

УДК 346.1

Поречный Егор Михайлович

бакалавр направления подготовки
«Прокурорская деятельность»
Санкт-Петербургский Юридический Институт
(Филиал) Университета Прокуратуры
Российской Федерации
Россия, Санкт-Петербург
egorikpor@mail.ru

Egor M. Porechny

Bachelor of the direction of training
«Prosecutor's activity»
Saint-Petersburg Law Institution (branch) of the
Academy of the Prosecutor General's Office of the
Russian Federation
Russia, Saint-Petersburg

Алексеев Никита Александрович

бакалавр направления подготовки
«Прокурорская деятельность»
Санкт-Петербургский Юридический Институт
(Филиал) Университета Прокуратуры
Российской Федерации
Россия, Санкт-Петербург
nikitaus2008@yandex.ru

Nikita A. Alekseev

Bachelor of the direction of training
«Prosecutor's activity»
Saint-Petersburg Law Institution (branch) of the
Academy of the Prosecutor General's Office of the
Russian Federation
Russia, Saint-Petersburg

**ОБЫЧАИ, ОБЫКНОВЕНИЯ И ЗАВЕДЕННЫЙ
ПОРЯДОК В СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОМ
АСПЕКТЕ**

**CUSTOM, USAGE, COURSE OF DEALING IN
COMPARATIVE LEGAL ASPECT**

Аннотация

Статья посвящена проблеме применения обычая, обычновения, заведенного порядка как источников предпринимательского права в правовой системе Российской Федерации. Целями статьи являются: проведение сравнительно – правового исследования зарубежных источников предпринимательского права на примере Германии и США, определение оптимального решения проблемы неполноты отечественного гражданского законодательства. В исследовании помимо общенаучных методов (анализ, аналогия,) применялись также и методы эмпирического исследования (сравнение, выборка, обобщение). Проведен анализ как зарубежного законодательства, так и практики применения обычаев, обычновений, заведенного порядка как источников предпринимательского права. Сделан вывод о том, что необходимо внести изменение в действующую редакцию Гражданского Кодекса Российской Федерации.

Ключевые слова:

обычай, обычновение, заведенный порядок, обычай делового оборота, источник права, предпринимательское право

Abstract

The article is devoted to the problem of applying customs, usages, and courses of dealing of business law in the legal system of the Russian Federation. The goals of the article are conducting a comparative legal study of foreign sources of business law on the example of Germany and the USA, determination of the optimal solution to the problem of incompleteness of domestic civil legislation. In the study, in addition to general scientific methods (analysis, analogy) methods of empirical research (comparison, selection, generalization) were also used. The analysis of both foreign legislation and the practice of customs, usages, and courses of dealing as sources of business law is carried out. It is concluded that it is necessary to amend the current version of the Civil Code of the Russian Federation.

Keywords:

custom, usage, course of dealing, customary business practices; source of law, business law

Гражданский Кодекс Российской Федерации является одним из самых прогрессивных и быстроразвивающихся документом во всем мире. Однако в нем

отсутствуют дефиниции таких важных институтов, как заведенный порядок, торговое обыкновения, а дефиницию «обычай делового оборота» приходится выводить из имеющейся нормы, закрепленной в статье 5 ГК РФ, что приводит к расширительному толкованию этой нормы. В нашем исследовании мы проанализируем опыт зарубежных стран по вопросу регулирования данных институтов и по итогам поставим вопрос о необходимости изменения положений статьи 5 ГК РФ.

Придем к анализу положения института «обычай делового оборота» в зарубежных странах. Первой страной, которую рассмотрим, будет Германия. Обратимся к Гражданскому Кодексу Германии (Bürgerliches Gesetzbuch) (BGB), который, в свою очередь, содержит интересующие нас аспекты регулирования института «обычай делового оборота». Так, в § 157 «Толкование договоров» указано: «Контракты следует толковать добросовестно, как требуется, с учетом обычаев» [6]. А § 242 «Добросовестное исполнение» говорит о том, что «Должник обязан добросовестно произвести исполнение, как требуется, с должным учетом обычаев» [6]. Также нельзя обойти стороной и Торговый Кодекс Германии (Handelsgesetzbuch), так в Разделе 346 данного нормативно-правового акта говорится: «Что касается значимости и последствий действий или бездействия, продавцы должны принимать во внимание обычаи и практику, применимые в торговле» [6].

