

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»
Институт права

(наименование института полностью)

Кафедра «Предпринимательское и трудовое право»
(наименование)

40.04.01 Юриспруденция

(код и наименование направления подготовки)

Правовое обеспечение предпринимательской деятельности

(направленность (профиль))

**ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА
(МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ)**

на тему «Обычай делового оборота как источник правового регулирования
предпринимательской деятельности»

Обучающийся

Е.О. Карпова

(Инициалы Фамилия)

(личная подпись)

Научный
руководитель

к.п.н., доцент Чертакова Е.М.

(ученая степень (при наличии), ученое звание (при наличии), Инициалы Фамилия)

Тольятти 2022

Оглавление

Введение	3
Глава 1 Понятие и виды правового обычая как источника права.....	9
1.1 Определение понятий источника права.....	9
1.2 Краткий исторический ракурс. Генезис правового обычая как источника права.....	28
Глава 2 Обычай делового оборота на современном этапе	62
2.1 Действующие нормы правового регулирования обычая делового оборота	62
2.2 Правоприменительная практика.....	69
Глава 3 Перспективы развития обычая делового оборота.....	79
3.1 Развитие правового института обычая делового оборота на современном этапе.....	79
3.2 Разночтения норм права	86
Заключение.....	95
Список используемой литературы и используемых источников.....	99

Введение

Тридцать лет новой Российской государственности все еще являются этапом формирования нового правового пространства. Очередной капиталистический этап существования России, не смело именуемый «рыночные отношения», предполагает невозможность полного копирования предыдущей системы социалистической государственности при безусловной преемственности законодательства СССР. Соответственно, законодательство СССР как источник права для Российской Федерации не полностью закрывает вопросы формирования новой правовой системы. Заимствования из иных правовых систем позволяют учесть опыт развития капиталистического права, но не учитывают местные российские особенности. В такой ситуации обычай делового оборота повышает свой статус стать заметным источником права, что придает значимости вопросу выбранной темы.

Стоит учитывать и иные особенности обычая делового оборота.

Так, в исторической ретроспективе такой обычай был до появления фиксированных норм права нарождавшейся первичной государственности, существует на протяжении всего периода генезиса ныне существующей цивилизации и будет использоваться по завершении действия норм права определенного этапа развития первичных носителей права, будь то цивилизация *Homo Homo Sapiens* в ее нынешнем понимании или более развернутые конструкции миропорядка. То есть, при каком бы не был вклад этого института в юриспруденцию, он имеет статус базового понятия развития коммуникационных взаимоотношений цивилизации, в том числе и в предпринимательском праве.

Закрепление обычая делового оборота как источника права в гражданском законодательстве является признанием Государства невозможности охватить все варианты отношений внедряемого этим

Государством структурирования (кодифицирования) норм права против реального многообразия источников формирования предпринимательской деятельности.

С другой стороны рассматриваемый институт права по сути является самым незащищенным со стороны Государства как в силу вышеуказанного самого смысла расширенного ореола действия, так и в силу опосредованной этим сложности со стороны Государства выявления и закрепления конкретных форм обычая.

Отдельным аспектом выступает человеческий фактор, соотношение института обычая делового оборота с нравственным состоянием общества, что придает исследуемому институту уникальную окраску на фоне в основном духовно обезличенных норм именно предпринимательского права.

Предполагаемая работа позволит обозначить основные аспекты института обычая делового оборота в правовом поле на уровне магистрата по юриспруденции. Отдельные примеры из судебной практики позволят выявить реальную актуальность исследуемого института для повседневной работы выпускника магистратуры.

Вместе с тем, уровень магистратской диссертации не предполагает полный анализ правоприменительной практики как по Российской Федерации, так и исследование сравнительного анализа состояния исследуемого правового института в Российской Федерации по отношению к иным системам законодательства и состоянию такового института в иных странах.

Объект исследования: общественные отношения, связанные с обычаем делового оборота в предпринимательской практике с точки зрения развития самого понятия в его историческом развитии, начиная с момента его появления в эпоху становления государственности и формирование права и до настоящего периода с оценкой перспектив развития.

Предмет исследования: Нормы права Российской Федерации, включая признанные государством международные нормы, касающиеся правовой регламентации обычая делового оборота в предпринимательской сфере.

Цель исследования: выявить актуальность формулировки статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации с точки зрения ее соответствия содержанию и смыслу понятия обычая делового оборота в предпринимательской сфере на современном этапе формирования законодательства и правоприменительной практики.

Гипотеза исследования состоит в предположении допустимости устранения неточности ныне действующая редакции статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации после проведения анализа развития правового института обычая делового оборота и анализа практики применения этого института в исторической ретроспективе и на современном этапе развития международного и российского права. Для чего магистрант:

- проводит исследование процесса становления обычая делового оборота в его исторической ретроспективе, в том числе в Российской Федерации и ее государственных предшественников;
- выявляет ранее существовавшее определение и обоснование обычая делового оборота в российском и зарубежном праве;
- анализирует смежным с Гражданским кодексом нормативные документы;
- анализирует судебную практику.

Для достижения поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

- определение понятий, используемых в исследовании;
- проведение краткого исторического ракурса развития исследуемого понятия, его генезис;
- анализ действующих норм правового регулирования обычая делового оборота;

– выявление правоприменительной практики с целью подтвердить гипотезу о необходимости уточнения формулировки статьи 5 Гражданского Кодекса Российской Федерации;

– предложить перспективы развития института обычая делового оборота;

- сделать вывод по итогам исследования и предложить новую редакцию статьи 5 Гражданского Кодекса Российской Федерации;

Теоретико-методологическую основу исследования составили: научные и обще познавательные работы по истории права и Государства, нормы законодательства как действующего, так и предшествующих периодов, включая российское и иностранное право.

Методология исследования данной диссертации основана на общенаучных методах. В работе использованы такие диалектологический методы, как анализ и синтез, раскрывающиеся в аналитическом обобщении выявленных магистрантом научных работ, связанных с обычаем делового оборота как источника права. Историко-правовой метод исследования использовался для анализа процесса становления правового обычая среди источников права. Системный метод использовался для рассмотрения права, как совокупность различных отраслей, институтов и нормативных положений законодательных актов и их изменений по отношению к действующим нормам правового регулирования обычая делового оборота. Сравнительный метод исследования дал возможность определить факторы, которые позволили магистранту прийти к определенным выводам.

Научная новизна исследования заключается в выявленной магистрантом возможности изменить формулировку статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации для улучшения правоприменительной практики на основании этой нормы с последующим приведением всего законодательства, касающегося обычаев, к единой правовой системе.

Теоретическая значимость исследования заключается в возможности улучшить законодательство Российской Федерации в малоисследованной области права.

Практическая значимость исследования заключается в возможности устранения, выявленной магистрантом проблемы несовершенства российского законодательства в заявленной теме, что на практике приводит к сложности реализации специализированных норм права в случае возникновения у судебных органов и субъектов предпринимательства необходимости в применении обычая делового оборота.

Достоверность и обоснованность результатов исследования обеспечивались использованием для анализа исключительность исторических предпосылок и опробованных временем норм как российского, так и зарубежного права.

Личное участие автора в организации и проведении исследования состоит в самостоятельном сборе материала и личном проведении систематизации полученного материала, а так же безусловной новизне предложенной магистрантом итоговой формулировки статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации, при одновременно минимальном использовании в предложенном тексте личных формулировок магистранта.

Апробация и внедрение результатов работы осуществлялись путем опубликования промежуточных результатов в автореферате и статье, размещенной в научном журнале «Юридический факт» в средстве массовой информации «Издательский дом «Плутон».

На защиту выносятся следующие позиции новизны исследования:

- несовершенные формулировки в различных нормативных актах, которые начинаются со статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации. Поэтому магистрант предлагает привести данную статью в соответствии с самим смыслом и правовой природой обычая делового оборота с использованием, уже имеющимся формулировок. С одной

стороны, обычай по отношению к нормам права и государственному регулированию является фундаментальным источником. С другой стороны, это стихийное проявления не контролируемого государством нормотворчества.

- анализ и выводы исследования по актуализации формулировки статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации.

- обоснование варианта, предложенного магистрантом, статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Структура магистерской диссертации. Работа состоит из введения, трех глав, заключения, содержит список использованной литературы (73 источника). Общий текст работы изложен на 100 страницах без учета списка литературы.

Глава 1 Понятие и виды правового обычая как источника права

1.1 Определение понятий источника права.

Взаимодействия людей, а также многосторонние связи, возникающие в процессе существования общества во времени суть общественные отношения. Это то, что и характеризует общество, общественное устройство, а в более пафосном варианте – цивилизацию разумных.

С юридической точки зрения интерес вызывают, естественно, правовые общественные отношения, одним из существенных и образующих критериев которых выступает их регламентированность. В основе правовых общественных отношений лежат юридические обязанности участников этих отношений и субъективные права. Наличие права, подразумевает его формирование, закрепление и обеспечение государством. В полной мере это касается предпринимательской деятельности с самого начала ее появления, так как положенное в основание предпринимательства понятие появления объекта реализации предпринимательских усилий подразумевает наличие уже сформированных и хоть в какой-то мере и кем-то гарантированных норм поведения.

Еще Рене Декарт говорил, что выявление значений используемых слов, позволяет устранить как минимум половину проблем. Это не цитата, так как здесь и далее по тексту вынужденно приводиться не дословное значение высказываний, а передача смысла во имя устранения риска обвинения в плагиате бездушной программой поиска текстово-лингвистической идентичности. Что то, подобное Декарту заявляли и Вольтер, который Франсуа-Мари Аруэ [3], и Ульянов, который Ленин. [29]

Таким образом, раскрытие заявленной в данной работе темы требует изначального пристального внимания к толкованию используемых понятий.

Само название темы дает нам два основных понятия для обсуждения: «обычай делового оборота», «предпринимательская деятельность», а далее из того же названия следует взаимосвязанное с указанными общественно-правовыми институтами понятие «источник правового регулирования» с определением конкретной области применения права, охватываемой «нормами гражданского законодательства».

Базовое понятие «обычай делового оборота» подразумевает прежде всего ограниченное подмножество более широкого логического множества «обычай». Это подтверждается историей основополагающей нормы – пункта первого статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации [7]. В первичной редакции 1994 года статья содержала понятие «обычай делового оборота» и мудрость использования более расширенного общего понятия «оборот» посетила законодателя только в 2012 году.

Опять во имя уклонения от риска обвинения в плагиате приведем текст действующей на момент написания данного труда редакции пункта первого статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации (восемь слов однозначного плагиата, а что делать, их изменение просто кощунственно) в вольном пересказе: обычаем в рамках гражданского законодательства следует считать сложившееся и обширно используемое в разных областях предпринимательской и аналогичной деятельности, при этом не относящаяся к закрепленным государством официальным правилам поведения и не имеющим обязательного условия закрепления в документальной форме.

Особо значимым выступает то обстоятельство, что, расширив логическое подмножество до множества, то есть заменив «обычай делового оборота» на «обычай» законодатель почти не изменил само определение, тем самым пойдя против законов основополагающей науки Логика, которая и так не сильно уважаема в нынешнем уровне российского судопроизводства для юриспруденции. По той самой науке подмножество не может быть описано точно так же как множество в связи с тем, это ведет к объединению

множеств и, кроме того, более общее множество должно содержать определение и тех его областей, которых нет в подмножестве.

Если в вопросе определения понятия «обычай» обратиться к иным источникам, то следует признать, что общепринятого определения нет. Чаще всего, данное понятие раскрывается через призму поведения социума, его общежития, то есть должен быть элемент множественности группы людей. Обязательным критерием выступает время. Необходим длительный промежуток времени для формирования обычая и последующего его принятия обществом. Принятие само по себе подразумевает положительное отношение большинства участников социума к обычаю, признание большинством его значимости, готовности каждого члена сообщества его исполнять. То есть та самая привычка, которая по мнению нашего всё, который Пушкин, устами его Евгения Онегина «свыше нам дана, замена счастью она».

Таким образом, обычай выступает как устоявшиеся во времени правила поведения признанные всеми или абсолютным большинством членов социума и естественные как для применения, так и для воспроизводства на следующие поколения.

Некоторые авторы указывают в качестве критерия описания естественную жизненную потребность людей, но это крайне спорное утверждение. Потребность не обязательно предусматривает средств обеспечения, это естественное проявление конкретного индивидуума, пусть даже и связанного социальными нитями общежития. Тогда как обычай явление социальное, это признак общественного проявления, и он обеспечивается соответствующими средствами ограничения, а именно: воспитание, общественное мнение и прочее. [3] Про общественное воздействие как средство обеспечения действенности и реальности обычая указывал Печников А.П. в своей статье «К вопросу о сущности правового обычая в российском гражданском праве (история и современность)» [34].

Трудно согласиться с выдвигаемым отдельными авторами условием одобрения государством. Об этом указывает доцент Волгоградского государственного университета кандидат юридических наук Трофимов Ярослав Валерьевич в статье «Правовой обычай и гражданское судопроизводство в современной России» [62]. Его вариант определения понятия обычай признает фактор времени (длительного повторения людьми), признает фиксацию (закрепились как устойчивая норма), признает правила поведения, но требует санкционирование со стороны государства. Возможно, причиной к такому выводу послужило ограничение пункта второго статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации о недопустимости применять обычай, который конфликтует с положениями законодательства или согласованными сторонами условиями договора. Но, в формулировке законодателя четко указано, что обычай уже есть, вот только его нельзя применять, то есть реальность существования обычая первична, а его проблемы с законом и уж тем более договором это просто приоритеты законодательной системы конкретного государства.

Нельзя согласиться и с иным внедрением государственности в описание рассматриваемого понятия. Так, адъюнкт кафедры теории государства и права, международного и европейского права Академии ФСИН России Некрасов Михаил Александрович в научной статье «Особенности становления правового обычая в российском праве» указывает обязательное условие описания обычая как разновидности правила с условием взятия этого правила под охрану государства [32]. Но, против этого выступает социальная реальность: обычай уже есть и будет действовать вне зависимости от его охраны со стороны государства. Если автор под понятием «охрана» подразумевал меры принуждения со стороны государства в случае нарушения обычая, то и это только один из возможных вариантов следствия признания государством обычая. Указанное признание подразумевает прежде всего закрытие правовой неопределенности, именно этим и ценен

обычай для государства. И в таком варианте требующего государственного принуждения, той самой охраны, спора именно в отношении самого обычая может и не быть. Просто стороны конфликта или рефери в отсутствии нормы права обращаются к норме обычая, а в этом случае непосредственно о принуждении/охране речь не идет. То самое принуждение только один из вариантов последствия применения нормы, но совсем не обязательный и исключительный вариант развития событий.

Утверждение, что вышеописанное касается только «правового обычая», а не его более широкого предтеча в виде «обычая» тоже не приемлемо, так как статья 5 Гражданского кодекса Российской Федерации как раз таки с 2012 года и отказалась от подобного разделения, заменив частный случай обычая делового оборота как варианта правового обычая на общее понятие обычая.

Обсуждаемое некоторыми авторами разграничение или соответствие понятий «обычай» и «деловое обыкновение» является чистым творчеством. Так, в статье «Обычай делового оборота и деловое обыкновение: проблемы соотношения» старшего преподавателя Хакасского государственного университета им. Н.Ф.Катанова, Козловой Валерии Николаевны указано, что деловое обыкновение пусть и не норма права так же как обычай, но в отличии от обычая это особое средство оформления содержания воли сторон в строго конкретном правоотношении, да еще при условии отсутствия выражения этой воли в соответствующей части отношений [23]. Однако, заявленная особая формулировка не используется в законах, соответственно и не может вмешаться в предпринимательскую деятельность, обеспечиваемую гражданским законодательством. Да, государство указало понятие деловые обыкновения в коронавирусном распоряжении Правительства Российской Федерации от 16.03.2020 за № 635-р, да есть немногочисленная судебная практика включения такого понятия в текст судебных актов, но во исполнение бремени нормативного обоснования своей

позиции в подобных случаях суды обязаны ссылаться на статью 5 Гражданского кодекса Российской Федерации, даже если они этого и не делают – иного нормативного обоснования использования ненормативных правил в распоряжении государства нет. Суды и нормотворцы не могут сослаться на норму права, легализующую понятие «деловое обыкновение» по причине отсутствия таковой нормы.

Второй элемент, триумvirата «правила делового оборота» имеет признаки синонима понятия «предпринимательство», но это не верно. В отсутствии раскрытия понятия в нормативных актах вынужденно обращаемся к словарям великого и могучего. Наиболее приемлемое раскрытие дает словарь Ожегова нашего, Сергея Ивановича: относящийся к общественной, служебной деятельности, к работе. То есть, получаем антагонистическое противопоставление личного-замкнутого и общественного. Данное определение ярко подтверждается разновидностями обычаев, как-то: семейные, национальные и нас интересующие, деловые. При этом, мудрое определение мудрого ученого не отождествляет понятие «деловой» с понятием «предпринимательство», что так же свидетельствует о мудрости совсем не юриста, господина Ожегова. Возможно, наличие подобных талантов и не хватает законодателю.

Яркий пример причины сетования на отсутствие нужных талантов как раз выступает последнее слово базового понятия, это про понятие «оборот» речь. Отсутствие прямого раскрытия правового значения этого понятия в Гражданском кодексе на первый взгляд компенсируется наличием пункта первой статьи 129 Гражданского кодекса Российской Федерации, позволяющего раскрыть понятие «оборот» от производного к нему «оборотоспособность». Именно так и называется эта статья 129. Вот только и в данной статье нет описания этого понятия. Название статьи есть. Есть в пункте втором применение как бы предположительно уже описанного и ранее где-то введенного понятия. То есть, понятие используется с позиции

предположения уже состоявшегося ранее раскрытия правового смысла этого общественного института. Получается, что законодатель в первом пункте статьи еще не закончил (не начал) описание понятия, а в следующем пункте уже использует его как ранее описанный правовой институт. Соответственно, где-то между этими двумя пунктами и затерялось определение понятия, которое в минималистическом виде выглядит как что-то типа: оборотоспособность это возможность реализации условий пункта первого статьи 129 Гражданского кодекса Российской Федерации. Не так уж и много надо было дописать мудрому законодателю.

Понятие предпринимательской деятельности дается в абзаце третьем пункта первого статьи 2 Гражданского кодекса Российской Федерации дабы самым местом в этом кодексе подчеркнуть важность этого правового института и степень его относимости к Гражданскому кодексу. Опять с вынужденными искажениями понятие по мысли законодателя означает: часть общегосударственного законодательства относящаяся к сфере гражданского распространяет свое действие и на отношения взаимосвязи гражданских лиц, которые реализуют свою деятельность в области предпринимательства, а также с участием этих лиц, при этом учитывая, что таковая деятельность обусловлена самостоятельностью этих лиц, принимающих риск последствий этой деятельности, а равно учитывая, что деятельность субъекта направлена на периодическое получение дохода этим субъектом от различных источников, в состав которых включается как использование объектов имущества, так и осуществление торговых операций, исполнение работ и совершение услуг.

Раскрывать понятие «нормы гражданского законодательства» на первый взгляд не требуется, так как оно самообозначающееся: это зафиксированные государством нормы в сфере гражданского законодательства. Но, именно в этот момент проявляется особенность выбранной темы. Именно одна из особенностей обычая в виде возможного

отсутствия документальной фиксации и требует, на персональный взгляд магистранта, расширительного толкования обозначенного понятия в значении не только норм, закрепленных соответствующим образом, то есть, соответствующим образом принятых государством первоисточников права, но и в значении разрешенного этим гражданским законодательством и государством в целом использования иных источников права. Что подводит нас к необходимости хотя бы обозначить еще одно понятие: источники правового регулирования, источники права в их генезисе. Под генезисом в юриспруденции, понимается развитие понятия, его изменения, перехода из одного состояния в другое. И историки, и юристы, говоря о генезисе объекта, рассматривают его происхождение и развитие.

