений, не предусмотренными нормативными правовыми актами, не зависимо от того, зафиксированы ли они в каком-либо юридическом документе, обладающими четко определенным содержанием, санкционированными государством в качестве правовых» [5]. Наиболее компромиссным будет являться способ непрямого законодательного цитирования, посредством которого законодатель отсылает в тексте нормативно правового акта к обычаю при этом, не раскрывая его. Но и этот вариант не будет являться идеальным, так как процедура законодательного закрепления будет по временной протяженности более длительной и затянутой, а иногда вопрос требует быстрого и безотлагательного решения в этом случае раскрываются плюсы судебного санкционирования так как, никакой другой орган ни фактически, ни, что более важно, юридически, не в состоянии одновременно и применять, и оформлять применяемое правило поведения.

В работе Б.К. Бегичева «Советское трудовое право» [7, с. 513]: «Правовые обычаи как источники права имеют ограниченное применение в промышленно развитых капиталистических странах». И в существующей действительности давая общую характеристику видов источников трудового права зарубежных стран, И.Я. Киселев отмечает, что повсеместно уменьшилась роль трудовых обычаев. Так, трудовые обычаи в настоящее время играют заметную, хотя и вспомогательную роль только в Великобритании. Они действуют по традиции во многих отраслях и фиксируются зачастую в коллективных договорах [8, с. 35-30].

По мнению О.С. Мешковой, «обычай может являться источником трудового права, так как действующий принцип права «разрешено все, что не запрещено законом»» [9, с. 47], который в том числе, поз-

воляет применять трудовой обычай. В противовес ей выступают другие ученые, которые формулируют иную позицию. Так О.А. Вострецова в своей работе приходит к выводу о том, что в трудовом законодательстве нашей страны отсутствует признание обычая в качестве источника права [10, с. 201]. Связано это с большим и подробным количеством государственного, локального и договорного регулирования, что практически не оставляет место для обычая, а также различными условиями труда в разных отраслях.

С чем тоже можно поспорить, во-первых, законодательство не сможет полноценно охватить все общественные отношения в сфере труда, да и не все они должны быть регламентированы, законодательство далеко не идеально. Некоторые нормы могут не работать на практике, вследствие этого могут появляться пробелы в законодательстве. Во-вторых, это динамичность трудовых отношений, а также преобладание в трудовом кодексе в большей части не абсолютно-определенных норм, а относительно-определенных норм, в-третьих, скорее всего данная позиция построена на юридическом позитивизме, то есть сведению права только к нормативно-правовым актам и убежденность, что только они могут регулировать общественные отношения.

Таль Л.С. еще в начале XX в. отмечал, что «обычай как источник одинаковых для всех хозяйственных предприятий общих норм почти не имеет практического значения, образованию обычая препятствует разнородность условий и порядок в разных отраслях хозяйственной жизни» [11, с. 57]. Он пришел к выводу о том, что в силу разнородности категорий работников, различных отраслей, и даже отдельных предприятий в силу своей обособленности могут создавать свои неписанные обыкновения и о применения классического обычая, признаки которого раскрываются в теории права, не может быть и речи.

Представленные позиции и аргументация ученых на сегодняшний день не позволяют дать однозначный ответ на вопрос является ли обычай источником трудового права. Потому что одни говорят:

«...обычаи в трудовом праве России реально существуют и эффективно функционируют» [5], другие о том, что «... в нашей стране отсутствует традиция признания обычая в качестве источника трудового права, что связано с достаточно подробным государственным и договорным регулированием трудовых отношений, которое практически не оставляет места для возникновения обычных норм» [12].

В современности существуют обычаи в трудовом праве, которые не являются санкционированными, то есть признанными государством, так как официально обычай не закреплен в качестве источника трудового права, но, тем не менее, функционируют в сложившейся действительности.

Наглядный пример приводит С.Ю. Головина [13, с. 146], которая указывает, что печать организации в трудовом договоре является обычаем, потому что статья 67 Трудового кодекса РФ, указывающая требования к форме трудового договора, а также статья 57 Трудового кодекса РФ, регламентирующая обязательные реквизиты трудового договора не называют обязанность постановления печати в трудовом договоре, соответственно печать носит исторически сложившийся удостоверяющий характер. Наличие печати не нарушает норм трудового законодательства, так как действует принцип «все, что не запрещено законом, разрешено», но и отсутствие печати не делает договор недействительным, соответственно стоит согласиться с С.Ю. Головиной, о том, что на сегодняшний день, это сложившийся обычай.