Таким образом, мы можем прийти к выводу о том, что как Гражданский Кодекс, так и Торговый Кодекс Германии содержат указание в законе на возможность применения обычаев для регулирования определённого вида правоотношений. Теперь перейдем к анализу конкретных примеров. Так в Германии в случае использования в контракте пункта (например, доставка с завода) или аббревиатуры (например, CIP) значение декларации должно толковаться в соответствии с коммерческим использованием. Также в Германии распространена практика рукопожатий на крестьянских рынках скота. Обычаи гражданского оборота не должны противоречить доброй совести (Treu und Glauben) и принимаются во внимание во многих отношениях.

Таким образом, можно прийти к выводу о том, что гражданское законодательство Германии также, как и наше отечественное законодательство содержит лишь положения относительно «обычая» и «обычая делового оборота». А таким институтам как: «заведенный порядок» и «торговое обыкновение» в немецком

гражданском законодательстве по аналогии с нашим не уделено должного внимания, отсутствуют как дефиниции данных понятий, так и нормы бланкетного характера.

Теперь обратимся к правовому обычаю в США. В Единообразном Торговом Кодексе США (UNIFORM COMMERCIAL CODE) (далее – ЕТК) закреплено понятие «торгового обычкновения» (usage of trade): «это любая практика или метод ведения дел, имеющий такую регулярность соблюдения в определенном месте, специальности или торговле, оправдывающий ожидание того, что он будет соблюдаться в отношении данной сделки». В соответствии с § 1-201(3) ЕТК, обычкновения считаются частью юридически закрепленного соглашения участников сделки, которое должно быть соблюдено в соответствии с законом. Торговое обычкновение в системе торгового права служит серьезным регулятором коммерческих общественных отношений. Данное правило поведения восполняет пробелы в договоре между сторонами, обозначает положение договора как недобросовестное, устанавливает соответствующий тендер, ставит разумный срок для совершения каких-либо юридически значимых действий, когда в договоре об этом не сказано. Примером в данном случае может служить положение § 2-309(1) ЕТК, в котором указывается, что «срок отгрузки или поставки, или любого другого действия по договору, если это не предусмотрено настоящей статьей или не согласовано, является разумным сроком» - в данном случае соглашение об определенном сроке может определяться торговым обычкновением. Также им могут быть исключены или изменены гарантии на товар, модель, образец, согласно § 2-316 (3)(с) ЕТК.

Концепция торгового обычкновения лежит в основе принципа разумности, а также принципа добросовестности продавца, которая включает в себя соблюдение разумных коммерческих стандартов добросовестной торговли. Четкие договорные требования имеют, согласно ЕТК, приоритет над торговыми обычкновениями. Всякий раз, когда это разумно, условия договора и правовые обычаи должны толковаться как «соответствующие» друг другу, однако если это необоснованно, и между ними возникает конкуренция, то условия договора будут приоритетны. При осуществлении этого положения суды склоняются к тому, чтобы признать адекватно установленные обычкновения совместимыми даже с кажущимися противоречащими прямо выраженными условиями договора. Согласно соответствующему прецедентному праву, правовой обычай считается «согласованным» с условиями договора, если только этот обычай не считается «полностью отрицающим» такое положение

соглашения. А конкретные обычаи могут быть исключены из рассмотрения, если они «тщательно отрицаются».

Несмотря на то, что концепция торгового обыкновения занимает центральное место в судебной практике кодекса, в статуте содержится мало указаний на то, как следует доказывать «существование и объем» обыкновений. Он требует только, чтобы сторона, стремящаяся представить доказательства использования, уведомила другую сторону; согласно § 1-205(6) ЕТК, «доказательства соответствующего торгового обыкновения, предлагаемые одной стороной, не допускаются до тех пор, пока он не направит другой стороне такое уведомление, которое суд сочтет достаточным для предотвращения несправедливого информирования последней»; и чтобы «существование и объем торгового обычая были доказаны как факты». На практике порой довольно сложно бывает доказать существование конкретного обычая. При доказывании в суде используются свидетельства работников, показания свидетелей-экспертов, статьи торгового кодекса.

Приведем еще один пример торгового обыкновения. Так, минимальный объем требований к содержанию письменного документа о договоре купли-продажи указан в 2-201 ЕТК: наименования и подписи сторон, которые намереваются считать себя связанными таким договором, указания на предмет договора и его количество. На практике стороны включают в договор гораздо больше – самые важные положения с некоторыми особенностями: указывается номер контракта, дата и адрес вверху, предмет, цены и общая цена контракта, условия поставки, условия оплаты, упаковка и маркировка, приемка, качество и гарантии, претензии, форс-мажор. Что касается внешнеторговых договоров, то тут тоже есть свои особенности – обычно текст такого договора оформляется двумя столбцами, которые дублируют на языках сторон положения сделки. Аналогично указываются в конце документа реквизиты сторон: по два раза на каждом из языков сторон.