В настоящий момент принято считать, что сам термин «источники права» был введен в обиход древнеримским историком и правоведом Титом Ливием (в латинской транскрипции Titus Livius, года жизни с 59 год до н. э. до 17 год н. э.). Хотя, причислять его к историкам и правоведам суть типичная ошибка непонимания специфики разницы во времени. На тот момент наука не имела четкого обособления и являлась общим предметом исследования под общим понятием философии, как особой формы использования мозга, не несущей прямой и реальной в осязаемом промежутке времени пользы. Так что, философом был Титус, а уже, в связи с этим немного историком, немного правоведом. Особенностью метода познания у Титуса был полет поэтической фантазии, не сильно обремененной исследованием как таковым и глубоким анализом. Все это привело к тому, что с самого своего появления понятие «источник права» не было четко обозначено. Тот же Титус обозначил таким образом Законы двенадцати таблиц, а именно назвав этот свод правил «источником публичного и частного права» (*fons omnis publici privatique iuris*). Имперские коллеги и последователи Титуса также не сильно усложняли свое бытие оттачиванием

мудрого изречения, а будущая просвещенная Европа и в последующем планета в целом получили еще одно поле битвы разных концепций.

На раннем пост римском этапе развития юриспруденции была популярна субъективистская концепция, предполагающая определять понятие «источника права» через право порождающую деятельность надстроечных над социумом и индивидуумом конструкций типа божественной силы, активности церкви самостоятельно или вместе с государством, самость государства и тому подобное в различных сочетаниях и преобладаниях. С повышением самосознания отдельного индивидуума в рамках развитого социума появилась объективистская концепция, предлагавшая искать истоки понятия во внутреннем духе (духовности), разуме человека, его сознании и/или психики, через культуру в целом. Легче с дефиницией (логическая операция, позволяющая раскрывать содержание понятия, отличать предмет, отражаемый понятием, от сходных с ним предметов, устанавливать значение того или иного слова/термина) понятия от этого не стало и на сегодняшний момент правоведы предлагают определять источники права через внешнюю форму проявления права, а для пущей унификации объединяя эти понятия с отражением главенства любого из них и получая в итоге или «источники (формы) права» или ничем по сути принципиально не отличающийся вариант «формы (источники) права».

Как развитие идеи дуализма отдельным вариантом обозначения у теоретиков-исследователей выступает предложение прекратить перестановку и признать эти два понятия синонимами, используя любое как равное. Но, это явно перебор, так как вместо проблем с дефиницией одного понятия предлагается увеличить объем проблемы на еще одно понятие.

Проще всего к проблеме подошел Гегель, философски предложив в своем труде «Философия права» считать источником права само право при том, что указанное произведение было обозначено автором как конспект

лекций и целью имело побуждение слушателей к самостоятельной работе, развитию заложенных гением идей.

Безусловно разумное начало было у апологетов социал-коммунизма, всех этих Марксов-Энгельсов, Плехановых и Ульяновых-Лениных [19]. С привычным им усматриванием всего, и вся в одном источнике они и источник права определили в тех же экономических условиях жизни общества, в которых у них зарождалось все на свете.

На взгляд магистранта более продуктивным выступает идея кандидата юридических наук Оксаны Иванюк предложившей определять источники права как факторы действительности, которые обуславливают возникновение потребности в правовом регулировании, появление соответствующих правовых норм и предоставляют содержанию этих норм определенную репрезентативность (соответствие характеристик выборки характеристикам популяции или генеральной совокупности в целом)[20]. В этом безусловно интересном определении экономическое начало от социал-коммунистов входит в описываемое понятие только одним из возможных вариантов через потребности, но и человеческий фактор присутствует и потребность, и неоднократность через ту самую репрезентативность.

Понятие «источник права», по мнению Марченко М.Н., должен рассматриваться в единой системе права и носить обобщающее значение [30].

Система должна объединять выявленные и используемые на практике источники права по их специфике отношений, система должна обеспечивать классификацию источников права по их форме, система должна позволить разделить источники права и иные социальные регуляторы поведения. Вот последнее обстоятельство и является существенным моментом в раскрытии такого источника права как «обычай делового оборота». Такой источник как раз стоит на границе, отделяющей достойные перейти в нормы права социальные регуляторы от иных, которым предназначено оставаться в зоне

внеправового регулирования. Тем более, что критерий разделения в значительной доле зависит от воли государства, которое может отрицать саму возможность обычая быть источником права, а может быть готово идти на частичное признание такой возможности или придать обычаю существенную роль в государственном правовом регулировании.

Таким образом, условно можно считать, что в более общем значении источниками права выступают материальные (экономические) предпосылки общества, потребность социума в официальном статусе соответствующего регулятора и государственная нормотворческая деятельность как итоговый шаг приданию источнику статуса правовой нормы.

С указанной точки зрения обычай делового оборота является источником права постольку, поскольку его нормы сформировались на протяжении существенного периода времени в определенной социальной группе, признаются большинством этой группы как допустимые к применению и значимые по силе и государство имеет потребность в юридическом оформлении этого правила. Естественно, вышеуказанные критерии носят условный характер, и судебная практика как квинтэссенция реализации знает удивительные случаи оценки множественности повторения обычая, а равно круга лиц, формировавших обычай. Но, общая концепция отражена достаточно верно.

Уникальность обычая делового оборота в теме источника права заключается и в том, что этот источник права может быть таковым как напрямую, так и опосредованно через иной источник права. То есть, та самая судебная квинтэссенция может самостоятельно выявить обычай делового оборота и применить его в конкретном деле, тем самым придав этому только что выявленному самим судом обстоятельству признак источника права. И с другой стороны, государство может создать нормативный акт как самостоятельный источник права, взяв за основу этого акта выявленный или признанный законодателем обычай делового оборота [52]. Как указывала

кандидат юридических наук Кочетыгова Надежда Иванова в своей диссертации «будучи признанными со стороны государства и общества, они [обычай] входят в состав так называемого единого правового пространства».

[26] Исходя из своей правовой природы государство преобразовывает положительный на взгляд самого государства опыт применения конкретного обычая делового оборота в нормы права и при этом сохраняет свободу существования нефиксированных норм делового оборота, если это нормотворчески прогрессивное государство. В подобном случае возникает особый момент повышения субъектности применения обычая делового оборота – сформированный и признанный обособленной социальной группой обычай в момент его признания государством в виде источника права для нормотворчества самого государства получает распространение на изначально не предусмотренный круг лиц. О чем то подобном писал заведующий кафедрой гражданского права юридического института Иркутского государственного университета, доктор юридических наук, профессор Ровный Валерий Владимирович, указавший что обычаи, применяемые в предпринимательстве, не находятся в жесткой зависимости от территориального признака и могут быть интернациональными и внутренними (национальными и местными), причем внутренние обычаи со временем могут переходить в интернациональные.

Указанный момент выхода обычая за пределы первичного ореола его появления требует указать национальный нюанс рассматриваемого явления. Не вызывает сомнения, что национальный аспект формирования обычая чрезвычайно важен, именно национальные особенности придают обычаю характерные черты, отличающие этот регулятор поведения определенного этноса от поведения иных, внешних к этносу субъектов. К тому же, современный этап развития Российской Федерации возвышает значимость национального аспекта обычая. Изначально многонациональное государство, пройдя через период Союза с формированием фактически национальных

государств получило после распада СССР дополнительный фактор повышения уровня диаспор ранее внешних национальностей за счет трудовой и социальной миграции. Носители национальных обычаев активно включаются в предпринимательскую деятельность на территории нового государства и пытаются вести деловые отношения на основе сложившейся на покинутой родине системе взаимодействия, включающей обычаи делового оборота. С появлением потока высокообразованных мигрантов со своими традициями нравственного развития следует признать, что на данный момент поток мигрантов в Российскую Федерацию осуществляется с территорий государств имеющих повышенный уровень социальной значимости обычаев. Соответственно, и правоприменительная практика внутри Российской Федерации неизбежно будет сталкиваться с необходимостью учитывать национальные обычаи делового оборота, если таковые применялись в деловых отношениях рассматриваемого конфликта, внутрироссийского конфликта представителей иной государственной правовой системы. В этой ситуации у государства появляется уникальная возможность оценить экономическую выгоду всего многообразия таких источников права, не проводя исследования на чужом правовом поле иных государств, а анализируя проявления иной нравственно-правовой системы внутри собственного правового пространства и при этом не имея бремени обязательной государственной поддержки новых идей.

Соответственно, государству в целом и конкретному субъекту, выявляющему (применяющему, учитывающему) признаки обычая делового оборота, следует предусмотреть, что таковой может формироваться на ранее чуждой или как минимум слабо распространенной на территории Российской Федерации национально-этнической основе. И следует отметить, что подобный вариант источника формирования правового пространства полностью соответствует конституционному праву на равноправие и самоопределение народов, закрепленному в статье 5 часть 3 Конституции

Российской Федерации [24]. Соответственно, правоприменительной практике придется выявлять не только факт наличия обычая делового оборота, но и допустимость применения этнического обычая к вненациональной и вне территориальной по своей природе предпринимательской деятельности.

Данное отступление приводиться как демонстрация сложности и многоплановости рассматриваемого вопроса. При этом, во имя ограниченности инструментария и с учетом уровня исследования позволим себе далее в данной работе не развивать это направление.

Хотелось бы обратить внимание на последовательность и близость норм статей 2 и 5 Гражданского кодекса Российской Федерации о предпринимательской деятельности и обычая, а равно об обособлении законодателем интересующего нас правового института «обычай». Законодатель включает описание обычая в первых статьях кодекса и обособляет обычай от законодательства, описываемого в статье 3 Гражданского кодекса Российской Федерации. Тем самым, подчеркивается уникальность такого правового явления как обычай. Обычай признан государством Российская Федерация как правовая реальность, в своем стремлении к порядку государство вводит регламентацию и этого источника права, но вопреки этому самому основополагающему принципу в самом описании обычая государство признает его, обычая, свободу от регламентации. Это следует из формулировки пункта первой статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации об отсутствии обязательного для регламентации наличия документа, в котором государство или участники отношений зафиксировали (регламентировали) определенное как обычай правило поведения.

На момент вступления в силу первой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации в 1994 году законодателем в статье 5 использовался термин исключительно «обычай делового оборота», который в последующем отображался и в иных нормативных актах, затрагивающих

предпринимательскую сферу деятельности. Так, Налоговый кодекс Российской Федерации 1998 года изначально не замечавший обычай при очередных изменениях 2011 года допустил возможность учитывать обычай делового оборота при оценке сопоставимости сделок, отразив это в подпункте 2 пункта 4 статьи и подпункте 1 пункта 12 статьи 105.5 новой редакции части первой указанного кодекса [31]. В части второй Налогового кодекса Российской Федерации так же не сразу при введении в действие в 2000 году, а в изменениях 2005 года упоминается обычай делового оборота в абзаце четвертом пункта 1 статьи 252 и в пункте 2 статьи 309.1. Из оговорки об отсутствии исследуемого понятия в Налоговом кодексе Российской Федерации в момент введения каждой из его частей в силу можно сделать вывод о существенном периоде времени, понадобившегося законодателю для осознания реальности и неизбежности внимания государства к обстоятельству участия обычая делового оборота в предпринимательской деятельности, которую государство уже не может игнорировать и потому признает как имеющую право на существование и внимание государства объективную реальность.

Другой яркой чертой обычая именно делового оборота, которая не характерна для иных традиционно используемых норм поведения, выступает широкое использование этого понятия со ссылкой на международные нормы поведения. Особенно интересным выступает тот аспект, что в обычной повседневной реальности для большинства людей нормы именно международного права не являются существенным фактором, влияющим на их социальные взаимосвязи и общественные отношения, а уж тем более нормы международного права об обычаях делового оборота. Но, предпринимательство тесно связано с перевозками, а перевозки в ныне формируемую эпоху всепланетарной коммуникации в существенной части регламентированы Международными правилами толкования торговых терминов – «Инкотермс» (Incoterms: International commercial terms). К тому

же, начиная с ныне действующей редакцией 2010 года эти правила допустимы к применению во внутренних деловых контактах признающих Инкотермс стран, в числе которых фигурирует и Российская Федерация. [14]

Закрепление обычая в признанных Российской Федерацией международных документах не ограничивается Инкотермс. Можно указать Статут Международного Суда Организации Объединенных Наций, являющийся составной частью Устава этой организации, который в норме 1-b (или 1-2) статьи 38 указывает на применение судами входящих в эту организацию стран международного обычая, подразумевая под этим понятием доказательство всеобщей практики предполагаемого к применению правила.[63] Допускает применение обычая и статья 12 (с) другого межгосударственного правового института, Унифицированных правил по Инкассо от Международной торговой палаты. Та же Международная палата описывает допустимость использования обычая в Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов.

Очень к месту будет указать и Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА), в которых в рамках рассматриваемой темы вызывает интерес попытка на международном уровне описать разделение и единство обычая и практики в статье 1.8 этого документа. Так же о разделении понятий правил и обычая указано в другом международном соглашении: Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов.

Отметим, что внутренне законодательство Российской Федерации прямо признает в договорной сфере легитимность международных правил, как то следует из положений пункта одиннадцатого статьи 1211 Гражданского кодекса Российской Федерации о применении правил для договоров в отсутствие выбора права страны при наличии разной государственной юрисдикции сторон сделки. Да, эта статья входит в раздел VI единого пространства Гражданского кодекса Российской Федерации,

регламентирующего международное частное право, но описание сферы его применения в пункте 1 статьи 1186 этого кодекса допускает распространение действия норм раздела на территории Российской Федерации и субъектный состав раздела в виде иностранных субъектов в эпоху глобальной свободы перемещения представляется достаточно актуальным для граждан Российской Федерации. К слову, раздел касается и лиц без гражданства, что становится или в скором времени станет актуальным с учетом усилившихся тенденций миграции не только работоспособного населения заграничных территорий, но и семей как естественного источника появления апатридов.

Еще одной уникальной сферой применения правил делового оборота выступают морские перевозки. Внутригосударственный Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации 1999 года не просто допускает действие обычаев делового оборота, но вводит несколькими его типов [22]. Так, изначальный вариант из первой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации в виде «обычая делового оборота» исследуемый правовой институт описан в пункте первом статьи 138 Кодекса торгового мореплавания. Но, кроме этого, в полном соответствии с наименованием самого кодекса есть понятие «обычая торгового мореплавания», чему доказательством выступает ссылка на него в подпункте первом пункта второго статьи 297 и статьи 414 кодекса. Кроме этих двух, достаточно очевидных формулировок указанный кодекс содержит особое понятие морского обычая в пункте третьем статьи 70 и отдельно от него обычай порта в пункте втором статьи 129. А что бы внести окончательную ясность в многообразие инвариантностей разнообразных обычаев в пункте втором статьи 285 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации зафиксирован международный обычай. Обсуждение причин подобного многообразия является безусловно интересной темой, но слишком усложняет объект исследования. Соответственно, на данный момент никакого раскрытия темы морской инвариантности и мудрости законодателя не будет

в полном соответствии с позицией абстрактной личности по фамилии Прутков и имени Кузьма через опосредованность его бессмертного императива о невозможности объять необъятное. Особенно учитывая один из вариантов этого афоризма, предполагающего в случае достижения объятия необъятного орошение органа зрения Кузьмы продуктом слюнных желез победителя.

Возвращаясь к ограничению исследования обычая сферой предпринимательства повторим, что изначально базовая основополагающая и единственная на тот момент норма статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации указывала исключительно на «обычай делового оборота», то есть государство готово было признать реальность обычая только и исключительно в предпринимательской деятельности как бы отрицая возможность обсуждения в гражданском обороте Российской Федерации иного варианта обычая.

Указанное ограничение изначально выглядело не логично, учитывая незыблемый и основополагающий принцип любого права: от общего к частному. Во имя этого принципа, по меньшей мере, странно выглядит легализация частного случая обычая именно делового оборота в узкой сфере предпринимательской деятельности без признания права на существования более общего понятия обычая как такового. И такая юридическая странность продолжала тиражироваться в иных кодифицированных законах. Так, появившийся в 2002 году Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации в части 1 статьи 11 указал, что «суд разрешает гражданские дела, исходя из обычаев делового оборота в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами». [8] Аналогично было прописано и в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации того же 2002 года в части первой статьи 13, хотя и с несуразной оговоркой, что случаи применения должны быть предусмотрены исключительно федеральными законами. Несуразность ограничения и законодательного предвидения

изящно оттеняет пункт 6 статьи 2 того же Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в котором судам прямо ставится задача формировать обычаи делового оборота.

И эти два процессуальных кодекса появились после введенного в силу в 1999 году Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации с его многообразием формулировок обычая. Ситуация усугублялась появлением в 2001 году третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации о международном праве с его частью первой статьи 1186 о допустимости обычая в общей формулировке исключительно для этого самого международного частного права. И это не забывчивость, так как ограничения применимости обычая делового оборота внешнеторговыми сделками вводил и Верховный Суд Российской Федерации в пункте втором информационного письма Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации № 29 от 16 февраля 1998 года. То есть, для международного частного права на территории Российской Федерации нашлось место обычаю в его общем значении, а для общего гражданского права на той же территории продолжала действовать ограниченная формулировка о применимости обычая исключительно в предпринимательской сфере.

Допустим, пусть даже и по прошествии одиннадцати лет, в 2012 году, но законодатель смог уделить внимание уточнению основополагающей статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации в сторону максимально общей формулировки «обычай» против первичной исключительно предпринимательской. Допустим. А остальные кодексы? Те же процессуальные кодексы сохранили верность обычаю делового оборота, фактически отрицая легитимность разумного изменения Гражданского кодекса Российской Федерации 2012 года. Остается единственная наивная надежда на то, что отказ законодателя от уточнения процессуальных кодексов связан с вот-вот прямо скором-скором свершении этим же

законодателем десятилетиями пестуемой мечты о едином судебном процессуальном кодексе не уголовного права.

Таким образом следует считать установленным, что ныне действующая редакция статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации сама по себе не полностью соответствует задаче четкой формулировки правового института, что усугубляется разночтением в иных нормативных документах, затрагивающих институт обычая.

1.2. Краткий исторический ракурс. Генезис правового обычая как источника права

С исторической точки зрения как таковые обычаи делового оборота именно в предпринимательской сфере появились при возникновении самого предпринимательства в его примитивнейшем виде простого обмена еще в до государственного периода. Не было государства, не было социально-экономической потребности в создании государства, не было и права как порождения государственной машины регулирования порядка и принуждения к заявленному государством порядку. Ничего не было, а потребность регулировать отношения обмена уже была. И эта потребность оформлялась в повторяющиеся действия, сопровождавших обмен и облегчающих регулирование этих обменных операций. Так появлялись правила обмена как регулятивный императив изначально заявленной особо инициативной стороной обмена. Разумные с точки зрения противоположной стороны обмена правила принимались как способствующие порядку и улучшающие процедуру обмена. После оценки выгоды от применения правил во времени, то есть пройдя процедуру использования правила неоднократно, распространению правила способствуют все новые участники следующих звеньев товарообмена. Сменяется поколение торговцев, уже не надо каждый раз объяснять причину и выгоду применения правила, оно применяется по

факту ранее осуществленного применения мудрыми и уважаемыми предками. И вот правило приобретает форму обычая, не требующего объяснений и признанного априори всем сообществом.