Многочисленные примеры в автореферате диссертации приводит В.А. Крыжан [5], один из них – это восстановление работника на работе в случаях, когда работники сами изъявили решение, но под давлением со стороны работодателя, либо в результате сложившихся тяжелых обстоятельств уволились по собственному желанию. В то же время ныне действующий Трудовой кодекс РФ не содержит правовой нормы, регулирующей данное отношение, в связи с этим правоприменительная практика выработала обычай, который был поддержан судом. Таким об-

разом, в случае доказанности злоупотреблением правом со стороны работодателя, либо тяжелые сложившиеся обстоятельства суд вынесет решение о восстановлении на работе.

Написание заявления о приеме на работу довольно распространенный обычай при заключении трудовых отношений (мы не включаем в этот перечень государственных и муниципальных служащих, так как для них отдельными федеральными законами установлен дополнительный перечень документов необходимых при поступлении на службу, в том числе и заявление). В силу статьи 16 и 65 Трудового кодекса РФ обязательного условия о подаче заявления при трудоустройстве нет, но в КЗоТ в ранее действующей редакции содержал норму, где факт существования трудовых отношений подтверждался заявлением на работу, а сам трудовой договор мог быть как в письменной, так и в устной форме. Соответственно мы делаем вывод, что заявление – это наследство советского законодателя, которое сейчас стало обычаем. Практического свойства в нем не наблюдается, но, некоторые ученые заявляют о необходимо закрепить его в трудовой кодекс, а именно добавить в статью 65 ТК РФ [11].

Демидов Н.В. в своей статье «Локальное нормативное правовое регулирование отношений по увольнению работника» [14] указывает, что зачастую работодатель в локальных нормативных актах закрепляет деловые обычаи. Таким является «обходной листок» при увольнении работника, обходной лист удостоверяет, что при увольнении работник сдал все ценности, документы, иные материалы и сведения, принадлежащие работодателю, а также это косвенно фиксирует целостность и сохранность сданного имущества. В рамках увольнения работника Н.В. Демидов критикует данное закрепление в локальном акте. «Практика обходного листа - пример правил, которые должны быть признаны незаконными в рамках преодоления произвольного локального регулирования отношений по высвобождению работника» [14]. Но с другой стороны существования данного правила как обычая позволяет

зафиксировать тот факт, что все сданное имущество находится в целостности формирования и сохранности, что в дальнейшем, например, при попытке привлечь работника к материальной ответственности по поводу имущества, которое использовал работник, будет служить доказательством, что работодатель принял имущество и не имеет претензий к его состоянию и качеству.

Проанализировав немногочисленные научные работы, где раскрывалась практика применения в российском трудовом праве обычая, можно сделать вывод о том, что, хотя он официально, и не закреплён, но он существует и применяется. Необходимо выделять как обычай, широко применяемые неограниченным кругом работодателей и работников, так и обычай, созданные и применяемые на локальном уровне, то есть распространяющие свое действие на конкретного работника и конкретного работодателя.

Представляется, что правовой обычай в трудовом праве имеет реальные перспективы официального признания в качестве источника права в ближайшем будущем, и данную тенденцию необходимо поощрять, поскольку системная роль правового обычая заключается в повышении свойства адаптивности системы источников к среде, что приводит к росту эффективности правового регулирования.

И если законодатель одобрит закрепления в трудовом праве трудового обычного, то судам стоит предварительно решать ряд вопросов касательно применяемых ими обычаев, которые еще в XX в. сформулировал томский ученый И.В. Михайловский [15], а именно: применимость и однообразие обычая, обязательность, непротиворечие действующему закону, разумность и нравственность обычая.

Теорией государства и права обычай включается в перечень источников права, в силу его первичности в некоторых отношениях, перед принятием соответствующей нормы для регулирования данных отношений или формализации и санкционирования его самого для тех же целей. Обычай мог бы эффективно использовать-

ся в трудовом праве в качестве средства устранения пробелов, образуемые стремительным развитием отношений в рамках данной отрасли права. Исходя из того, что обычай эффективно используется в некоторых отраслях, в том числе Гражданском праве.

В связи с тем, что трудовое право, как самостоятельная отрасль сформировалось всего около века назад, изменений в данном вопросе, с точки зрения законодательства не происходило, обычай не являлся источником трудового права в советское время, не является источником и на современном этапе. Однако в судебной практике можно встретить использование обычая как источника, но говорить о закономерности, в области правоприменения, постепенного включения обычая в один ряд с нормативными правовыми актами, нельзя, так как данные случаи единичны, и некоторые исследования, авторы которых утверждают, что обычай является полноценным источником, приводят в пример не более одного-двух примеров, которые зачастую повторяются. Сравнивая взгляды ученых советского и современного времени, видна явная закономерность, направленная на признание обычая в качестве источника трудового права и необходимости его закрепления в качестве такового.