Таким образом, в США торговое обыкновение имеет большое значение, однако на практике существует проблема объективного доказывания торгового обычая, так как в большинстве случаев торговый обычай доказывается через показания сторон, которые могут быть как преднамеренными, так и ложными.

Мы уже упомянули, что ЕТК США является основополагающим нормативно правовым актом, регулирующим отношения в сфере предпринимательства. Продолжая анализировать положения данного документа, мы встречаем еще один

институт схожей с нами институт – «заведенный порядок». Что представляет собой «заведенный порядок»: «Заведенный порядок – суть «единообразие предшествующего поведения сторон данной сделки, которое по справедливости может рассматриваться как устанавливающее общую основу взаимопонимания при толковании употребляемых ими выражений и иных их действий» (п. 1 ст. 1-205 ЕТК США)¹. Стоит отметить, что данный институт присутствует и в иных нормативно правовых актах как международных, так и локальных. Так в Кодексе Европейского договорного права (European Contract Code, ECC) можно встретить следующие понятия абсолютно по своему смыслу идентичные «заведенному порядку»: «отношения, установленные между сторонами» («relations which have been established between the parties») (подп. «а» п. 3 ст. 16); «предыдущие отношения между сторонами» («previous relations between the parties») (п. 1 ст. 17). Главным отличием обычая делового оборота от «заведенного порядка» является тот факт, что обычай содержит в себе норму объективного права, тогда как «заведенный порядок» «...является только восполнением «обычной картины отношений, из которой выводится субъективное право» [2]. Также на теоретическом уровне весьма развита дискуссия о разграничении 2 смежных институтов «обычая» и «обыкновения». Среди многообразия точек зрения касаясь регулирования данного вопроса одной из самых обоснованных нам представляется позиция С.И. Вильнянского, предложившего разграничивать данные институты по определенным критериям. Среди них: «1) установление существования обычая (это – вопрос права и входит в обязанность суда, тогда как наличие принятого обыкновения – вопрос факта и требует доказательств от сторон); 2) обыкновения должны быть известны сторонам (во всяком случае, должно предполагаться намерение сторон им подчиниться, а правовой обычай обязателен для сторон, независимо от того, знали ли они о его существовании и имели ли намерение ему подчиниться); 3) применение юридического обычая может быть допущено только в том случае, если закон отсылает к нему, деловое же обыкновение (поскольку это не норма права) применяется независимо от специальной отсылки со стороны закона...» [1].

Законодательство США обезопасило себя от такого рода дискуссий, закрепив в ЕТК дефиниции данных понятий, так под торговым обыкновением следует понимать: «...такую практику деловых отношений, соблюдение которой в том или ином месте,

¹ В последней редакции UCC 2012 г. легальная дефиниция заведенного порядка в кодексе отсутствует, хотя сам термин по-прежнему в нем используется.

профессии или сфере деятельности настолько постоянно, что оправдывает ожидание такого соблюдения также и в связи с конкретной сделкой (п. 2 ст. 1-205 ЕТК). А под «заведенным порядком» ЕТК понимает: «единообразие поведения сторон в предшествующих сделках между ними, которое позволяет рассматривать его как основу выяснения их намерений в конкретной сделке. Допустимо признавать таковым и повторяющееся поведение участников сделки в ходе ее исполнения, который иногда обозначается специальным термином «порядок исполнения» (course of performance) и признается составной частью заведенного порядка» [3].

В итоге законодательство США по вопросу регулирования источников предпринимательского права является одним из самых современных и разработанных. Считаю перспективным положение о том, что необходимо внести изменения в действующую редакцию ст. 5 ГК РФ «Обычай» и закрепить в части 1 данной статьи дефиниции понятий: «заведенный порядок» и «торговое обыкновение». Это поможет упростить применение данных институтов на практике на территории нашей страны.

Список использованных источников

1. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Юрид. лит., 1959. – 162 с.
2. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: «Статут», 2005. – 461 с.
3. Civil and trade law of foreign countries: textbook / OTV. edited by E. A. Vasiliev, A. S. Komarov. Vol. 1. М.: Intern. relations, 2004. S. 85.
4. Федеральное Ведомство Юстиции и Охраны прав потребителей: Официальный сайт. – Берлин. – URL: http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_346.html
5. Федеральное Ведомство Юстиции и Охраны прав потребителей: Официальный сайт. – Берлин. – URL: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_157.html
6. Федеральное Ведомство Юстиции и Охраны прав потребителей: Официальный сайт. – Берлин. – URL: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html (дата обращения 10.11.2020). Текст: электронный.