Для этого этапа развития права такое развивается исключительно в форме обычая. Обычай как повседневного добровольного правила, не требующего понуждения и охраны, то есть не привязанного к силе надстройки над социумом, не требующего существования государства. В этой связи интересную концепцию выдвигает дореволюционный российско-имперский профессор Михаил Флегонтович Владимирский-Буданов в своей работе Обзор истории русского права. [5] Профессор на основании анализа ранних этапов развития государственности у восточных славян считал, что Право на первой ступени является чувством (инстинктом). Те самые кровная месть, многожёнство, круговая порука, наследование в кругу семьи, особая словесная форма заключения договора, защита детей родителями, забота о старости и прочие общепринятые в узкой социальной группе правила. На основании этого анализа профессор делает уникальный вывод, что «все поступают одинаково не по силе подражания одному, а одновременно и повсюду, по силе действия одинакового чувства». То есть, в родовом обществе по мнению Владимирского-Буданова обычаи соблюдались добровольно, по душевному порыву. Отсутствовали специальные органы для охраны обычаев от нарушения, то самое государство, которому для легитимности права требуется принуждение. Обычаи изменялись очень медленно, что вполне соответствовало темпам изменения самого общества, тогда как государству на начальном этапе его отождествления с вождем требуется введение работоспособных и прогрессивных норм права здесь и сейчас при жизни одного человека, того самого вождя-государства.

Даже зарождающиеся примитивные государства не являются помехой системе обычаев делового оборота, так как им, молодым государствам есть куда прикладывать усилия и кроме сферы отношений, захваченных

обычаями делового оборота. В той сфере и так все отработано и на государственное вмешательство нет ни сил, ни средств, ни потребности государственной. Да, обычаи делового оборота суть экономика, а экономика основа процветания государства. Но, обычай делового оборота не обкрадывает государственную казну, которая на этом этапе развития государственности сама формируется в большей своей части за счет грабежей, обычай призван решить проблемы взаимоотношения налогоплательщиков, не заменяя государства там, где у государства нет еще самостоятельно выработанного механизма регулирования.

Только окрепшее государство может позволить себе создать механизм регулирования, посягающий на ранее занятую обычаями делового оборота сферу отношений. В этот момент у государства появляется потребность определиться с его отношением к легитимизации обычаев делового оборота, к установлению места и объема участия обычаев делового оборота в хозяйственной жизни государства. Особо отметим, что государств много, империй мало, потому и такая огромная, а еще и прибыли-насыщенная сфера как международная торговля в существенной степени выпадает из сферы диктата государства, сохраняя эту сферу общественных отношений за обычаями делового оборота – трудно заменить законом обычай, если закон хотя бы теоретически можно обеспечить исполнением на территории своего государства, а обычай действует во всех странах экономического контакта и этим странам до твоего закона нет никакого интереса. Такое под силу только империи, не важно территориальной как Римская или торговой как Ганзейский Союз.

В большей части само государственное право появилось как официальное закрепление основных или интересующих государство обычаев. Иные источники права появляются с возрастанием роли и силы государства. В самом деле, при всей незавершенности определения

«источники права», о которой говорилось выше, наиболее распространен следующий список видов источников права:

- Правовой обычай.
- Судебный прецедент.
- Нормативный правовой акт.
- Нормативный договор.

К этому квартету на определенном уровне развития иногда добавляют юридическую доктрину как общий вектор развития государства. Отдельные правовые системы включают в состав видов источников права религиозные произведения или революционное правосознание. Есть пример и совсем уж творческого подхода, когда, допустим в Древнем Риме источником права признавались особо значимые ответы и сочинения юристов, признанных в обществе как выдающиеся специалисты. Допустим, те самые великие Дигесты Юстиниана [11], так щедро в свое время опубликованные компанией «Консультант Плюс».

Как можно увидеть, для всего многообразия источников права нужна основа в виде уже сформированного государства, так как именно государственная машина обеспечивает перевод этих источников в документарно-обязательно поле. На первых этапах государственного генезиса вся государственная власть, включая судебную и нормотворческую исходит от вождя, который может уже творить произвол, но совсем отказаться от поведенческих наработок социума не может, так как отказ от обычаев быстро настроит любой патриархальный социум против вождя, а в такой конфронтации первичная власть долго не существует. При этом, сам по себе произвол не может быть признан отрицательным явлением, так как заранее не известно, что из произвола получится, может быть итогом будет гениальное обустройство социума и власти, которое приведет в реальном для этого поколения социума будущем родное племя к процветанию. Но, гарантией принятия такого произвола со стороны социума и гарантией

стойкости системы во времени все равно будут выступать уже к тому времени сформированные обычаи, которым этот социум следует и которые в силу инертности патриархального общества социум не намерен молчаливо и безвольно отвергать. Сама покорность и вера в мудрость вождя уже сформированный поколениями обычай. Таким образом, сначала появляется обычай, потом формируется стойкая к воспроизводству власть и далее эта власть гарантирует своей доказанной силой действие законов и договоров, обеспечивая главенство государства над обычаем.

В отношении эксклюзивных видов источников права, таких как религия и революция следует признать, что они так же зависят от государства. Как минимум в виде основы к антагонизму. Так, революция как источник права возникает на отживающем свой срок государстве, то есть в обществе, давно прошедшем стадию первичного формирования государства на основе обычая делового оборота. Для разрушения старого строя этот самый старый государственный строй должен появиться, да еще и состариться. А для религии опять нужно определенное время существования государства, достаточное для формирования особой социальной прослойки общества, религиозных деятелей, которая имеет достаточно свободного от социально полезной деятельности времени для формирования и внедрения в социум религиозных идей – у пахаря и солдата нет времени для создания стройной картины веры.

Следует отметить, что иные, чем обычаи делового оборота формы обычая на государственное устройство влияют не столь четко в силу своей направленности на межличностные отношения. Тогда как обычаи делового оборота направлены на формирование меж общинных связей.

Соответственно, обычаи делового оборота принимают активную роль в формировании первых государств, а государство с развитием приходит к идее упорядочения всего и вся, в том числе и своей праматери – обычаев делового оборота. Отметим, что идея тотального упорядочивания

свойственна не каждому государственному формированию. Допустим, не имеющие внешних конфликтов и не стремящиеся к расширению за счет соседних территорий государственные образования совсем даже наоборот, вполне активно используют обычаи как средства воздействия на социум, так как патриархальный покой является важным столпом мирного государственного устройства. Но и существуют такие государственные образования только до встречи с внешней агрессией или внутренним бунтом молодых и горячих.

Ярчайшим примером озабоченности тотальным порядком выступает Римская Империя с ее активно развитой системой права.

База, основа и колыбель континентальной системы права, римское право стало наивысшей ступенью развития права на тот период и на долгие столетия вперед [56]. И существование свободно применяемых обычаев не могло не получить свою долю внимания во имя порядка и государственного контроля.

Структурирование обычаев в Римском Праве начиналось с разграничения на простые обычаи и правовые обычаи. К первым относились сложившиеся в практике социальных контактов правила поведения людей, которые не получали признания и защиты от государственной власти, то есть остались обязательными для участников социума пока не вторгались в сферу государственного регулирования.

Признанные государством обычаи становились правовыми обычаями и могли участвовать в юридической сфере государства. В уже упомянутых Дигестах Юстиниана прямо говорилось: «в тех делах, в которых мы не пользуемся писаными законами, нужно соблюдать то, что указано нравами и обычаями». Более того, за обычаем в определенной ситуации закреплялось право закона, как это следует из иного отрывка Дигестов: «укоренившийся обычай заслуженно применяется как закон, и это есть право, о котором говорится, что оно установлено нравами». Но, при этом закон сохранял свое

главенство и обычай не имел право выступать против закона, о чем говорит следующий отрывок из Дигестов: «долго принявшийся обычай следует соблюдать как право и закон в тех случаях, когда для этих случаев не имеется писаного закона».

По источнику формирования римское право разделяло обычаи на следующие виды:

- *mores maiorum* — обычаи предков;
- *usus* — обычная практика;
- *commentarii pontificum* — обычаи, сложившиеся в практике жрецов;
- *commentarii magistratum* — обычаи, сложившиеся в практике магистратов;
- *consuetudo* — обычай в императорский период.

Такое разделение уделяет внимание источнику источника, то есть обсуждает предысторию самого обычая, что представляется слишком глубоким погружением в тему обычаев, а это в свою очередь опять слишком усложняет задачу и, соответственно, вынуждает в очередной раз применить бритву Уильяма из рода Оккамов.

Более интересно разделение обычаев в том же Римском Праве по видам относительно взаимодействия с законом, которое подразумевало следующие варианты:

- обычай вторичный или дополнительный к закону - *secundum legem*;
- обычай кроме закона - *praeter legem*;
- обычай против закона - *adversus legem*.

Если, к примеру, применить это разделение видов непосредственно к статье 5 Гражданского кодекса Российской Федерации, то можно сделать вывод, что в российской правовой системе государство признает *praeter legem* (обычай кроме закона) и *secundum legem* (обычай вторичный или дополнительный к закону), но отвергает *adversus legem* (обычай против

закона). В самом деле, о запрете на *adversus legem* говорит пункт 2 статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации: «обычай, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются». То есть, если обычай противоречит закону, но просто не может быть применен во взаимоотношениях участников гражданского оборота. Тогда как *secundum legem* или *praeter legem* сотрудничают с законом, в первом случае «обычай вторичный или дополнительный к закону» расширяет возможности существующего закона по решению ситуации, а во втором случае «обычай кроме закона» применяется в ситуации, когда закон для рассматриваемого случая еще не появился, то есть ситуация решается или с помощью обычая при наличии закона или решается в отсутствие закона с помощью обычая.

Вариантом закрепления правового обычая и государственной регламентации использования обычая выступают иные примеры древнейшего кодифицированного права, законодательные исторические памятники различных очагов зарождения государственности. В колыбели государственности Малой Азии, центральной части Месопотамии это были законы вавилонского царя Хаммурапи. В первооснове европейской государственности, Древней Греции, был Закон Драконта, не самый известный и подробный, но первый в Европе. В древней Индии великим документом выступал свод законов Ману или точнее Манавадхармашастра. В Древнем Китае кроме обсуждавшего все и вся Конфуция был и более основополагающий труд, Свод законов Кайхуан, ставший базисом всей последующей имперской юриспруденции и государственности. На развалинах непризнанной Гардарики и Гипербореи сформировалась Русская правда Ярослава Мудрого.

Обращаясь к истории России-Руси, следует указать, что на этапе девятого-десятого веков не было единого центра государственности и повсеместно действовала самобытная система норм устного обычного права.

Прямых письменных источников в современной историографии не выявлено, хотя не вызывает сомнения, что до глобального уничтожения хроник тем, кого считают Петром Первым, в монастырях по всей Руси хранились разнообразные письменные документы ранних периодов существования Древней Руси, включая описания обычаев делового оборота как важного элемента отношений того периода [72]. Настолько важного, что именно обычаям делового оборота повезло больше, чем иным следам древности, так как они применялись и указывались в документах иностранных торговых партнеров русских и иных славянских купцов, допустим во взаимоотношениях с Византией.

Так, именно в договорных документах византийских контрагентов русских купцов десятого века отмечался Закон Русский, как свод правил, отражавших признанные сторонами обычаи. Для данной работы важным будет мнение дореволюционного профессора и академика Ключевского Василия Осиповича о том, что Закон Русский сформировался в IX—XI веках как правовой сборник торговых городов Руси, обслуживающих тот самый путь из варяг в греки. То есть, Закон Русский основан на обычаях делового оборота и призван придать силу этим обычаям.

Как единый документ этот Закон Русский не выявлен или не сохранился, но отмечается в последующем государственном своде правил, знаменитой Русской Правде.

Еще один существенный аспект в рамках данной работы появляется в самой трактовке понятия «закон» на тот период. В великой и, возможно, правдивой Начальной летописи или иначе в Повести временных лет за авторством монаха Нестора Печерского в описании быта славянских племен десятого века указано: «Имяху бо обычаи свои, и законы отец своих, и преданья, кождо свой нрав...». Само перечисление и равенство правового статуса используемых понятий позволяет уверенно говорить, что летописец не видит разницы между обычаями отцов и законом, вкладывая в эти

термины один и тот же смысл. О том же указывает текст подписанного в 911 году договора русского князя Олега с Византией, когда в клятве руссов говорится: «Мы же кляхомся по закону и по покону языка нашего». Единая формулировка «по закону и покону» требует лингвистического отступления. Как видим, оба слова содержат общую составную часть «кон», которая означала правило жизни в общине. То есть, оба понятия в то время были связаны с принятым в общине обычаем. Различие усматривалось в происхождении того или иного кона. Либо это данное свыше регулирующее начало по-кону, либо созданное человеком за-коном. Обязательная сила человеческого правила опиралась на взаимную волю людей, а обязательная сила божеского правила опиралась на волю племенных богов и обожествленных предков. При этом, покон суть обычаи с высокой степенью признания. И естественно, право божеского происхождения считалось священнее человеческого права. Так, по мнению дореволюционного профессора и историка права Самоквасова Дмитрия Яковлевича слово «закон» в языческие времена означало «догму народной веры».[57]

Интересным представляется оценка соотношения Закона Русского и Русской Правды на предмет авторства, как одного из критериев различия закона в значении нормативного акта и обычая. Действительно, обычай в принципе не может иметь авторства, так как даже если и изобретен одним человеком или группой лиц, то именно обычаем становится только в случае опробации несколькими поколениями. По крайней мере на том этапе развития общества. Нормативный акт в любом случае имеет авторство подписавшего его государственного лица, даже если авторство текста и утеряно или сокрыто. В итоге, авторство Русской Правды реально и неоспоримо, а авторство Закона Русского нет и не предполагается.

Таким образом, Закон Русский превращается в свод обычаев и с учетом единственного своего зафиксированного проявления в договорах с Византией – обычаев именно и в основном делового оборота. Даже

обстоятельство отсутствия сохранившейся до наших дней письменной формы Закона Русского можно трактовать как доказательство самого отсутствия документальной формы – возможно, Закон Русский не сохранился как документ по причине отсутствия единого документа, а ссылки на нормы Закона Русского в отдельных договорах и в Русской Правде это ссылки на неписанные правила, на те самые бытующие в социуме всеми признанные, но не зафиксированные на бумаге обычаи жлового оборота.

Соответственно, на данный момент пока что первым выявленным самостоятельным и самобытным законодательным памятником на территории нашей родины выступает Русская Правда, по прошествии лет получившая название Древнейшая Правда, а по авторству обозначенная как Правда Ярослава. Последнее наименование потребовалось в том числе, чтобы отделить первоначальный вариант от последующего творчества детей Ярослава Мудрого с их Правдой Ярославовичей, а так же еще более глубокого расширения внуком Ярослава, Владимиром II Мудрым, составившим Устав Владимира Мудрого.

Первоначальный текст Русской Правды содержал 18 статей и ориентировочно был сформирован в 1016 году. Понятие «Правда» использовалось в значении «истина», как базовые условия без права сомнения в них и обязательные к исполнению, основа для судопроизводства. В этой связи и производные от такого понятия «судить право» или «судить в правду», то есть осуществлять судопроизводство или разрешение споров объективно, справедливо.

Характерно для данной работы, что исследователи этого документа в исторической ретроспективе одной из причин появления именно письменного свода правил признают стремление Государства в лице его князя-руководителя ограничить языческие традиции (обычаи) в соответствии с христианскими ценностями. То есть, на лицо назревшая и обеспеченная государственными силами принуждения необходимость вмешательства

государства в сферу обычаев с целью не только придания им государственной силы, но и отсеечения неугодных тенденций использования обычая. Последнее особо звучит, если учесть иную версию введения Русской Правды, а именно необходимость ограничения кровной мести на фоне совершенной Ярославом подлости в отношении новгородцев, порубивших северных хамов-наемников.

Текст Русской Правды в различных редакциях отслеживается в последующих памятниках юридической мысли соседей, таких как вроде как родственных Новгородской Республике или Смоленском княжестве. Но, и вполне себе тогда славянская Рига и условно немецкий Готский берег тоже заимствовали. Это в тринадцатом веке. Позднее были Новгородская и Судная грамоты. В опять таки славянском и сильно русском на тот момент Великом княжестве Литовском местный вождь, Казимир IV, при создании в 1468 году своего Судебника (который так же и Письмо, такое вот простенькое название) черпал мудрости из Русской Правды полного варианта. Да и в последующем Уставе Великого княжества Литовского 1529 года следы все те же. И вершиной развития Правды стал общерусский эпохальный свод правовых норм Ивана III, Судебник 1497 года, как закрытие этапа раздробленности и отправная точка имперского развития. Явные заимствования из Русской Правды с ее отношением к обычаям есть даже в таком малоизвестном, но уникальном по своему значению памятнике юридической мысли как украино-левобережный сборник с очаровательным с своей краткости полным наименованием «Права, по которым судится малороссийский народ, Высочайшим всепресветлейшия, державнейшия Великия Государыни Императрицы Елисавет Петровны, Самодержицы Всероссийския, Её императорского священнейшего Величества повелением, из трех книг, а именно: Статута Литовского, Зерцала Саксонского и приложенных при том двух прав, такожде из книги Порядка, по переводе из

полского и латинского языков на российский диалект в едину книгу сведенные, в граде Глухове, лета от рождества Христова 1743 года» [13].

Вышеуказанное разнообразие документов приобретает свою актуальную реальность в рассматриваемой теме на примере таких непритязательных зверушек как бобры. Статья развернутого варианта Русской Правды под номером 70 предусматривала ответственность территориально обособленной общины (верви в первоисточнике) за кражу тех самых бобров на территории, которая закреплена за этой общиной, а также обязанность общины в целом разыскивать и предоставлять центральным органам правопорядка преступников. Норма была введена на основании соответствующего обычая, позволявшего стабилизировать на тот момент важный промысел. То есть, община как среда формирования обычая после обращения внимания государства к проблеме легитимизации этого обычая становится объектом исполнения одобренного государством обычая. С течением времени признанный государством обычай перестал отвечать реальному положению дел, тот самый обычай утратил признак повторяемости и объективной необходимости. И вот уже в Уставе Великого княжества Литовского от 1529 года в главе девятой вводится статья 9, по которой бобры все еще признаны животными, подлежащими охране со стороны закона, но бремя поиска и ответственность общины отсутствует. Похожее условие вводилось и в мертворожденные «Права, по которым судится малороссийский народ».

Для сферы предпринимательской деятельности, естественно, большое значение имеет оформление сделок. Русская Правда закрепляла общеустановленный устный характер сделки, то есть признавала сложившийся обычай делового оборота просто по факту всеобъемлющего характера этой деятельности на фоне низкого уровня грамотности и, потому, отсутствия возможности документарного оформления. Однако, государственный свод правил обусловил сохранение обычая обязательными

с точки зрения государства условиями действительности сделки через разнообразные способы фиксации воли сторон, как-то: наличие правоспособных свидетелей и соблюдение определенной символики. Все эти бития по рукам, подвязка ключа к поясу, передача символа товара и прочая были призваны устранить в будущем возможном конфликте неясность целей сделки, учитывая, что решать конфликт придется государству. И все эти атрибуты сформировались на основании обычаев делового оборота. Но, уже иная практика и новые обычаи делового оборота в последующее время привели к тому, что символизм утратил свое значение, принудив и государство упростить их систему вплоть до почти полного отказа от символов. Теперь уже статья 37 расширенной редакции Пространной Правды как воплощение новейшей редакции Русской Правды требует при заключении договора купли-продажи имущества только двух свидетелей и мытника, который сборщик торговых пошлин, государственный человек.