На основании вышеизложенного, можно сделать следующие выводы, правовой обычай присущ многим отраслям российского права, трудовое право он не обходит стороной, хотя официально закрепления в качестве источника трудового права нет, практика показывает обратное. Мнения ученых в этом вопросе кардинально противоположные, но большинство, среди которых В.А. Крыжан, Л. Зрейк, М.А. Жильцов, Е.А. Ершова склоняются к существованию обычая в трудовом праве и закреплению в Трудовом кодексе РФ понятия обычая, его юридическую силу по отношению к нормам права.

Таким образом можно говорить, что необходимость включения обычая в источники трудового права есть, для чего он должен быть формализован и санкционирован государством. Само государство заинтересовано в устранении пробелов в

праве, часть из которых в трудовом праве, могла бы быть устранена подобным образом, но подобное решение породит проблему проверки обычаев на предмет законности, а также при применении обычая или ссылки на его наличие нужно учитывать давность и постоянство его использования, однако подобные незначительные последствия не могут перекрыть положительного эффекта в сфере защиты прав и свобод сторон трудового правоотношения.

Стоит согласиться с тем, что трудовые обычаи могут сыграть положительную роль в преодолении пробелов в трудовом праве, поскольку в нормах законов, и подзаконных актах нельзя охватить все многообразие конкретных ситуаций дина-

мично развивающихся общественных отношений. Если признание трудового обычая в нашей стране источником трудового права и заслуживает поддержки, то лишь постольку, поскольку способно работать на более эффективную реализацию и защиту трудовых прав граждан. Как сказал еще М. Рейснер: «Для нас различие источников права не представляет особенного значения, ибо право всегда право... Объективное право может совершенно одинаково дать установление формального равенства при помощи, каких угодно актов: закона, договора, обычая, судебного прецедента или изречения ученых-юристов» [16].

#### Библиографический список

1. Демидов Н. В. Трудовое право: учеб. пособие. – М., Юрайт, 2020. – С. 36.
2. Зрейк Л. Место правового обычая в системе источников трудового права России и Израиля // Трудовое право. – 2007. – №5.
3. Лушникова М.В. Правовой механизм социального партнерства в регулировании трудовых и социально-обеспечительных отношений / М.В. Лушникова: Дис. докт. юрид. наук. – М., 1997. – 362 с.
4. Ершова Е.А. Обычаи, содержащие нормы российского трудового права / Е.А. Ершова // Трудовое право. – 2008. – №3.
5. Крыжан В.А. Правовой обычай и судебная практика как источники трудового права (на фоне интеграции отраслей российского права и интеграции Российской Федерации в мировое сообщество государств) / В.А. Крыжан // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Пермь, 2006.
6. Наумкина В.В. Соотношение категорий «правовой обычай» и «обыкновение». – М.: Право. 2009. – С. 13-17.
7. Бегичев Б. К. Советское трудовое право / Б.К. Бегичев, А.Д. Зайкин, М.В. Молодцов. – М.: Юридическая литература, 1985. – 513 с.
8. Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. – М., 1999. – С. 35-40.
9. Мешкова О.Е. Трудовое право в системе отраслей российского права: дис. канд. юрид. наук. – Омск, 1999. – С. 47.
10. Вострецова О.А. Конвенции и рекомендации международной организации труда как источники трудового права. Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 201.
11. Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Внутренний правопорядок хозяйственных предприятий. – Ярославль, 1918. – С. 57-60.
12. Шаповал Е.А. К вопросу об обычае как источнике Российского трудового права // Трудовое право в России и за рубежом. – 2013. – № 2.
13. Головина С.Ю. «Белые пятна» трудового права // Российский ежегодник трудового права. – 2006. – № 2. – С. 146.
14. Демидов Н.В. Локальное нормативное правовое регулирование отношений по увольнению работника / Н.В. Демидов // Трудовое право в России и за рубежом. – 2019. – № 3.
15. Михайловский И. В. Очерки философии права / И.В. Михайловский, В.М. Посохин. – Томск, 1914. –Т. 1. – 237 с.
16. Рейснер М. Право. Наше право. Чужое право. Общее право. – М., 1925. – 271 с.

**CUSTOM AS A SOURCE OF LABOR LAW**

**K.Yu. Kalinyuk**, *Student*  
**Tomsk State University**  
**(Russia, Tomsk)**

***Abstract.** The article considers the possibility of applying custom in the labor law of the Russian Federation, the possibility of applying custom to legal relations arising in the labor process. The analysis of the possibility of using the custom in the Soviet period and in modern conditions is carried out. The positions of scientists on the possibility of using custom in Russian labor law as a source of law, its relevance and the consolidation of the rule of its existence in the Labor Code of the Russian Federation are analyzed. Examples of the application of labor law custom in the relationship between an employee and an employer are considered. The advantages and disadvantages of the use of custom in labor relations are analyzed.*

***Keywords:** custom, labor law custom, labor law, Labor Code, application of custom.*