О других обычаях эпохи Киевской Руси в сфере международных и межгосударственных отношений, военных и договорных делах дают представления высказывания византийского историка Прокопия Кесарийского из VI века и константинопольского патриарха Никифора девятого века. В частности, ими отмечается именно как обычаи, а не как законодательные закрепления непризнание на Руси института рабства, неприкосновенность представителей другой стороны во время переговоров. Конкретно по предпринимательской сфере отмечалась верность заключенному соглашению и присяге, как гарантия соблюдения договоренности. Был широкий пласт обычаев ведения боевых действий, которые тоже промысел, направленный на периодическое извлечение прибыли с определенными коммерческими рисками вплоть до прекращения физического существования коммерсанта. Так вот, у славян по мнению этих источников обычай определял права пленных дабы улучшить их потребительские качества в виде дальнейшего коммерческого использования,

право нападения без объявления войны как коммерческие преференции в намеченном прибыльном проекте, право женщин на участие в военных действиях как расширение субъектного состава участников коммерческого предприятия обогащения за счет грабежа, пусть и называемого гордым именем война.

Повсеместно практиковались и договорные традиции. Читаем в «Подрядной записи» строительной артели: «Поручились есмь друг по друге круговую порукою и дали мы на себя сию запись Боровского уезда Пафнутьева монастыря архимандриту Феофану да келарю старцу Пафнотию з братией в том, что подрядились мы, подрядки и каменщики, в том Пафнутьевом монастыре сделать колокольню каменную»

Известен такой пример из летописей: у кожевников Мурома дубление кож производилось «по тысяче и одной коже», и если у кого-то кожи сопревали, то «коллеги» по цеху давали ему по одной коже, и выходило у всех по тысяче

Иностранные купцы приводили в пример обычаи русской торговли. Например, Адам Олеарий, немецкий путешественник и историк, рассказывает, как в пути по Волге он переплатил по ошибке за улов пять копеек, и ему тут же вернули лишнее, потому как обычай такой негласный и нигде не зафиксированный. Немец был поражён.

Правила поведения предпринимателей в царской России были строги и нерушимы. Описал их и официально опубликовал в своей книге в 1881 году литератор Зегимеля — «Необходимые правила для купцов, банкиров, комиссионеров и вообще для каждого человека, занимающегося каким-либо делом». До малейших деталей в книге прописывались тонкости поведения с покупателем, подчинёнными и «коллегами».

Важное место в «кодексе» занимают исполнение обещанного: «...раз давши слово, вы должны его помнить и свято исполнять», сохранение доброй репутации: «...должны всеми силами стараться снискать себе полное доверие

тех, с кем приходится иметь дело. Этого... можете достичь разными путями, а главное — честностью и добросовестностью».

В отдельных случаях законодатель Российской Империи делал в официальных документах прямые ссылки на обычаи, подтверждая тем самым положение правового обычая как одного из источника права. Так, в 1766 году Екатерина II разрешила собственникам однодворцам и крестьянам «выбирать... погостного поверенного по их обыкновениям». Интересным выглядит забота государства о действенном самоуправлении. Так, для создания возможности более широкого охвата электората в обсуждении вопросов общежития общины законодатель предлагал все общественные дела улаживать после окончания сбора урожая, указывая наиболее приемлемым периодом проведения выборов зимнее время. Так, например, выборы земских комиссаров необходимо было проводить «в окончании года», что не мешало сельчанам проводить выборы в иной месяц, но это было уже не по обычаю, действие почти бунтарское. Тот же декабрь месяц рекомендовался как удобный момент для избрания ответственных за таможенные сборы. При этом, если окончание календарного года логично представить как удачный момент, то смысл выборов бургомистров «с товарищи» в начале года трудно выявить: «в начале года в Генваре месяце».

Возвращаясь к общей тенденции развития взаимоотношений государства и обычая делового оборота следует указать, что дальнейшее преобразование обычаев делового оборота в нормы права в столь же широком плане как в Древнем Риме в Средневековой Европе было невозможно в силу отсутствия предпосылок у последующих государственных систем. Если городское население еще как-то власть могла контролировать или думать, что контролирует, то в отношении сельского населения, да еще на обширном удалении от центра власти, государственное право рассматривалось исключительно как прихоть того самого центра.

Период после падения Западной Римской Империи и до промышленной революции восемнадцатого-девятнадцатого веков с точки зрения рассматриваемой темы обусловлен массовым формированием обычаев делового оборота по причине отсутствия должного внимания государства к нормотворческому контролю в этой сфере. Ярким примером объема творчества и отсутствия внимания государства выступает очередной великий этап становления права в виде правовой реформы Наполеона, который Бонапарте. Тот самый знаменитый Кодекс Наполеона или менее пафосно просто Гражданский кодекс 1804 года, но первый с таким названием. И в основу этого кодекса легли не только сохранившиеся сквозь века остатки Кодекса Феодосия как квинтэссенции западно-римского права и ордонансы, которые указы королей, но и осмысленные и переработанные 1452 кутюма. А кутюмы и есть обычаи, имевшие свое начало в сборнике французского придворного юриста Филиппа де Бомануара в 1282 году по названию провинции именовавшимся Кутюмы Бовези.

К слову, именно Кодекс Наполеона демонстрирует случай реализации ранее упомянутого и не приемлемого в Российской Федерации вида обычая по Римскому праву, *adversus legem*, обычай против закона. Доказательством тому является статья 1135 Кодекса Наполеона, по которой соглашения или договоры должны соблюдаться сторонами не только с учетом отраженных в них условий, а также положений регулирующих соответствующие сферы деятельности законов, но и обычаев, а также просто справедливости. И при этом согласно статье 1159 того же кодекса неясности договоров должны толковаться в соответствии с местными обычаями, то есть обычай над законом и условиями договора.

Через пролив, на Острове, право обычая на существование было возведено на уровень одной из основ государства. Согласно позиции известного на рубеже девятнадцатого-двадцатого веков английского профессора права Оксфордского университета Альберта Венн Дайси в

Англии, наряду со статутным правом (писаными законами), существует общее право, состоящее из норм правовых обычаев и прецедентного права (практики отдельных судов) [10]. Проведя глубокий анализ нормы государственного права Англии, профессор отмечал, что на основе правовых обычаев и привычек формируется общее право, к нормам которого можно отнести конституционные соглашения или принципы, как уникальные примеры обычаев, так как: король должен соглашаться или не накладывать вето на билль, прошедший обе палаты парламента. Или обычай, что министры уходят в отставку при утрате доверия со стороны Палаты общин. Такие обычаи по мнению Дайси играют важную роль в правовой англосаксонской системе даже при том, что не всегда обеспечиваются судебной защитой. Кстати, именно этот Дайси считается автором концепции главенства права как попытки торжества Порядка над Неопределенностью.

В целом генезис правовых систем и их отношение к обычаям завершил свое основное формирование в XVIII-XIX веках.

Для соответствующего формирования имеет значение такие государственно образующие факторы как национальный состав государств, взаимоотношение власти и религии в целом и конкретная доминирующая религия, наличие исторического наследия.

Мононациональное государство или государство с подавляюще доминирующей нацией не предрасположено к учету национального плюрализма, тогда как в многонациональном государстве национальный вопрос является постоянной зоной внимания государства, если, конечно, государство намерено существовать сколь-либо длительный срок. Современное многообразие государственного устройства позволяет рассматривать все этапы и варианты государственного внимания к обычаям, включая их предпринимательскую ветвь в виде обычаев делового оборота.

Так, крах колониальной системы в третьей четверти двадцатого века предоставил в основном африканским и азиатским государствам

возможность экспериментировать с правовыми системами. Наличие в Европе проверенных и разнообразных правовых систем, с одной стороны, позволяло спокойно выбрать наиболее подходящую, а с другой стороны, это всё системы угнетателей свободы и желанная для большинства свергателей идея разрушения старого просто требует не признавать очевидные плюсы старосветских правовых систем. К тому же, с доминирующими нациями в Африке и Азии всегда сложно. Да еще и уровень контроля центральной властью над регионами обычно крайне слаб. Сельский предельно патриархальный уклад свои нюансы добавляет. Вот и появилось множество не прошедших испытание временем правовых систем, в которых отводится существенное место обычаю по той простой причине, что таковые обычаю все равно будут действовать как действовали предыдущие века, а подавить и принудить их у государства нет ни сил ни намерения, а иногда и времени, учитывая скорость смены лидеров и идей государственного устройства. Довольно своеобразное торжество обычая, совсем не похожее на генезис правовых систем старого света, по причине уже указанного обстоятельства наличия у новой власти готовых и отработанных правовых систем.

Вызывает интерес ситуация с обычаями делового оборота в Стране Восходящего Солнца, которая Япония. С одной стороны, вопрос мононациональной правовой системы решен чисто по-сталински: нет этноса, нет проблем с его обычаями. Был на самом большом острове Хоккайдо коренной и вполне себе миролюбивый народ айнов, с их слабой государственностью и, потому, большой ролью обычаев. Островное устройство экономики подразумевало широкое распространение связанных с мореплаванием обычаев делового оборота. Но, пришло на остров новое племя и закончились обычаи айнов вместе с самими айнами. Если по крови этот этнос еще можно попытаться обозначить, то с национальной самобытностью покончено еще до первой Мировой войны. И если не касаться этической стороны вопроса, чисто с точки зрения государственного

строительства в результате устранения плюрализма возникает возможность повышенной адаптации обычаев в нормы права. Но, особенности национального менталитета моно-нации не позволяют государству вмешиваться в освященное веками право следовать именно неписанным правилам поведения, в том числе и в предпринимательской сфере. И появляется такой своеобразный механизм негосударственного регулирования отношений как корпоративный обычай. То есть, на смену обычаю рода как социума по крови и единству проживания, который перерождается в государство и постепенно поглощается государством, на пике развития индустриального государства как апофеоза технократической линии развития цивилизации появляется новая форма обычая – корпоративный обычай. И это не единичный государственный случай, обратим внимание на систему корпораций Южной Кореи. В капиталистической половине Страны Утренней Свежести подобную идею по времени надуло из Страны Восходящего Солнца, но не факт, что это плагиат от островных соседей, а не самобытное творчество трудолюбивого и склонного к традиционализму народа. К тому же и уровень значения корпоративных обычаев в Южной Кореи по своей значимости и охвату, на первый взгляд, превышает таковой в Японии.

Можно указать и на тотальное распространение корпоративного обычая в Китае, который уже и не совсем всепланетный сборочный цех, а также в подхвативших это знамя странах Юго-Восточной Азии, таких как Вьетнам, Малайзия и другие.

Чем не доказательство тезиса о государственно-обычайном Инь-Янь, с которого и началась данная работа: из всеобъемлющего поля обычая зарождается государство, которое поглощает обычай и на пике торжества появляется та самая точка инвариантности в виде корпоративного обычая. И остается только дожидаться развития из этой точки полного торжества корпораций через поглощение ими государственности. Что, кстати, имеет

вполне себе печальную перспективу или как минимум в настоящее время реализуемую идею над правительственными и наднациональными структурами промышленных международных корпораций.

При этом, доктор юридических наук и профессор Московской государственной юридической академии Кашанина Татьяна Васильевна подчеркивает, что «в корпоративном праве обычаи и традиции делового оборота необходимо отличать от обычая, который представляет собой моральную норму, то есть от общегражданских обычаев» [21]. То есть, корпоративные обычаи все же относятся к предпринимательской сфере деятельности. Указанный профессор подчеркивает территориальность применения этого особого вида обычая – «это обычай, применение которого обеспечивается мерами воздействия со стороны корпорации, а именно либо мерами поощрения, либо санкциями». И для максимального торжества неоднозначности появляются идеи и в корпоративной сфере ввести разделение на обычай и деловое обыкновение. Магистрант и в случае с корпоративным правом не изменяет своего мнения о несогласии с разделением обычая и делового обыкновения, но повторимся, что подробное изложение и исследование этой проблемы выведено за рамки данной работы.

Возвращаясь к азиатскому корпоративному обычаю, интересно выглядит такой знакомый по советскому прошлому обычай как коллективная производственная гимнастика. В выше указанных государствах торжества трудового коллективизма таковая все еще на уровне обычая, так в Японии принято начинать трудовой день с коллективной гимнастики, как средство корпоративного единения. Китай использует систему у-шу, что не совсем гимнастика в понимании напряжения мышц и даже совсем не гимнастика. К слову о постоянных попытках государства захватывать и нормативно перерабатывать пахотные поля, ранее занимаемые обычаями – в новый период государственности России в виде ныне существующей Российской Федерации начался поход государства за возврат производственной

гимнастики. Вот приказ Министерства спорта Российской Федерации № 851 от 20.11.2020 «Об утверждении примерного положения о физкультурно-спортивном клубе по месту работы» и в задачи (вернее правомочия) такого клуба входит производственная гимнастика. Есть несколько рекомендательных писем того же Министерства спорта и Главного санитарного врача России. Есть не наказуемый за неисполнение приказ Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации № 181н от 01.03.2012 об утверждении типового перечня мероприятий. Да и в наименованиях должностей проходят методисты по спорту и производственной гимнастике или инструкторы-методисты по производственной гимнастике. Но, отсутствие механизма государственного принуждения сохраняет нахождение данного вопроса в области обычая, который в нашей стране следует признать утраченным.

Или такой корпоративный обычай как рабочее место начальника, по крайней мере начальника среднего звена. Нет государственного нормативного акта, регламентирующего его расположение, ну, что бы как у Чапаева с картошкой, то ли впереди, то ли сзади. Нет такого в Российской Федерации, как ранее не было в СССР. Нет в странах западной корпоративной системы, до потери осознания напуганной харрасментом. Нет и в Японии. Но, в последней принято нахождение начальника в общем зале с подчиненными без обособления стенами, а только обустройством места работы на возвышении. В нашей стране применяется патриархальный обычай обособленного кабинета. И есть зародившийся в прошлом веке обычай западной производственной культуры как вариация на тему предыдущих крайностей: и кабинет у начальника обособлен стенами, но они прозрачные, и общий зал для сотрудников с невысокими перегородками обособления каждого рабочего места.

А такой общепринятый обычай делового оборота, который и корпоративный обычай, как наличие «свиты» у проверяющего, будь то

собственный большой начальник или внешнее уполномоченное лицо. Нет нормативного документа с гарантией санкций за не исполнение, но нет и блуждающего в одиночестве проверяющего, обязательно за ним и секретарь с помощником и местные начальники низового звена.

Возвращаясь к ранее обозначенной значимости религии стоит указать на мусульманскую правовую систему, подразумевающую особую роль религии, влияние ислама на правовое регулирование, в том числе и в сфере предпринимательства [59]. На протяжении всей истории исламского мира торговля занимала существенное значение в жизни общества и государства, сам Пророк Мухаммед в молодости занимался международной торговлей. Огромное влияние этических норм в исламе переносится и на торговое право, что предопределяет существенную роль обычая при совершении торговых операций или организации торговли. [9] Потому как по самой своей сути этические нормы не могут быть сильно регламентированы государством, так как предполагают внутренне принятие отдельным человеком и формирование прежде всего в рамках неформального социума, будь то семья, род или община.

Немецкий исламовед и историк права, Йозеф Шахт указывал, что классическая теория мусульманского права определила четыре уникальных источника, присущих системе исламской правовой системе: Коран, Сунна Пророка Мухаммеда, консенсус ортодоксальной общины и метод аналогии. В этом списке для исследуемого вопроса важен консенсус ортодоксальной общины как прямое участие основанного на обычаях общественного института в реализации права. При этом, отдельные исследователи считают именно консенсус основой всей системы, так как только благодаря ему базовые религиозные источники получают реализацию в повседневной правоприменительной практике. Отдельные исследователи исламского права указывали на существенную функцию консенсуса ортодоксальной общины как главной опоры правовой теории исламского права. Именно консенсус

гарантирует участникам непосредственной хозяйственной деятельности аутентичность и не наказуемое правильное толкование Корана, позволяет рассчитывать на добросовестную передачу сути и смысла сунны Пророка Мухаммеда, а так же правильное использование аналогии и её результатов. Получается, что именно консенсус затрагивает каждый из элементов системы исламского права, являясь необходимым и неизбежным связующим звеном.

На практике, всё, что одобрено консенсусом ортодоксальной общины является правильным и не может быть отменено со ссылкой на другие принципы. То есть, мы опять видим жизнеспособность не принятого в российской правовой системе ранее указанного римского принципа *adversus legem* – обычай против закона.

Любой хозяйственный институт, сделка или обязательство в повседневной практике исламского права соизмеряется с религиозно-моральными предписаниями, отраженными в консенсусе. К таковым, например, относится стремление избегать неоправданного риска, что нашло свое ярчайшее подтверждение в запрете продавать не имеющегося в наличии товара, осуждение страхования. Еще одной формой реализации этого правила выступает не имеющей жесткой фиксации в законе, но предполагаемый в непосредственных сделках принцип эквивалентности обязательств.

Интересным примером вышеуказанной необходимости соизмерять повседневную предпринимательскую деятельность с незыблемыми религиозными нормами выступает ситуация в банковской сфере: каждый исламский банк имеет в своем штате особую штатную единицу мусульманского правоведа, основной должностной обязанностью которого является консультирование самого банка и его клиентов по вопросам правильного трактования и применения исламского права. То есть, есть специальный специалист по трактовке и разъяснению соотносимости хозяйственной практики с обычаями. Подобная ситуация касается и иных

сфер богословско-правового комплекса, и эта деятельность в изучении и решении вопросов обозначается как иджтихад (или аль-иджтихад).

Разумеется, есть нюанс распространения всех этих принципов прежде всего на правоверных, но международная торговля всегда была частью исламского мира и на современном этапе развития всепланетных связей это часть предпринимательской деятельности только возрастает.

Так еще и внутри исламского правового пространства есть свое разделение. Так, сторонники религиозного течения мусульман-суннитов по принципу и методологии реализации иджтихада выделяют четыре основные школы права: ханафитскую, маликитскую, шаафитскую и ханбалитскую. Другое религиозное течение, мусульмане-шииты, так же имеют собственные правила, школу права и методологию иджтихада.

Отдельный тип государственных правовых систем с их отношением к обычаям делового оборота существуют в таких мультикультурных и постоянно кипящих непримиримыми национальными страстями странах как Индия и Южно-Африканская Республика. Опираясь на работы доцента кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук Кузнецову Светлану Сергеевну можно указать, что в Южно-Африканской Республике до недавнего времени действовала доктрина живого обычного права, позволявшая достаточно эффективно реализовывать задачи государственной защиты прав субъектов общества на основе гибкого подхода к источникам права, включая обычаи отдельных национально-этнических групп [27]. Особенностью этой системы выступает заведомо предполагаемое государством использование естественного потенциала стремления отдельных этнических сообществ к саморегулированию.

За основу индийской правовой концепции правового обычая взята английская правовая доктрина эпохи колониальной зависимости страны. Соответственно, обычай по общему правилу проходит процедуру

официального со стороны государства в каждом конкретном случае через акты судебной системы по конкретным делам. При этом, учитывая многонациональный и конфликтный, да еще и кастовый состав населения государство в принципе не могло категорически отвергнуть нормы живого обычного права, соответственно, таковое признается, пусть и с оговорками о его распространении на отдельные социальные группы или слои населения. Да, это может приводить к нарушению принципа равенства и единообразия, но позволяет оперативно решать возникающие проблемы, не ударяясь в заведомо обреченную на провал попытку кодификации всех нюансов, решаемых на местах через местные обычаи.

Признаваемое хотя бы официально всеми государствами участниками Организации объединенных наций главенство права и решающей роли государства не отменяет альтернативных идей. Так, вышеуказанная пост колониальная идея саморегулирования на основе широкого распространения обычая в отдельно рассматриваемых социальных сообществах не была новацией. Эту идею на рубеже XIX-XX веков разрабатывал австро-германский ученый Эрлих Ойген (или Евгений) и оформил ее в 1913 году в своем *magnum opus* под логичным названием «Основоположение социологии права».[73] Предпринятая им попытка объединить с научной точки зрения правоведение и социологию была сразу же воспринята правоведами того времени как недопустимое надругательство над точной наукой Юриспруденцией посредством непотребной попытки ее объединения с хаосом социологии. Совсем по-нашему всему, который Пушкин Александр Сергеевич, прошлись: в одну телегу впрячь не можно коня и трепетную лань.[51] А обозначенный Эрлих настаивал, что не только можно, но и всегда было и будет. Не сложно и в этом случае усмотреть заявленный в самом начале данной работы принцип борьбы и единства противоположностей Порядка и Неопределенности, священный символ Инь-Янь.

Так вот, то самое пост колониальное правовое саморегулирование было провозглашено Эрлихом как идея свободного или живого права. Его основная концепция отражена в следующей цитате, да смилостивиться программа поиска плагиата: «...центр тяжести развития права в наше время, как и во все времена, лежит не в законодательстве, не в юриспруденции и не в правоприменении, а в самом обществе». Ее разъяснение, с учетом бремени сокращения цитат во имя уклонения от плагиата заключалось примерно в следующем: представляется безусловным, что жизнь большинства людей происходит не перед государственными учреждениями и есть многие миллионы граждан, которые каждодневно контактируют друг с другом в области правовых отношений и в то же время счастливы тем, что не имеют нужды обращаться при этом к тем самым учреждениям.

Ученый-новатор не столько критиковал государство в его законотворчестве, сколько пытался донести до широкого круга лиц свою идею о невозможности и бесперспективности рассмотрения государства в отрыве от общества. Понимая историческую и им самим описанную неизбежность возрастания роли государства в законотворчестве, Эрлих настаивал на недопустимости забывать или даже отрицать роль социальной составляющей общества, тех социальных институтов, которые продолжают активно участвовать в образовании права и его фиксации. Саму причину усиления роли государства Эрлих усматривал во постоянно возрастающей централизации общества, составляющего неразрывный симбиоз с государством, настаивая на недопустимости рассмотрения государства в полном отрыве от социальной составляющей общества. По мнению Эрлиха прежде самостоятельно творившие право незначительные социальные общности людей, союзы, в процессе развития общества и государства начинают активно изменяться. Эти союзы как носители первоидеи права, тех самых обычаев, могут объединяться, могут частично расходиться между

собой, а могут и переплетаться. Именно все эти движения дают основу для формирования права.

По мнению Эрлиха право это не государственное установление, а целостная система норм и правил, которые заранее определяют поступки члена общества при всех возможных вариантах поведения. Если правила поведения, то самое право, универсально, то эта самая универсальность должна быть повсеместной. Если у всех цивилизованных народов можно обнаружить в целом одни и те же социальные институты и юридические значимые обстоятельства, такие как: брак, семья, право владения, всевозможные договоры, ситуация наследования, взаимоотношения власти и подчинения. Если это так у всех, то очевидно, что во всех правовых системах этих обществ есть нечто общее, над чем могут надстраиваться специфические элементы. Право на взгляд Эрлиха это любой внутренний регулятор действий общности людей, вне зависимости формы, будь то письменная фиксация или существования в качестве известного обычая. Ученый предполагал, что люди следуют такому праву не по принуждению, а по собственному желанию. В этом месте, по мнению магистранта, уместно было бы уточнить, если под таковым желанием иметь в виду не добрую волю доброго человека, что очень уж сильно попахивает нереальным на данном этапе развития цивилизации коммунистическим человеком, а волю на послушание, пусть и с внутренним несогласием. То есть, желание остается собственным, человек не действует под дулом автомата или плеткой надсмотрщика, но и счастливо улыбаться не обязан. Желание, порожденное внутренним цензором, указывает на признание человеком бремени следования общепринятым правилам. Желание не быть наказанным, оно тоже побудительная причина следовать правилам, хотя и совсем не похоже на желание, основанное на безоговорочном признании правил.

Весьма интересно, что уже в начале XX века Эрлих указывал: самыми значительными юридическими вопросами нашего времени следует признать

те, которые возникают в трестах и корпорациях. Эти вопросы становятся актуальными для правоведения и законотворчества только потому, что их существенный вклад в юридическую сферу деятельности общества самостоятелен и самодостаточен, а не обусловлен деятельностью правоприменительных органов. Не об этом ли указывалось ранее магистрантом в контексте особенностей японского варианта существования обычаев делового оборота и их роли в формировании нового правового порядка.

Ранее указанное критическое отношение научного сообщества к идеям Эрлиха основано на недопустимости вмешательства в точную науку права столь неопределенной области исследования как социология. Это было обосновано с точки зрения Западного мира, с его давно прошедшими промышленными революциями и стоящим на пороге всеобщей индустриализации. Но, в Российской Империи последних лет ее существования под флагом Романовых промышленного было не много, если смотреть не на отдельные великие свершения, а на страну в целом. Даже в свой последний год своего существования Империя была предельно крестьянским государством и это самое большинство населения в повседневной жизни в области частного гражданского права за руководящую основу брало то самое эрлиховское свободное право, свои обычаи. А написанные Государством законы оставались сферой городского меньшинства, да и то далеко не каждого из городских жителей.

В российском дореволюционном правоведении, в частности, по мнению видного цивилиста того времени, профессора Казанского и Московского университетов Габриэля Феликсовича Шершеневича, под обычным правом понималось не исходящее от верховной государственной власти право, но право, соблюдаемое в повседневных юридически значимых отношениях гражданского оборота, другими словами – это та часть общеправового пространства, которая поколениями известна простому

народу, но которая не получила еще государственного признания, не нашла закрепления со стороны государственной власти [28]. В гражданском судопроизводстве Империи Романовых правовые обычаи применялись не только как основа для издания государством законов, но и в форме прямого вне нормативного источника права, когда в государственных законах делалась ссылка на допустимость применения в обозначенных обстоятельствах правового обычая.

При этом, и западноевропейские тенденции XIX века о полном господстве права были приняты на вооружение государственной властью Российской Империи. Тому способствовало не только позорное западнопоклонничество, но и реальное усиление центральной власти. В этот период с точки зрения законодателя и государственной системы применения права обычай обязателен только в тех случаях, когда на него есть прямая ссылка в государственном нормативном правовом акте, тем самым государство признавало правовой обычай в качестве источника права, но попыталось поставить его под полный контроль самого государства или как минимум его правоприменительной системы.

Однако на практике торжества государственного права не получилось. В ходе запретов и реализации главенства государственного права выяснилось, что обычай имеет гораздо большую сферу действия, чем предполагали правоведы. Как уже указывалось выше, в крестьянской среде, в глубинке желание государства решать любую задачу на основании закона не обеспечивалось силой, некому было объяснять крестьянской общине в ста верстах от ближайшего хоть как-то большого города, что никогда не читанный и ни разу не известный общине закон важнее и главнее чем предками завещанный и поколениями проверенный на прочность обычай. Это касалось не только семейных отношений и бытового устройства, но и торговых отношений, которые, опять-таки в силу удаленности от цивилизации, в значительной мере строились на доверии и традиции. Не

испорченный лицемерием запада крестьянин верил в силу сделки, основанной на обычаях делового оборота, и знал о негативных последствиях нарушения этих неписанных правил. Тогда как установленных государством правил не знал и в силу принуждения, да и вообще вмешательства государства в мелкие местечковые дела не верил и не знал о подобных случаях из практики своей жизни и жизни своей общины. В общинном быту обычаи сохраняли значимость и практическую ценность.

Отмена крепостного права в XIX веке как прогрессивный акт государства по приобщению огромного слоя населения страны к ценностям развитого демократического общества не только не упразднила, а скорее укрепил роль обычая в жизни крестьянства. Пока было крепостное право, «проблемы индейцев Шерифа не волновали». Шло то самое внутриобщинное саморегулирование и наружу выплескивались исключительно криминальные события. Государство устраивал такой порядок самоустранения, Законодатель прямо отсылал к обычаям делового оборота, когда речь шла об внутриобщинных имущественных отношениях, вопросах наследования или, допустим, опеке.

И тут, после отмены крепостного права у государство предполагалось появление огромной прослойка населения правоспособных правоприменителей и правопотребителей с их никуда не пропавшим принципом надежности своих обычаев и несущественности для обычных людей государственных законов. Добавим сюда поголовную неграмотности сельских жителей, да и городская голытьба не далеко от этого ушла. А еще Российская Империя как-то как всегда не додумалась до озвученного Джугашвили-Сталиным в 1935 году императива «кадры решают всё» и не было специалистов для решения обрушившегося на судебную систему цунами мелких дел от резко и много увеличившегося правоспособного слоя населения. И государство быстро позабыло про принцип главенства права,

создав в ходе опять неудачной реформы 1861 года систему волостных судов как торжество обычного права над государственным.

Волостной суд выбирался из непрофессионалов местного значения, решал массу мелких дел, руководствуясь при этом народным правосознанием, то есть почти исключительно по обычаям предков и по совести. В систему заложили три базовых начала в виде субъектной сословности, судебной автономии обслуживаемого крестьянского населения и руководства в своей деятельности при принятии решений в основном обычным правом. Как пояснял Государственный Сенат, для признания дела подсудным волостному суду необходимы были три предварительных условия. Прежде всего требовалось, чтобы рассматриваемый поступок по субъективной стороне должен быть совершен лицами, принадлежащими к крестьянскому сословию. Далее следовал территориальный ценз: проступок должен был иметь место в границах конкретного сельского обособления. И ценз по значимости: проступок должен соответствовать пределам подсудности волостному суду по степени вреда общественным отношениям. Такой вот эрзац кастовый период.

Таким образом, имущественные отношения крестьян были выведены из сферы регулирования основанного на законе государственного гражданского права и остались в ведении обычаев. И это были не случайные моменты, по мнению аналитиков того периода в волостных судах рассматривалось до 95 процентов тяжб с участием крестьян. Причем, в случаях, когда дела рассматривались волостным судом в рамках статей 96-102 соответствующего кодифицированного «Общего положения о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» 1861 года, итоговые решения волостного суда как первой инстанции становились итоговыми в принципе, то есть были окончательными и обжалование в вышестоящих инстанциях не предусматривали.

Приход к власти в конце 1917 года радикальной фракции Российской социал-демократической рабочей партии с ее идеей пролетарской диктатуры не смог изменить ситуацию. Первые же кодексы после переходного правового хаоса фактически признавали свободное право Эрлиха за крестьянами, так статьи 8 и 77 Земельного Кодекса Российской Советской Федеративной Социалистической Республики 1922 года допускали использование обычая при регулировании земельных, семейных и иных отношений среди крестьян.

Разрушение крестьянской общины и ускоренная пролетаризация общества позволили Советскому государству предпринять попытку полного пресечения правовой значимости обычая. Как пример можно указать, что Уголовный кодекс Российской Социалистической Федеративной Советской Республики 1960 года содержал целую главу одиннадцатую особенной части о запретах обычая, пусть и касающихся национальных особенностей взаимоотношений полов, ну и кровной мести. Хотя, чем не хозяйственная сделка описана в статье 232 этого кодекса о получении или предоставлении выкупа за будущую жену. К тому же в редком случае допускалась завуалированная форма, так статья 168 Гражданского кодекса РСФСР 1964 года допускала «обычно предъявляемые требования», что как бы не обычай, но именно оно и есть.

Следует отметить, что отрицание правомочности обычая и при социализме образца СССР было условным, так как такое явление как международный обычай отрицать было невозможно ввиду его указания во многих основополагающих международных правовых документах, признанных и в СССР, допустим, в том же ИНКОТЕРМС и Уставе ООН. Так, появившиеся на заключительном этапе издыхания СССР, когда уже и самостоятельная Российская Федерация вроде бы существовала, Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, утвержденные 31.05.1991, в статье 156 допускали применение международного обычая.[33]

В этих Основах законодатель попытался возродить легитимность обычая в гражданском обороте, правда, только в его предпринимательской форме, в качестве обычая делового оборота.

Так, в статье 59 Основ о толковании договоров при невозможности выяснения истины из текста договора предлагалось обращаться к дополнительным и сторонним документам, а далее к практике, установившейся во взаимных отношениях сторон и, наконец, к обычаям делового оборота как последней возможности хоть что-то выявить.

По условиям договорных отношений обычай делового оборота как источник установлений и ограничений общих правил был отражен в статье 63 о сроке исполнения обязательства, в статье 64 о месте исполнения обязательства и в статье 75 об уплате цены сделки.

Так же, Основы закрепили силу обычаев делового оборота в международном праве, о чем свидетельствовала соответствующая оговорка статьи 156 о международном праве.

Начиная с этапа признания обычая как одного из основных источников права в древней Руси, продолжив этапом стихийного формирования уважительного отношения государства к нормативным закреплениям обычая делового оборота в Российской Империи, пройдя через почти полное отрицание легитимности указанного правового института в советский период, российская право на заключительном этапе существования СССР признало важность законодательного закрепления обычая делового оборота, но развить и усовершенствовать уже не успело, оставив эту задачу правовой системе Российской Федерации.

Глава 2. Обычай делового оборота на современном этапе.

2.1 Действующие нормы правового регулирования обычая делового оборота

По времени внедрения в правовое пространство Российской Федерации и по своей правовой сути базовой нормой правового регулирования обычая делового оборота выступает как раз и посвященная этой теме статья 5 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Напомним, что законодательство предыдущего российского государственного образования, Российской Социалистической Федеративной Советской Республики, в целом и Гражданский кодекс в частности не одобряли существования обычая и его предпринимательского варианта – обычая делового оборота. Соответственно, с появлением в 1989 году нового государства, Российской Федерации, прежнего багажа нормативной регламентации обычая и зафиксированной практики его применения не было. Вышеуказанные Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года опоздали с появлением и могли использоваться только как временная правовая заплатка. К тому же, как и положено заплатке, Основы были ущербны в части отсутствия расшифровки самого понятия обычая делового оборота.

Таким образом, статья 5 Гражданского кодекса Российской Федерации была безусловным прорывом в российской юриспруденции. Но, эту законодательную новацию нельзя признать результатом законодательного закрепления сложившейся в обществе ситуации с использованием обычая, как это обычно и должно быть с обычаем и его законодательным одобрением. Нет, это был задел на будущее, основанный на анализе зарубежного современного и совсем отчасти прошлого, имперского, опыта самой России.

И в первичной редакции статьи 5 законодатель посчитал допустимым закрепить исключительно обычай делового оборота, как правовой институт, касающийся исключительно предпринимательской сферы. Только существенно позднее, после изменений 30.12.2012г., в этой статье закрепили общее понятие «обычай», но к тому времени предпринимательская составляющая обычая уже получила свое развитие и фиксацию как в нормативных документах, так и в судебной практике.

В вопросе начала начал исследуемого правового института интересный будет обратиться к вопросу легализацией «Правил по использованию национальных и международных торговых терминов – Инкотермс».

С одной стороны, логично предполагать, что легализация этого международного систематизирующего нормативного акта предполагается в общем порядке на основании статьи 7 Гражданского кодекса Российской Федерации «гражданское законодательство и нормы международного права» с ее пунктом первым о признании составной частью внутренней правовой системы Российской Федерации общепризнанных принципов и норм международного права. Но, при обращении к государственной защите посредством судебного разбирательства субъекты предпринимательского права сталкиваются с необходимостью обосновать эту самую общепризнанность. И тут приходится обратиться к правовому чуду в виде постановления № 117-13 от 28.06.2001 г. Торгово-промышленной палаты Российской Федерации, пункт 4 которого гласит: «признать правила Международной торговой палаты для толкования торговых терминов «Инкотермс-2000» торговыми обычаями.[46] Что порождает удивительный букет нюансов.

Прежде всего, сама Торгово-промышленная палата Российской Федерации по своей правовой сути является негосударственной некоммерческой организацией, созданной в организационно-правовой форме союза (хотя такая форма не существовала изначально и была закреплена в

последующих редакциях базового закона об этой палате). И при этом, само ее создание осуществлено на основании федерального закона, а именно, закона № 5340-1 от 07.07.1993 г. «О торгово – промышленных палатах в Российской Федерации» [12]. И допускал этот закон объединения негосударственных добровольцев, но при этом обозначил, что есть главная Торгово-промышленная палата всяя Российской Федерации. И есть вполне реальные исключительные полномочия, в той же самой сфере трактовки или выявления обычаев делового оборота. Такая вот государственная обязательность негосударственной добровольности с государственными нормоустанавливающими функциями, обязательными для всего предпринимательского сообщества вне зависимости от ранее декларированной добровольности и при этом продуцирующие нормы, обязательные для применения в изначально независимой государственной судебной системе при разрешении хозяйственных споров.

Следующий нюанс касается трансформации понятий: от общепризнанных принципов и норм международного права из Гражданского кодекса через правила, которые международные и Инкотермс, и заканчивая признанием этих правил обычаями в вышеуказанном постановлении 2001 года. То есть, обычаи, они же правила, которые принципы и попробуйте не запутаться.

Для путаницы есть еще один нюанс: странное отношение к вольностям во времени, именно этот нюанс требует начать рассмотрение действующего правового регулирования обычая делового оборота в соотношении с Инкотермс.

Напомним, что Инкотермс введены в международный оборот в 1936 году и далее постоянно совершенствовались с периодическим оформлением новой редакции. Допустим, редакции 1953, 1967, 1976 и 1980 годов не касаются темы действующего законодательства появившегося в 1989 году государства, так как действующие нормы государства подразумевают

законодательство этого государства. А законодательство появляется после создания государства.

Не вызывает сомнения, что на момент появления нового государства, Российской Федерации, в 1989 году оно сохранило преемственность законодательства предшественника, квази-государственного образования Российская Социалистическая Федеративная Советская Республика (по крайней мере с момента образования Союза Советских Социалистических Республик), а так же самого Союза ССР. Но, в Гражданском Кодексе РСФСР международные нормы применялись исключительно из наличия ратифицированных международных договоров, то есть там не было места для не предусматривающих ратификации или одобрения международных правил, включая Инкотермс. И вот с 01.01.1995г. вступил в силу Гражданский кодекс Российской Федерации с изначально действующей выше указанной статьей 7 о международных принципах и нормах. К этому времени как раз подоспела новая редакция Инкотермс-1990 и началось использование терминологии, сначала в международных отношениях, а со временем и во внутреннем договорном праве. Инкотермс являлся реальным правовым инструментом до и вне зависимости от постановления торгово-промышленной палаты Российской Федерации 2001 года. И суды учитывали нормы Инкотермс до и после 2001 года без оглядки на отсутствие одобрения со стороны добровольно-принудительной государственно-негосударственной палаты.

То есть, именно Инкотермс стал источником допустимости и мудрости использования обычаев делового оборота в предпринимательской сфере общественных отношений нового государства.

И завершающий нюанс касается уже озвученной особенности Инкотермс в виде периодически появляющихся редакций. Дело в том, что каждая последующая редакция Инкотермс не отменяет действие предыдущей, стороны вольны в согласованном использовании любой

редакции, да они даже редактировать редакции могут в своем узко индивидуальном договорном междусобойчике. Ну, как, вольны. Вольны во всем мире за исключением особого мира, в котором существует торгово-промышленная палата Российской Федерации. Так как, уже так сильно потрепанное выше постановление № 117-13 в 2001 году одобрило-признало только и исключительно Инкотермс-2000. И даже более того, постановлением № 54-5 от 28.06.2012г. торгово-промышленная палата отменила пункт 4 постановления 2001 года о легализации Инкотермс-2000 с одновременной легализацией следующей версии Инкотермс-2010. [47][Получается, если дословно следовать воле и логике торгово-промышленной палаты Российской Федерации, то до 28.06.2001г. в Российской Федерации любая редакция Инкотермс была незаконной, после этой даты можно было применять только редакцию 2000 года, а с 28.06.2012г. и ее нельзя применять и нужно использовать исключительно редакцию 2010 года. При этом, по той же особой логике получается, что субъекты предпринимательской деятельности, применявшие Инкотермс-2010 до 28.06.2012г., тоже нарушители воли всемогущей и вселогичной Палаты.

Кстати, по редакциям Инкотермс в рамках рассматриваемой в данной работе темы обычая. Начиная с 1980 года этот свод обычаев приобрел свой самостоятельный обычай обновляться каждые десять лет, пошли новые редакции 1990, 2000 и 2010 годов. А вот с редакцией 2020 года не задалось. Вроде бы, и работа ведется с 2016 года, а ныне 2022 и нет новой редакции, которую и неудобно уже называть «редакция 2020». Так что, обычай на то и обычай, чтобы не быть гарантированно жестким правилом и может допускать флуктуации, потому как обычай, как и Восток – дело тонкое.

Оставив на время Торгово-промышленную палату Российской Федерации обратимся непосредственно к действующим нормам правового регулирования объекта исследования. С учетом выше описанного Инкотермс логично указать основного потребителя Инкотермс – международную

торговлю, которая в нормативном плане обеспечивается (обслуживается) международным правом. Соответствующий раздел IV Международное частное право появился в Российской Федерации в 2001 году в составе третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации. Часть первая статьи 1186 этого нормативного документа допустило в случае взаимоотношений с иностранными субъектами применимость «обычаев, признаваемых в Российской Федерации».

Однако, ранее этого раздела, в 1999 году появился Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации 1999 года, сам объект которого, торговое мореплавание, в большей своей части касается международного права и того самого Инкотермса.

Появившиеся в 2002 году два базовых процессуальных кодекса (ах, когда же мы получим единый процессуальный кодекс как символ зрелости и мудрости отдельно взятого государства) по гражданскому и арбитражному процессу продолжили закрепление допустимости существования обычая.

Подстраиваться под правовую реальность стали и прежде принятые нормативные документы, такие как Налоговый кодекс Российской Федерации. Отдельные законы так же стали дополняться соответствующими нормами или учитывать их при первичном принятии. Так, в 2011 году были внесены дополнения в закон № 127-ФЗ от 26.10.2002г.[70] «О несостоятельности (банкротстве)», в закон № 135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции» и в ряд иных законов.[69] Появившийся в том же 2011 году новый закон № 63-ФЗ «Об электронной подписи» изначально учел реальность существования обычая делового оборота.[64]

В 2015 году Центробанк получил свою модную оговорку в статье 46 соответствующего закона № 86-ФЗ от 10.07.2002г. «О центральном банке Российской Федерации (Банке России)»[66]. Опять единственную оговорку, да и сути более похожую на тезис «да и вообще, Центробанк может делать что ему вздумается без оглядки на закон».

Очень ярко выглядит роль исследуемого института в международной практике. Так, в «Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений», подписанном 09.11.2006 и ратифицированным по Федеральному закону № 54-ФЗ от 09.04.2009 обычай делового оборота выступает единственным инструментом оценки рыночной стоимости. [65]

Отметился в тот 2011 год обычай делового оборота и в двух постановлениях Пленумов Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации за № 10 от 17.02.2011г. и за № 54 от 11.07.2011г.[45][41]

Отдельной сферой использования понятия обычая делового оборота являются акты Правительства Российской Федерации, но, как и положено по правовой иерархии, в основном такие акты направлены на раскрытие и развитие законодательных норм. Что не отменяет наличие интересных моментов. Так, в Приказе Минфина России от 17.04.2014г. № 115 «Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Министерства финансов Российской Федерации» этот самый Кодекс этики в подпункте «т» пункта 10 указывает на обычай делового оборота как индульгенцию от запрета на публичные выступления по секретным темам.[48] Аналогичный момент имеется и в иных клонах соответствующих Кодексов этики, допустим, в Росреестре по его приказу № П/0247 от 07.06.2021г. [50]. Или в Минэкономразвития России по приказу № 439 от 19.07.2019г. [49]. Этих кодексов с интересующей нас оговоркой более трех десятков по всем ведомствам и министерствам. И уже сложно удивляться, что абсолютное большинство принято в 2011 году. Хотя, тут то понятно, так как основой им всем стал «Типовой кодекс этики и служебного поведения государственных служащих Российской Федерации и муниципальных служащих», что был одобрен решением президиума Совета при Президенте Российской Федерации по противодействию коррупции протоколом № 21 от

23.12.2010г.[61] Остается только вопрос: почему Росреестр думал о своей этике десять лет, искали и не могли найти ?

Кстати, еще по поводу «искали и не могли найти». На региональном уровне, в Самарской области, тоже множество подобных кодексов. И вот что любопытно, все города нашего субъекта Федерации имеют Кодексы этики и служебного поведения муниципальных служащих, даже районы городского округа Самара. Ну, то есть, почти все. Все, кроме одного единственного городского округа, Тольятти. Искали и не смогли найти?

2.2 Правоприменительная практика

Под правоприменительной практикой в рамках данной работы подразумевается судебная правоприменительная практика, так как именно в этой области формируется позиция государства по отношению к исследуемому объекту. К тому же, сама суть исследуемого правового института не подразумевает его обязательную фиксацию в повседневном вне государственного внимания хозяйственном обороте. В самом деле, включение в договор условия, которое можно было бы охарактеризовать как обычай делового оборота наделяет этот конкретный обычай в этом конкретном случае правовым статусом согласованного сторонами условия сделки в полном соответствии со свободой договора из статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации и понятия существенных условий сделки из статьи 432 того же кодекса. Тогда как невключение в текст договора какого-то условия, которому стороны в процессе исполнения сделки следуют или на исполнение которого сторона разумно и осмотрительно рассчитывает и порождает ситуацию появления института обычая делового оборота. И именно отсутствие текста в конкретном документе и не позволяет оценивать его применение. А вот при возникновении конфликта и перехода сторон в область рассмотрения этого

конфликта сторонними структурами как раз и возникает правоприменительная практика оценки допустимости ссылок сторон конфликта на обычай делового оборота.

Обратим внимание, что под сторонней структурой следует понимать не только государственную судебную систему, но и систему негосударственного третейского рассмотрения спора. При этом, система третейского рассмотрения не обеспечена достаточной фиксации своей деятельности по рассмотрению споров с одной стороны и не имеет влияния на аналогичные ситуации в сколь бы то ни было существенном объеме. Соответственно, разумно обсуждать только государственную судебную правоприменительную практику.

И начать это обсуждение можно, так сказать, с конца. С квинтэссенции этой практики на высшем государственном уровне судебной системы, с выводов, формируемых по итогам обобщения судебной практики высшим судом государства, учитывая, что до 2014 года в Российской Федерации наряду с Верховным Судом был и Высший Арбитражный Суд. И именно последний занимался активным обобщением судебной практики на фоне предельно низкой соответствующей потенции второй (но, в итоге поглотившей активную) структуры, может быть, это и была одна из причин ликвидации неугодных.

Да, в основном ссылка на обычай делового оборота использовалась в качестве полной цитаты соответствующей нормы права, но были и непосредственные указания на сущность исследуемого правового института.

Так вот, после появления статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации именно Президиум Высшего Арбитражного Суда в своем информационном письме № 10 от 25.12.1996г. указал в пункте 11 на необходимость использования в качестве обычая делового оборота Инкотермс. [17] Да, пока что только по внешнеторговым контрактам, но уже указал. И это была версия Инкотермс-90. Напомним, что правовой нюанс в

виде Торгово-промышленной палаты заметил Инкотермс только в 2001 году и уже на стадии версии Инкотермс-2000.

В пункте 2 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 29 от 16.02.1998г. отражалось мнение о допустимости судом учета обычая делового оборота в виде Инкотермс только при наличии в договоре ссылки о его применении.[16] Весьма спорный момент, так как подобная позиция переводит Инкотермс из разряда обычая в разряд условий договора определенных в ином, заранее известном сторонам юридически значимом документе.

За то, в информационном письме ВАС РФ № 37 от 25.12.1998г. в пункте 18 впервые появляется государственная фиксация обычая: «Размещение уличной вывески (таблички) с наименованием юридического лица как указателя его местонахождения или обозначения места входа в занимаемое помещение, здание или на территорию является общераспространенной практикой и соответствует сложившимся на территории России обычаям делового оборота» [18]. К слову, аналогичная позиция была подтверждена и в пункте 1 информационного письма ВАС РФ № 58 от 08.10.2012.[40]

В пункте 11 информационного письма Высшего арбитражного суда Российской Федерации № С5-7/УЗ-901 от 10.08.1999г. обычай делового оборота был указан в качестве источника оценки аналогичных сделок при оспаривании сделок, совершённых кредитными организациями в ходе процедуры банкротства. [15]

Безусловно интересным было указание Пленума Высшего арбитражного суда в абзаце третьем пункта 7 его постановлений № 16 от 14.03.2014г. по поводу определений условий договора в отсутствии этих самых условий в тексте договора: «В силу пункта 5 статьи 421 и пункта 2 статьи 427 ГК РФ в случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, а условие договора не определено сторонами или

диспозитивной нормой, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев, если они отвечают требованиям, установленным статьей 5 ГК РФ».[42]

И только в 2005 году Верховный Суд Российской Федерации впервые обратился к исследуемому явлению, в пункте 7 постановления Пленума ВС РФ № 3 от 24.02.2005г. обычай делового оборота был признан реальным явлением в вопросе распространения порочащих честь и достоинство сведений.[43]

Очень важной вехой для интересующей нас темы стало постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 25 от 23.06.2015.[44] В его пункте втором была дана развернутая характеристика:

«Под обычаем, который в силу статьи 5 ГК РФ может быть применен судом при разрешении гражданско-правового спора, следует понимать не предусмотренное законодательством, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое правило поведения при установлении и осуществлении гражданских прав и исполнении гражданских обязанностей не только в предпринимательской, но и иной деятельности, например, определение гражданами порядка пользования общим имуществом, исполнение тех или иных обязательств.

Подлежит применению обычай как зафиксированный в каком-либо документе (опубликованный в печати, изложенный в решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, засвидетельствованный Торгово-промышленной палатой Российской Федерации), так и существующий независимо от такой фиксации. Доказать существование обычая должна сторона, которая на него ссылается (статья 56 ГПК РФ, статья 65 АПК РФ)». [2] Стоит обратить внимание, что эта позиция сняла с Торгово-промышленной палаты статус единственного источника трактовки и оценки явления как обычай.

В обзоре № 2 за 2016 году Президиум Верховного Суда Российской Федерации отметил ошибку суда первой инстанции. В пункте 5 этого обзора указывалось на дело, по которому судом первой инстанции описывался имущественный вред, противоречащий нормам морали и обычаям делового оборота. Конструкция разумно была признана Верховным Судом слабой и решение суда первой инстанции было отменено.

Вызывает интерес отдельные моменты индивидуальной судебной практики. Да, законодательство Российской Федерации не приемлет прямого прецедентного права, но возможность иного судьи проанализировать логические связи и позицию тех самых не прецедентных иных, выдержавших пересмотр, судебных актов может и должна послужить достойной базой для принятия анализирующим эти прежние акты судьей безусловно своего самостоятельного итогового решения. Не надо путать помощь с бременем.

К тому же, у нас есть пункт пятый части три статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации о допустимости прямого указания высшего судебного органа на прецедента в вопросе пересмотра судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам: «новыми обстоятельствами являются: ... определение либо изменение в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте Верховного Суда Российской Федерации содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства». Напомним, что до гибели в 2014 году в рамках арбитражного судебного процесса высшим органом был мудрый Высший арбитражный суд Российской Федерации. Вот у него и было постановление Президиума № 14914/13 от 22.04.2014 со следующими рекомендациями и оговоркой о допустимости прецедента в аналогичных ситуациях.[38] Сначала следовало общее резюме: «Президиум полагает, что суды не приняли во

внимание, что в целях оптимизации международного торгового оборота и координации гражданско-правовых отношений субъектов, находящихся в разных юрисдикциях и участвующих во внешнеэкономических операциях, сформировались определенные международные торговые обычаи, регламентирующие отношения сторон в рамках подобных комплексных международных торговых отношений». Далее шли ссылки на нашу главную статью пятую и на пункт шестой статьи 1211 Гражданского кодекса. И в заключении указывалось на конкретику: «обычаи, регулирующие отношения сторон по поставке товаров в рамках внешнеэкономических сделок и распределение рисков сторон, систематизированы Международной торговой палатой (МТП) и издаются в виде сборников Международных правил по толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС), которые применяются сторонами на основе автономии воли при включении соответствующих обычаев в договор (контракт) в качестве его условий». Особо отметим, что данная формулировка не упоминала Торгово-промышленную палату Российской Федерации как разрешительную прокладку между Инкотермс и правоприменительной практикой.

Из частных случаев очень интересным выступает позиция одного из десятков актов апелляционного суда по эпичному (началось в 2016 и не закончено до сих пор) банк ротному делу № А40-12417/2016.[39] Так вот, в определении Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.02.2020 этот суд сначала выявил обычай делового оборота в деятельности банка: «Согласно уставу (п. 1.6) у Банка имелась печать. Данная печать была использована при составлении всех документов, оформляющих кредитные и обеспечительные правоотношения, ... Таким образом, в рассматриваемом случае наличие в документе печати являлся обычаем делового оборота, принятым в отношениях между сторонами сделки». А затем на фоне выявленного обычая установил, что «в рассматриваемом случае

волеизъявление печатью заверено не было, в связи с чем суд правомерно констатировал нарушение правила делового оборота».

Хорошим примером обращения к обычаю следует считать вывод Управления Федеральной антимонопольной службы России по Омской области из ее решения от 28.05.2015 за № 03-10.1/177-2015: «Аббревиатура США считается общепризнанным официальным и неофициальным наименованием страны Соединенные Штаты Америки (США), наименование США в качестве обозначения иных государств (стран) на территории Российской Федерации не используется и не применяется.[53] ... Исходя из принципа обеспечения конкуренции (статьи 6 и 8 Федерального закона о контрактной системе), Комиссия считает необходимым отметить, что указание участниками закупок общеупотребительных сокращений наименований стран (в том числе аббревиатуры), например, США в некоторых случаях позволяет комиссиям заказчиков, уполномоченных органов сделать вывод о том, страной происхождения товара являются соответственно СОЕДИНЕННЫЕ ШТАТЫ или Соединенные Штаты Америки. При этом Комиссия считает, что также в силу обычая (практики делового оборота) эти обстоятельства должны быть для соответствующей комиссии очевидными и понятными».

Иногда обычай настолько внедряется в деловую жизнь, что воспринимается абсолютным большинством как неотъемлемая часть нормативного пространства, на деле таковым не являясь. Примером выступает дело № А41-77534/2019, по которому обычаем делового оборота признана повсеместная практика назначения заместителя руководителя исполняющим обязанности руководителя юридического лица на период отсутствия номинального руководителя даже при отсутствии в учредительных документах прямого указания на подобную замену.[36] Следует указать, что нюанс по указанному делу состоял в отсутствии доверенности от руководителя на заместителя при том, что суд признал

действия не опосредованного доверенностью физического лица законными действиями от имени юридического лица по нормам права о действиях руководителя без доверенности. И, при этом, по делу № А40-260794/2018 в кассационном определении № Ф05-11040/2019 от 16.07.2019 передачу товара третьему лицу без доверенности суд не признал обычаем делового оборота.[37]

Обычаем можно и раздавить. Так, по делу № А78-13006/2019 суд признал заоблачно огромную неустойку тем самым обычаем: «Согласованный сторонами в договоре размер неустойки (0,3% от неуплаченной суммы за каждый день просрочки) не является заведомо чрезмерно высоким по правилам делового оборота». Уму не постижимо как при официальной учетной банковской ставке в 0,023% за каждый день разумной признано тринадцатикратное превышение.[55]

Попытка защититься путем ссылки на обычай делового оборота не проходит, если суд признает заявленный обычай противоречащим законодательству, что и предусмотрено пунктом вторым статьи 5 Гражданского Кодекса Российской Федерации. Вот что указано в апелляционном определении от 23.05.2017 по делу № 33-10994/2017 Верховного суда Республики Башкортостан: «Довод жалобы, что согласно обычаям делового оборота предоставление потребительского кредита на приобретаемый автомобиль в любом Банке предусматривает перечисление суммы кредита в адрес продавца автомобиля судебная коллегия полагает необоснованной. [1] ... В соответствии с пунктом 3 статьи 154 ГК РФ для заключения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка). Между тем, поскольку в данном случае имеются противоречия обязательным для сторон положениям законодательства, то обычаи делового оборота не могут быть применены». Хотя, следует признать, что в данном случае суд фактически признал, что порочная банковская практика повсеместна (а иначе не была бы выявленным

судом обычаем), но незаконна только в одном единственном случае. Странно, но так естественно для российского судебного пространства.

И даже одобрение обеих сторон отдельного явления как обычая делового оборота не упрощает ситуацию. В отдельных случаях трудно согласиться с логикой судов, одобряющих аналогично трудно понимаемую логику участников отношений. Так, по делу № А40-320351/2019 суд согласился признать правилом делового оборота банальное договорное условие: «Согласно п. 6.1 договора, при нарушении сроков оплаты поставщик расценивает это как нарушение правил делового оборота и вправе прекратить дальнейшее сотрудничество в части исполнения своих обязанностей по договору».[54] Как и каким образом можно было фактически статью 310 Гражданского кодекса Российской Федерации о недопустимости одностороннего отказа от обязательств признать обычаем. И это на фоне фиксации сторонами сделки указанной формулировки об обычае как согласованное сторонами условие договора, что опять выводит нас на норму права в виде статьи 432 того же кодекса. Две традиционные и максимально популярные в вопросах договорного права статьи стали обычаем.

В судебной практике встречаются и иные решения, трудно осознаваемые с точки зрения линейной формальной логики. По одному из решений Уральская Торгово-промышленная палата объявила обычаем делового оборота скреплять (сшивать) многостраничные договоры. В другом случае та же палата как обычай делового оборота определила процедуру подписи каждого листа договора всеми участниками сделки. В данном случае указанные установления более похожи на рекомендации по заполнению документов во избежание проблем.

К сожалению, не получилось выявить точную ссылку на конкретный номер судебного постановления, но в средствах массовой информации указывалось крайне увлекательный случай в одном районном суде г.

Екатеринбурга, когда в ходе рассмотрения гражданского спора судья отвергла документ как недостоверное доказательство, указав, что все страницы, кроме одной, подписаны одной ручкой, и только одна страница - другой ручкой, что нарушает обычай делового оборота подписывать все листы одного документа одной ручкой (а что, если от нервности человеческой или надломленности механической первая ручка сломалась). Опять же, похоже на подмену понятий из столь не популярной в российском судебном пространстве науки Логика: вместо обсуждения вопроса о разнице во времени подписания отдельных листов документа суд решил весь документ изъять из доказательственной базы.

Как видно из вышеприведённой части исследования, правоприменительная практика на прямую страдает в несовершенства формулировки базовой статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации и более корректная определение указанного понятия существенно облегчило бы работу судебной системы и понимания исследуемого понятия со стороны обычных пользователей права.

Глава 3 Перспективы развития обычая делового оборота

3.1 Развитие правового института обычая делового оборота на современном этапе

Специфика обычая делового оборота в рамках российского правового пространства обусловлена достаточно ограниченной сферой применения. Однако, в очередной раз напомним, что сам по себе правовой институт обычая носит фундаментальный характер, хотя бы, как предпосылка и один из источников государственного права.

К тому же, не стоит забывать, что до суда доходит только незначительная часть предпринимательских отношений, в которых использовался обычай делового оборота. Одной из причин этого дисбаланса между существенным применением в повседневной жизни и несущественной долей отражения в судебной практике можно указать на сферу применения обычая делового оборота.

Точнее сказать «сфер применения», так как в качестве таковых выступают две несоразмерные области права. Прежде всего международная торговля с ее повсеместным и активным использованием Инкотермс. В этой области обычаи делового оборота не только существовали и применялись на практике до принятия Гражданского кодекса Российской Федерации в 1994 году, но и до этого, с самого начала появления новой попытки государственности Великой России в виде ныне существующей Российской Федерации. Причем, следует отметить, что эта самая практика применения основывалась не на наследии канувшего в Лету Союза Советских Социалистических Республик с входившей в ее состав условно государственной Российской Республикой, а на основе невозможности той самой международной торговли вне использования терминов и формулировок Инкотермс.

Более того, в своем развитии Инкотермс в последней редакции 2010 года признал допустимость использования своей терминологии во внутреннем гражданском обороте государств. То есть, эта квинтэссенция торжества обычая делового оборота торжественно шествует по всемирному правовому пространству постоянно расширяя сферы своего влияния.

Из международного опыта развития обычаев делового оборота важным фактором выступает корпоративное право, но для Российской Федерации это пока что не актуально: и на внутреннем рынке труда корпоративный дух не развит, и экспансия международных корпораций существенно замедлилась (спасибо санкциям за это).

В противовес международной торговле, иной существенной сферой применения обычаев выступает мелкая повседневная торговля. Те самые повседневные сделки как простых участников гражданского оборота, так и профессионалов торговли. Под термином «простые участники» в данном случае имеются ввиду физические и юридические лица, не относящиеся к сфере профессиональной торговой деятельности, то есть не занимающиеся предпринимательской деятельностью по купле-продаже товаров в значении статьи второй Гражданского кодекса Российской Федерации как средство постоянного получения прибыли. Соответственно, к профессионалам относятся физические и юридические лица, но уже избравшие торговлю как существенный или основной источник получения финансовых (да не скатимся мы к меновой торговле по воле безумных властителей мира) средств к существованию.

Так вот, основное большинство повседневных торговых операций осуществляется на основе минимального документального оформления. Те самые договора, которые если и появляются, то на бланках или по самым примитивным в правовом плане образцам. Без какой-либо попытки вникнуть в текст, осознать необходимость подробно оговаривать условия. И не только торговля, легион расписок вместо договоров займа по финансовым

операциям. Ладно, эти огрызки правовых документов один-три абзаца, а многостраничные документы, которые все везде всегда применяют, не вчитываясь в суть. Речь идет о составлении уставов и иных учредительных документов хозяйственных обществ, там десятков листов, из которых абсолютное большинство пользователей воспринимает только первый лист с установочными данными: название и адрес. Ну, особо дотошные еще виды деятельности вспоминают.

Весь этот однозначно огромный объем безразличия к правовой сути документов основан на поведенческом императиве участников отношений по общему принципу: все так всегда делают. Что суть описание общей концепции обычая делового оборота.

Да, государство пытается спасти не столько граждан, сколько самоё себя в плане судебного процесса. Направление государственной деятельности в области нормативного закрепления общих условий постоянно совершенствуется и расширяется. Медленно и порою странно, но хоть как-то.

По тем же самым уставам хозяйственных обществ. Закон № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» как самый распространенный вариант начала законной хозяйственной деятельности был принят в 1998 году, что уже само по себе оперативно – Государство с момента своего появления думало всего каких-то девять лет над хоть какой-то нормализацией хозяйственной деятельности. Естественно, задумка вышла не совершенной, думали то мало. Естественно, абсолютная масса принудительных пользователей этого закона абсолютно не понимала смысл такого объема информации в изначально простой схеме: собрались двое единомышленников, им бы зарегистрироваться побыстрее без заморочек и начать законно работать, а все споры они решат между собой полюбовно, не заглядывая в устав. Естественно, Государство же и глумилось над этими гражданами в лице регистрирующих органов [35], требуя переписывать в устав почти весь закон. Те самые десять листов бессмысленной информации.

Бессмысленной, потому как нормы закона действуют вне зависимости от того, указаны они в личном отдельно взятом уставе или нет. Любой здравомыслящий и практикующий юрист сразу по прочтении очередного нормотворческого законодательного шедевра осознавал бессмысленность переписывания закона. Множество активно мыслящих юристов предлагали формы учредительных документов с минимально необходимой и достаточной информацией, а всё остальное описывать мудро и коротко по одной единственной ссылке на действие всех иных условий из закона. И родное Государство незамедлительно, всего по прошествии семнадцати лет признало народную мудрость и в 2015 году внесло изменение в пункт второй статьи 11 закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» в части возможности обращаться к типовым уставам. Не лишним будет уточнить, что тот самый типовой устав появился только в 2018 года как приложение к приказу Министерства экономического развития Российской Федерации № 411 от 01.08.2018, то есть по прошествии двадцати лет от принятия первичного закона. Ну как, появился, в силу вступил в середине 2019 года.

Достаточное подробное внимание к теме типовых уставов хозяйственных обществ вызвана непосредственно темой данной работы. В самом деле, если смотреть на ситуацию с точки зрения обычая делового оборота, то вырисовывается интересная схема. С одной стороны, сразу после появления первичной редакции закона в 1998 году предпринимательское сообщество начало формировать практику полного безразличия к нюансам составления учредительных документов, ограничиваясь не своим, по сути отсутствующим, интересом, а пытаясь с минимальными усилиями выполнить очередные барьерные условия власти. Соответственно, и составлялись уставы путем переписывания закона, а учредительные договора содержали только те условия, которые требовали регистрирующие органы, а не интересы предпринимателей.

За более чем десятилетний срок применения закона тема окончательно утряслась и приобрела стойкий характер использования шаблонов с минимальным вмешательством заказчика-предпринимателя. Сформировался классический обычай делового оборота – полагаться на текст закона и не мудрить.

Да, минимальный процент пользователей закона был склонен работать над текстом учредительных документов. Созданные такими инициаторами уставы содержали особенности и нюансы, касающиеся изначально обозначенных интересов развития и особенно руководства создаваемого бизнеса. Еще меньшая часть пользователей закона внимательно относилась к учредительному договору общества с ограниченной ответственностью, осознавая реальную силу этого документа по формированию четких правил поведения участников не только на момент создания общества, но и для дальнейшего нормального сосуществования на этапе развития и, что особо важно, выхода на прибыльность бизнеса с решением вопроса эту прибыль распределить.

И все же, подавляющее большинство создателей общества сутью устава и учредительного договора не интересовались и им это было не нужно. Вот власть неожиданно это и заметила. И появилась законодательное закрепление уже сформированного обычая делового оборота. С момента легализации типового устава сформированное правоприменительной практикой безразличие к учредительным документам хозяйственного общества стало нормой закона. Что особенно важно: эта норма закона улучшила ситуацию в сфере регистрации хозяйственных обществ, всем законопослушным участникам этих отношений стало легче. Инициаторы бизнеса освободились от бессмысленной траты ресурсов, нагрузка на регистрирующие органы уменьшилась, предполагаемые в будущем споры получили единство подхода. Да, возможно, отдельные сотрудники регистрирующих органов утратили часть своего влияния и удовольствия от

издевательств над бизнесом, но, как указывалось выше, речь о законопослушных участниках.

Но, данный конкретный пример интересен своей альтернативой. Вопреки общепризнанному пути закрепления норм обычая делового оборота в законе на основании государственного анализа и признания длительное время формировавшегося порядка, в данном конкретном случае законодатель мог додуматься до типового устава в самом начале, в первой редакции закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», ничего сверхъестественного и мистического нет в понимании ненужности этой мишуры для абсолютного большинства пользователей закона, им бы побыстрее пройти этап регистрации. То есть, при должной осмотрительности законотворцев в одной узко специализированной ситуации обычай делового оборота мог не появиться в принципе.

То есть, одной из перспектив развития института обычая делового оборота, как это ни парадоксально звучит, выступает потенция законодателя предугадать пути и причины появления таковых обычаев при создании очередного изначально сырого законопроекта.

Другим перспективным направлением выступает формирование единого справочного документа по уже выявленным в ходе судебной, а особенно вне судебной практики, обычаям делового оборота. Работа эта уже ведется и достаточно давно. Так, узко отраслевой «свод обычаев и правил делового оборота рекламы на территории Российской Федерации» был принят на заседании Общественного совета по рекламе еще 14.11.1997г. [58]. Есть в этой области более солидный по обработке первичных данных документ, такой как «Глоссарий страховых терминов, используемых при проведении страховых операций», подготовленный Международной финансовой корпорацией (IFC, член Группы Всемирного банка) в 2008 году.[6]

Достаточно известная в узких кругах столичная юридическая фирма «Пепеляев групп» многие годы проталкивает идею Свода обычаев делового оборота именно в предпринимательской сфере. Озвучена идея на «Конференцию-дискуссию о взаимодействии юридических служб компаний и юридических консультантов «Вместе весело шагать»», состоявшейся 14.02.2019 в Москве [25].

Как указывал управляющий партнер этой фирмы, Сергей Пепеляев в своей аннотации этот свод обычаев делового оборота предполагает достаточно широкое применение. Прежде всего, к нему могут обращаться те лица и структуры, которые сталкиваются в повседневной предпринимательской деятельности с ситуацией отсутствия регламентации тех или иных отношений. Другой сферой применения по аналогии с внешнеторговым Инкотермс может выступать общая ссылка на Свод в контрактах, дабы облегчить текст документа, при этом учтя все обычные для конкретной деятельности ситуации. Еще одним направлением применения Свода должно выступать его использование при разрешении споров, это то самое направление, которое провалила Торгово-промышленная палата Российской Федерации, как бы изначально предполагавшаяся к привлечению в спорах по этой тематике, но не оправдавшая возложенных государством задач.

К слову, о многострадальной Палате, нельзя назвать направлением развития, но безусловно государству необходимо озадачиться выводом из сферы толкования обычаев делового оборота той самой Торгово-промышленной палаты Российской Федерации. Ну, не смогло у них организовать достойный уважения процесс на местах, в том числе и в интересующей нас области анализа и толкования обычаев делового оборота.

Важным направлением развития института обычая делового оборота усматривается в совершенствовании законодательства в части уже зафиксированного в нем внимания к всевозможным обычаям.

3.2 Разнотчения нормотворчества

Необходимость совершенствования законодательства в обозначенной магистрантом теме наглядно усматривается в разнообразии применяемых законодателем понятий, касающихся обычая вообще и обычая делового оборота в частности.

Наиболее ярко разнообразие представлено в Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации, принятого 30.04.1999г. Как бы удивительно это не выглядело, но в базовой главе I Общие положения законодатель не посчитал нужным отразить относимость к теме кодекса обычая при том, что по тексту документа обычай всплывает неоднократно и в разнообразном виде, едва ли не в большем количестве, чем все иные кодексы вместе взятые.

И так, для этого кодекса обычай не является источником права в Общей части. Первичное закрепление обычая делового оборота происходит в статье 138 Кодекса торгового мореплавания (пункт 1) в частном случае о перевозке груза на палубе, хотя ранее, в пункте 2 статьи 70 уже отметился морской обычай по трагическому случаю погребения ела умершего в морской пучине. Таким образом, законодатель в этом кодексе признает различие сфер применения обычаев, когда есть место житейскому обычаю и обычаю делового оборота. Признает, но не раскрывает свое видение как различия, так и описания понятий.

Отсутствие описания становится существенным недостатком с появлением в тексте кодекса новых форм обычая. Так, в еще раз предшествующей статье 138 норме, пункт 2 статьи 129 Кодекса торгового мореплавания вводится понятие обычая конкретного порта. Отсутствие того самого описания и закрепления в общей части кодекса ставит вопрос относимости нового понятия к житейскому или деловому обороту, а может быть это какой-то третий вид сферы применения обычая ? Третий вариант

усложняет схему исследуемого правового института и вызывает неудовольствие Уильяма, нашего дорогого, Оккамы, который тянется к своей Великой Бритве. Но, эта бритва бессильна перед мощью российского законодателя, потому как в Кодексе торгового мореплавания есть еще и пункт 2 статьи 285, вводящий новое понятие: международные обычаи торгового мореплавания. То есть, это для законодателя что-то отличное от предыдущих трех понятий. И что бы окончательно прояснить свое отношение к Великой Бритве российский законодатель вколачивает в подпункте 1 пункта 2 статьи 297 и пункте 1 статьи 414 просто «обычай торгового мореплавания», который вроде бы как не международный из статьи 285.

Последнее сомнение вызвано анализом соотношения статей 285 и 297 Кодекса торгового мореплавания. Если в статье 285 в качестве обычая прямо указываются Йорк-Антверпенские правила, то в статье 297 любые правила признаются отличным от обычая самостоятельным понятием. При этом, единство правил и обычая закреплено законодателем и в иных законах, так, в статье 23 закона № 173-ФЗ от 10.12.2003 «О валютном регулировании и валютном контроле» обычай делового оборота объединен с правилами бухгалтерского учета.[67]

Что особо значимо, так это оценка ситуации во времени: всё вышеуказанное разнообразие появилось в первой редакции кодекса, в 1999 году и на протяжении последующих двадцати трех лет не вызывало беспокойства у законодателя.

Оговорка об оценке во времени актуальна, так как в иных случаях законодатель вполне готов вносить изменения в законодательные акты под давлением того самого времени. Так, при очередных изменениях части первой Налоговый кодекс Российской Федерации в 2011 года обзавелся ссылкой на обычай делового оборота, это была новая статья 105.5 с ее подпунктом 2 пункта 4 и подпунктом 1 пункта 12 по поводу оценки

сопоставимости сделок. В части второй Налогового кодекса Российской Федерации так же не сразу при введении в действие в 2000 году, а в изменениях 2005 года упоминается обычай делового оборота в абзаце четвертом пункта 1 статьи 252 и в пункте 2 статьи 309.1. Редкий случай, когда критика отсутствует – естественно, что в налоговой сфере действует обычай именно делового оборота, да и понятие единое, не как в Кодексе торгового мореплавания.

Однако, законодатель даже единое понятие может обременить странностью. Так, при изменениях 2011 года в законе № 127-ФЗ от 26.10.2002г. «О несостоятельности (банкротстве)» в пункте 2 новой статьи 189.6 ссылка на обычай делового оборота была ограничена исключительно применимостью к оценке добросовестности строго кредитных кооперативов. Либо законодатель не предусматривает добросовестность у иных хозяйствующих субъектов, либо для иных хозяйствующих субъектов не нашлось возможность обращаться к обычаю. При этом, тот же законодатель в законе № 135-ФЗ от 26.07.2006г. «О защите конкуренции» тему добросовестности в ее взаимосвязи с обычаем делового оборота распространяет на всех субъектов конкуренции, без ограничений одним типом кооперативов.

По поводу оговорок при ссылках на обычай стоит отметить два процессуальных кодекса из 2002 года. И так, Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации в части 1 статьи 11 указал, что «суд разрешает гражданские дела, исходя из обычаев делового оборота в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами». Довольно странная конструкция с применением бланкетной отсылки. Само понятие бланкетной отсылки подразумевает наличие ограниченного количества нормативных документов, допускающих какое-либо событие в противовес иному количеству нормативных документов не разрешающих прямо или по умолчанию то же событие. Но, у нас есть статья 5 Гражданского кодекса

Российской Федерации, которая распространяется на все гражданские отношения, которые, в свою очередь, и обслуживает Гражданский процессуальный кодекс. То есть, с объединением обоих норм в расширенное описание получаем, что норма процессуального кодекса ограничивает применение обычая всеми гражданскими отношениями или, в двух словах: ограничивает безграничностью. Если уж законодателю и потребовалось в обязательном порядке вставить бланкетную норму в статью 11 Гражданского процессуального кодекса, то это надо было делать в противоположном векторе, ограничение, типа: ... за исключением случаев, когда применение указанных обычаев запрещено нормативными актами. Спорная с точки зрения необходимости формулировка, но хотя бы не противоречащая внутренней логике построения общей системы права.

Аналогичная оговорка появилась и в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации. Отразив в части первой статьи 13 право арбитражным судам применять обычай делового оборота только «в случаях, предусмотренных федеральным законом» законодатель так же не учел всеобъемлемость статьи 5 Гражданского кодекса. И, казалось бы, понятно единство, всё таки в один год приняли и по одной сфере, процессуальной. Но, заметим, что против гражданско-процессуального «нормативного акта» арбитражный процесс еще более ужесточил критерий, указав исключительно федеральный закон, что прямо противоречит требованию пункта 6 статьи 2 того же Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации о бремени судов формировать обычаи делового оборота. Вот и получается, что судебная практика из статьи 2 это не федеральный закон из статьи 13 и кодекс требует от судей преодолевать своё же ограничение по источникам появления обычая.

Особо удивительным ограничение по федеральным законам выглядит на фоне ранее упоминавшегося нормативно-правового мутанта в виде Торгово-промышленной палаты Российской Федерации. Повторим, сама

Палата основана на федеральном законе, но сама она не орган власти и, как бы, независимая от государства. То есть, постановления палаты совсем не федеральный закон. И при этом, именно палата наделена правом трактовать обычай и именно палата странным образом и явно неудачно легализует Инкотермс. Трактовать то, что не в состоянии описать. Так, постановление Палаты 2001 года вводило термин «торговый обычай», который не соответствовал понятию статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации термином «обычай делового оборота». Далее, передела самой сменой в 2012 году понятия из статьи 5 Гражданского кодекса до общего «обычая» Палата в своем постановлении 2012 года условно как бы подразумевала, что ею придуманный в 2001 года «торговый обычай» идентичен варианту первичной редакции статьи 5 Гражданского кодекса, тому самому «обычаю делового оборота». При этом, базовый термин Кодекса указывается Палатой как второстепенный вариант их мудрой, хотя и не раскрытой придумки. Заметим, что не требуется повышенного уровня знаний законов науки Логика, что бы осознать простую истину: понятийное множество «торговля» явно входит в более широкое множество «деловой оборот».

Есть у законодателя и иная крайность. Во взаимосвязанном с арбитражным процессом третейском разбирательстве есть закон № 102-ФЗ от 24.07.2002г. «О третейских судах в Российской Федерации»[68]. Сама формулировка пункта 3 статьи 6 этого закона возвеличивает исследуемый институт как никакой иной нормативный акт, вот прямо так и звучит: «Третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом обычаев делового оборота». То есть, есть договор и обычай, всё остальное вторично. Хотя, сам закон стал зомби российского правового пространства (и умер и не похоронен) в связи с появлением новой реинкарнации в виде закона № 382-ФЗ от 29.12.2015г.[71] «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации». К слову,

упоминание арбитража в сфере, приближенной к арбитражному процессу из кодекса трудно назвать удачной придумкой.

Отдельно стоит указать на использование в нормативных актах введенного с 2012 года в статью 5 Гражданского кодекса Российской Федерации более общего понятия «обычай». Так, в ныне действующей редакции статьи 309 указанного кодекса о бремени исполнения обязательств изначальный термин «обычай делового оборота» был системно заменен на «обычай», но, естественно, законодатель подразумевал в этом случае как первоначальное значение, так и иные виды обычая. В данном случае расширение уместно, так как обязательство может фигурировать и вне предпринимательской сферы. Аналогично ситуация складывается с заменой понятий в иных изначально использовавших узко предпринимательскую форму статьях, таких как статьи 311-316 указанного кодекса об исполнении обязательств. Либо во вновь появившихся после 2012 года статьях, таких как статья 309.2

Наряду с этим, использование общего термина «обычай» в нормах, затрагивающие именно предпринимательскую деятельность, в замен как раз для предпринимательской деятельности и придуманного «обычая делового оборота» нельзя признать обоснованным. Так, во вновь появившаяся после новации 2012 года и касающихся делового оборота нормах, таких как статьи 165.1 или 429.2 Гражданского кодекса Российской Федерации, было бы логичным воспроизвести именно «обычай делового оборота», а не общее родовое понятие. Но, ситуация замены касалась и норм, появившихся до 2012 года и использовавших первичное узкое значение. К таким нормам относиться, допустим, статья 406 указанного кодекса о просрочке кредитора – уж если речь о кредиторе, то это деловой оборот и обычай должен быть соответствующий, а не общий. Аналогично в статье 421 этого кодекса о свободе договора, который суть акт делового оборота и уж тем более в статье

427 того же кодекса о примерных условиях договора – самое родное место для обычая именно делового оборота.

В теме неоправданной замены узкого понятия на более общее стоит указать и статью 368 Гражданского кодекса. Изначально эта норма касалась только банковской гарантии и не предусматривала ссылку на обычай. В ходе очередной модернизации законодательства в 2015 году была введена более общая форма гарантии и использовано понятие «обычай». Но, сама суть гарантии осталась в предпринимательской сфере деятельности и логично было бы использование относящегося к этой сфере понятия «обычай делового оборота».

Еще одним интересным моментом выступает не совсем стройная позиция государства по определению места обычая в законодательстве. Так, статья 6 Гражданского кодекса Российской Федерации про аналогию дает структуру последовательного понижения статуса фиксированности используемых источников права: «1. В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулиющее сходные отношения (аналогия закона). 2. При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.». Получаем следующую структуру:

- нормы гражданского законодательства;
- соглашение сторон, естественно, не противоречащее закону;
- обычай;
- нормы иного законодательства (аналогия закона);

- общие начала и смысла гражданского законодательства (аналогия права);
- требований добросовестности, разумности и справедливости.

Вот третье место обычая, предшествующее нормам из иных областей права, и вызывает недопонимание. Получается, что тот самый странный «торговый обычай» от правового нюанса в форме Торгово-промышленной палаты Российской Федерации это не обычай гражданского оборота. Как не обычай гражданского оборота и весь букет всевозможно разных в своей неопределенности обычаев из Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации. Получается, при дефиците нормоприменения пользователь после закона должен искать обычай, а не найдя таковой должен искать закон-аналогию. А как тогда быть при гипотетическом наличии конфликта обычая из гражданского закона с обычаем из нормы права смежной сферы законодательства? В этом конфликте обычай будет выше закона-анalogии? Вроде бы, в силу условий пункта второго статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации обычай не должен быть выше закона. Но, как говорил Великий Че Российской политики, уважаемый Черномырдин Виктор Степанович [60], собака порылась в ранее установленной системе последовательного понижения правовой значимости используемого инструментария, а равно в формулировке пункта второго нашей главной статьи. В том самом пункте втором статьи пятой указано на «обязательные положения» конкретно взятых отношений, тогда как «соседний» закон аналогии, а уж тем более аналогия права не созданы законодателем для тех самых конкретно взятых отношений. То есть, по конструкции нашей главной нормы, статьи пятой, обычай из пункта первого является составной частью конкретно взятых отношений одной области права, входит в систему этой отрасли, тогда как «соседний» закон для аналогии выходит за рамки первичной области права. Тем самым, при использовании обычая первичной

области права ситуация не опускается на уровень аналогии иной области права и просто не доходит до коллизии права.

Есть признаки конфликта и между формулировками статей 427 и 438 Гражданского кодекса Российской Федерации. В пункте втором статьи 427 указано, что «в случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев», а в пункте втором статьи 438 говорится следующее «молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, соглашения сторон, обычая или из прежних деловых отношений сторон». То есть, имеет место отсылка к ранее принятому документу. В одном случае к такому документу относятся общие примерные условия (статья 427), а в другом случае в качестве ранее принятого документа выступает предыдущая сделка этих же сторон (статья 438). Правовая суть едина: есть ранее принятый юридический документ, обязательный для сторон. Документ, о котором стороны знают или должны знать при заключении новой сделки.

Соответственно, более уместно говорить о выявлении воли сторон на основании анализа этих самых предыдущих документов. А в таком случае, подобные документы имеют более высокое правовое значение, чем обычай именно в силу своей относимости к конкретно взятым сторонам конкретного отношения. Ситуация прошлого документа касается конкретно этих участников, тогда как ситуация обычая делового оборота конкретно к этим участникам ранее не применялась (как минимум, была не обязательной к применению). В данном случае обычай делового оборота, по мнению магистранта, должен следовать после указания на прошлый документ и не отождествляться с этим документом.

Заключение

Заявленный к исследованию в данной работе правовой институт безусловно вызывает интерес своей дуалистической природой. С одной стороны, обычай по отношению к нормам права и государственному регулированию является фундаментальным источником. С другой стороны, это стихийное проявления не контролируемого государством нормотворчества. И при этом, сама тема очень редко появляется в юридической литературе.

В качестве конструктивной критики прежде всего повторим уже озвученную ранее мысль о выводе с главенствующих позиций в области анализа и фиксации обычаев делового оборота Торгово-промышленной палаты Российской Федерации, которая потеряла, если когда-то и имела, главенствующие позиции в обозначенной сфере, согласно законодательному возложению на Палату этих функций в подпункте «н» пункта третьего статьи 15 Федерального закона № 5340-1 от 07.07.1993 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации». Эти не справились, нужен иной механизм помощи судьям и предпринимателям.

Вторым существенным моментом конструктивной критики следует указать рекомендацию законодателю навести порядок в систематизации терминов обычаев во всех нормативных актах, особенно в Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации.

И главным предложением считаем совершенствование базовой статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Напомним формулировку описания исследуемого института в пункте первом статьи 5 Гражданского кодекса: «не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе».

Сразу возникает претензия к формулировке «не предусмотренное законодательством», если учесть, что сама эта формулировка указана в Гражданском кодексе, который и есть тот самый законодательный акт. А есть же еще и часть 1 статьи 11 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации с ее «суд разрешает гражданские дела, исходя из обычаев делового оборота в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами». Вспомним и аналогичную тему Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации из части первой его статьи 13, там еще с оговоркой, что предусмотрено должно быть исключительно федеральными законами. Проблему в трактовках федерального ограничения и законодательного предусмотрения изящно оттеняет пункт 6 статьи 2 того же Арбитражного процессуального кодекса, в котором судам прямо ставится задача формировать обычаи делового оборота.

То есть, норма пункта первого статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации в расширенной трактовке становится юридической тавтологией типа: предусмотренное законодательством не предусмотренное законодательством.

Однозначно, формулировка требует уточнения. В этой связи для темы точности уместно было бы обратить внимание на определение из статьи 9 (2) Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров: При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли. Естественно, с корректировкой о торговле как таковой. Еще один штрих в точность формулировок добавляет статья 6 пункт В.2 Конвенции по охране промышленной собственности, указывающий «добросовестные и

устоявшихся торговые обычаи». В этой же Конвенции в статье 10.bis пункт 2 есть указание на «честные обычаи» как противовес недобросовестности.

В случае применения бритвы Уильяма Оккамы к пункту первому статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации оговорку о предпринимательской деятельности логично расширить до любой деятельности. Однако, исчезновение из указанной нормы именно обычая делового оборота при сохранении этого понятия в иных законодательных документах вызывает отдельный юридический дискомфорт, то есть и этот момент надо учитывать. Да и многообразие формулировок обычаев в Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации настойчиво намекает на необходимость оговорки о допустимости этого самого многообразия, не пытаясь его дотошно перечислять.

Уместно будет указать оценочный критерий достаточности из пункта второго постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 25 от 23 июня 2015 года «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Возвращаясь к добросовестности и «честному обычаю» из ооновской Конвенции по охране промышленной собственности не лишним будет и ту самую добросовестность отразить.

С учетом всего выше указанного по скромному мнению магистранта формулировка исследуемой статьи 5 Гражданского кодекса Российской Федерации выглядела бы более согласованно и гармонично в следующем варианте:

«1. Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области деятельности, не закрепленное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

2. Применяемый в предпринимательской области деятельности обычай именуется обычаем делового оборота или в иной формулировке, определяющей сферу существования обычая.

3. При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их отношениям обычая, о котором они знали или должны были знать, который достаточно широко и определенно известен и который постоянно соблюдается сторонами в отношениях данного рода в соответствующей области предпринимательской деятельности.

4. Обычай должен быть добросовестным. Обычай, противоречащий обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяется.»

Особо отметим, что предложенный вариант почти полностью состоит из компиляции нормативных документов в почти полном отсутствии творчества магистранта.

Список используемой литературы и используемых источников

1. Апелляционное определение от 23.05.2017 Верховного суда Республики Башкортостан по делу № 33-10994/2017 // Консультант плюс: справочно-правовая система.
2. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 25.12.2018)//Собрание законодательства РФ. - 29.07.2002. - № 30. - Ст. 3012.
3. Великие мысли великих людей, изд. АСТ, М.: 2017г. 208с.
4. Витер, А. М. Теоретический анализ понятия «источник права» / А. М. Витер, В. Ф. Анисимов. — Текст: непосредственный // Молодой ученый. — 2019. — № 20 (258). — С. 299-302. — URL: <https://moluch.ru/archive/258/58148/> (дата обращения: 05.06.2022).
5. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. М.: Территория будущего, 2005.
6. Глоссарий страховых терминов, используемых при проведении страховых операций; ИФС, Москва 2008; URL: https://mgimo.ru/upload/docs2/Russia_Insurance_Glossary2008.pdf (дата обращения: 11.04.2022).
7. Гражданский кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 30.11.94 № 51-ФЗ // Консультант плюс: справочно-правовая система.
8. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 03.08.2018) // Собрание законодательства РФ. - 18.11.2002. - № 46. - ст. 4532.
9. Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. М.: Международные отношения, 2004.
10. Дайси А.В. Основы государственного права Англии.: URL: https://fictionbook.ru/author/a_v_dayisi/osnoviy_gosudarstvennogo_prava_anglii_vv (дата обращения: 18.05.2022).

11. Дигесты Юстиниана. Перевод с латинского. Т. 1: Кн. 1 - 4 / Отв. ред.: Кофанов Л.Л.; Редкол.: Копылов А.В., Кулагина Е.В., Рудоквас А.Д., Савельев В.А. (Науч. ред.), Суханов Е.А. (Науч. ред.), Томсинов В.А. // Консультант плюс: справочно-правовая система.
12. Закон № 5340-1 от 07.07.1993 «О торгово–промышленных палатах в Российской Федерации» // Консультант плюс: справочно-правовая система.
13. Иванников И.А. Традиции: историко-правовой аспект / И.А. Иванников // История государства и права. – 2013.
14. Инкотермс 2010. Правила ICC по использованию национальных и международных торговых терминов / Incoterms 2010: ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms. - М.: Инфотропик Медиа, 2017. - 274с.
15. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 10.08.1999 № С5-7/УЗ-901 «О Федеральном законе «О реструктуризации кредитных организаций»» // Консультант плюс: справочно-правовая система.
16. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 №29 «Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» // Консультант плюс: справочно-правовая система.
17. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.12.1996 № 10 «Обзор практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» // Консультант плюс: справочно-правовая система.
18. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» // Консультант плюс: справочно-правовая система.
19. История отечественного государства и права: учебник / отв. ред. И.А. Исаев. - Москва: Проспект, 2012.

20. Источник права: проблема определения / О.А. Иванюк. // Журнал российского права. - 2007. - № 9.
21. Кашанина Т. В. Корпоративное право: учебное пособие для академического бакалавриата / Т. В. Кашанина. — Москва: Издательство Юрайт, 2019.
22. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации: Федеральный закон № 81-ФЗ [принят 30 апреля 1999 г. : в ред. ред. от 13 июля 2020 г.] // Собрание законодательства РФ. – 1999. – № 18. – Ст. 2207.
23. Козлова В.Н. Обычай делового оборота и деловое обыкновение: проблемы соотношения // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. - 2012. - № 12-2.
24. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 01.07.2020 N 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 01.07.2020, N 31, ст. 4398.
25. Конференция-дискуссия о взаимодействии юридической служб компаний и юридических консультантов «Вместе весело шагать»; Москва, 2019; URL: <https://www.rcca.com.ru/news/action1.shtml?id=1030&grid=2> (дата обращения: 26.05.2022).
26. Кочетыгова Н.Н. Правовой обычай как источник права России: на примере этнического правового обычая: диссертация. кандидата юридических наук: 12.00.01. - Москва, 2007. - 226 с.
27. Кузнецова С. С. Правовой обычай в концепции верховенства права в Индии и Южно-Африканской Республике (сравнительно-правовое исследование) // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2020. № 5.

28. Курс торгового права. В 4 т. Том I. Введение. Торговые деятели / Г. Ф. Шершеневич. — М.: Издательство Юрайт, 2018./ URL: https://mx3.urait.ru/uploads/pdf_review/9DD8C599-C9F4-4CF3-A96E632EA50D3497.pdf (дата обращения: 16.05.2022).

29. Ленин, В. И. В. И. Ленин. Полное собрание сочинений в 55 томах + 2 справочных тома (комплект из 57 книг) / В.И. Ленин. - М.: Государственное издательство политической литературы, 1976. - 199 с.

30. Марченко М.Н. //Источники права. Учебное пособие/ изд. Проспект. 773стр.

31. Налоговый кодекс Российской Федерации. Части первая и вторая. Текст с изменениями и дополнениями на 1 марта 2021 года (+ путеводитель по судебной практике) / В.А. Обручев – М. Эсмо. 2021 г. – 1087 с.

32. Некрасов М.А. научная статья Особенности становления правового обычая в российском праве // История государства и права. - 2008.

33. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, утверждены Верховным Советом СССР 31.05.1991 // Консультант плюс: справочно-правовая система.

34. Печников А.П. статья к вопросу о сущности правового обычая в российском гражданском праве (история и современность) // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. - 2011. - № 2.

35. Письмо Федеральной налоговой службы России от 04.07.2016 № ГД-4-14/11938@ «О направлении «Обзора судебной практики по спорам с участием регистрирующих органов № 2 (2016)»» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

36. Постановление от 13.10.2020 Десятого арбитражного апелляционного суда № 10АП-24138/2019 по делу № А41-77534/2019 // Консультант плюс: справочно-правовая система.

37. Постановление от 16.07.2019 Арбитражного суда Московской области № Ф05-11040/2019 по делу № А40-260794/2018 // Консультант плюс: справочно-правовая система.

38. Постановление от 22.04.2014 Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 14914/13 по делу № А51-17096/2012 // Консультант плюс: справочно-правовая система.

39. Постановление от 28.02.2020 Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-4407/2020 по делу № А40-12417/2016 // Консультант плюс: справочно-правовая система.

40. Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

41. Постановление Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

42. Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

43. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

44. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

45. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17.02.2011 № 10 «О некоторых вопросах

применения законодательства о залоге» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

46. Постановление Правления Торгово-промышленной палаты Российской Федерации от 28.06.2001 № 117-13 «Развитие законодательства о предпринимательстве и роль торгово-промышленных палат в этом процессе» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

47. Постановление Правления Торгово-промышленной палаты Российской Федерации от 28.06.2012 № 54-5 «О свидетельствовании торгового обычая (обычая делового оборота), принятого в Российской Федерации» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

48. Приказ Минфина России от 17.04.2014 № 115 «Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Министерства финансов Российской Федерации» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

49. Приказ Минэкономразвития России от 19.07.2019 № 439 «Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Министерства экономического развития Российской Федерации» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

50. Приказ Росреестра от 07.06.2021 № П/0247 «Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения федеральных государственных гражданских служащих Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

51. Пушкин А.С. Полтава 1828 / URL: <https://librebook.me/poltava>. (дата обращения: 18.05.2022).

52. Развитие научных представлений об источниках права: На примере источников гражданского права / О.М. Родионова // Правоведение. - 2005. - № 3.

53. Решение Омского Управления Федеральной антимонопольной службы России по Омской области от 28.05.2015 по делу № 03-10.1/177-2015 // Консультант плюс: справочно-правовая система.

54. Решение от 09.01.2020 Арбитражного суда города Москвы по делу А40-320351/2019// Консультант плюс: справочно-правовая система.

55. Решение от 28.01.2020 Арбитражного суда Забайкальского края по делу № А78-13006/2019 // Консультант плюс: справочно-правовая система.

56. Римское частное право: Казусы, иски, институты / Мануэль Хесус Гарсиа Гарридо [Перевод с испанского]; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. - М.: Статут, 2005.

57. Самоквасов Д.Я. история русского права, курс лекций <https://civil.consultant.ru/reprint/books/277>.

58. Свод обычаев и правил делового оборота рекламы на территории Российской Федерации; 1997, ОСП, URL: <http://www.riaria.ru/pdf/zakon/svod-obychaev-i-pravil-delovogo-oborota-reklamy-na-territorii-rossijskoj-federacii.pdf> (дата обращения: 11.04.2022).

59. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право: вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986.

60. «Так говорил Черномырдин»: о себе, о жизни, о России; Издательство: Эксмо, 2011 г.

61. Типовой кодекс этики и служебного поведения государственных служащих Российской Федерации и муниципальных служащих, одобрен решением президиума Совета при Президенте РФ по противодействию коррупции от 23 декабря 2010 г. (протокол № 21).

62. Трофимов Я.В. статья Правовой обычай и гражданское судопроизводство в современной России // Мировой судья. - 2012. - № 3.

63. Устав Организации Объединенных Наций (Принят в г. Сан-Франциско 26.06.1945) // Действующее международное право. Т. 1.- М.: Московский независимый институт международного права, 1996. С.7 - 33.

64. Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

65. Федеральный закон от 09.04.2009 № 54-ФЗ «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений и Протокола к Соглашению между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений». Вместе с «Соглашением между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений», заключенном в г. Пекине 09.11.2006. // Консультант плюс: справочно-правовая система.

66. Федеральный закон от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

67. Федеральный закон от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

68. Федеральный закон от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

69. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». // Консультант плюс: справочно-правовая система.

70. Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

71. Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» // Консультант плюс: справочно-правовая система.

72. Черных В.В., Цыкунов Г.А. Журнал: Вестник Восточно-Сибирского института Министерства внутренних дел Российской Федерации; Статья в выпуске: 4 (83) 2017.

73. Эрлих О. Основоположение социологии права / Пер. с нем. М. В. Антонова; Под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум», 2011 / URL: <https://www.hse.ru/data/2013/05/15/1299772387/Ehrlich%20layout.pdf>. (дата обращения: 18.05.2022).