



УДК 340.141  
ББК 67.022

## КАКОЕ БУДУЩЕЕ ЖДЕТ ОБЫЧНОЕ ПРАВО РОССИИ (К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ)<sup>1</sup>

Трофимов Ярослав Валерьевич

Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского и арбитражного процесса Волгоградского государственного университета  
trofimov@volsu.ru  
Проспект Университетский, 100, 400062 г. Волгоград, Российская Федерация

**Аннотация.** Статья посвящена актуальным вопросам функционирования существующих правовых обычаев. Автор рассматривает возможности систематизации правовых обычаев и целесообразности этой систематизации, а также перспективы существования обычного права России.

**Ключевые слова:** обычное право России, правовые обычаи, систематизация правовых обычаев, модернизация права.

В настоящее время в Российской Федерации происходит обновление и совершенствование не только норм гражданского материального права, планируется кардинальное реформирование гражданского процессуального права. Речь идет об объединении двух высших судебных инстанций в одну: Верховного суда РФ и Высшего арбитражного суда РФ.

В связи с этим, на наш взгляд, одними из самых актуальных вопросов, требующих немедленного разрешения, являются выражение четкой позиции законодателя по вопросу регулирования обычного права как самостоятельной системы права, установление иерархии самого обычного права и его элементов, а также определение места обычно-правовой системы или обычно-правовых систем в соотношении с официальным законодательством и между различными обычно-правовыми системами с целью устранения коллизий, которые, по нашему мнению, с неизбежностью будут возникать в самое ближайшее время при применении обычаев как источников гражданского права в судах общей юрисдикции и арбитражных судах. Объективно эта неизбежность вызывается самим реформированием гражданского и

гражданского процессуального законодательства, поскольку позиция законодателя отличается непоследовательностью и половинчатостью принимаемых мер правового регулирования общественных отношений.

С одной стороны, ст. 5 ГК РФ расширяет сферу действия правовых обычаев, распространяя их на некоммерческую сферу, а не только на предпринимательскую сферу, как это было предусмотрено ранее действовавшей редакцией данной статьи [2].

С другой стороны, если реформа гражданского процессуального права пойдет по вышеуказанному пути, то тогда придется, в том числе, и корректировать задачи гражданского (арбитражного) судопроизводства. Дело в том, что в ч. 1 ст. 11 ГПК РФ в действующей пока редакции законодатель говорит только об обязанности суда по выявлению и применению при рассмотрении и разрешении гражданских дел обычаев делового оборота только в случаях, предусмотренных нормативно-правовыми актами [3].

С расширением сферы действия правовых обычаев их предусмотренность нормативно-правовыми актами перестает быть необходимой для их легального применения.

Кроме того, в ст. 2 ГПК РФ в качестве задач гражданского судопроизводства отсутствует указание на обязанность суда формировать и развивать обычаи, как это предусмотрено п. 6 ст. 2 АПК РФ [1].

После объединения двух судебных систем (арбитражной и общей юрисдикции на уровнях высших инстанций) задача суда по формированию и развитию обычаев делового оборота становится общей задачей судопроизводства.

На этом фоне реформируются и другие внесудебные институты рассмотрения и разрешения споров, в частности, действует специальный Федеральный закон № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27 июля 2010 г. (в ред. ФЗ № 233 от 23.07.2013, вступившего в силу с 01.09.2013), где последние поправки в закон упрощают доступ к процедуре медиации для лиц, имеющих высшее образование (без требования его профессиональности) и получивших дополнительное профессиональное образование по вопросам применения процедуры медиации. Таким образом, доступ к осуществлению медиативной деятельности получают практически все желающие (строители, химики, архитекторы, физики, журналисты и т. д.). Если выстроить эту цепочку дальше, то мы придем к выводу, что в нее вполне могут войти и представители преступных сообществ во главе с авторитетами, которые будут успешно разрешать возникающие споры, но не на основании норм официального законодательства, а «по понятиям», то есть нормам обычного права [6].

Проект Федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности», в котором функции нотариата расширяются за счет оказания нотариусами медиативных услуг, по нашему мнению, также будет способствовать становлению и развитию не официального законодательства Российской Федерации, а норм обычного нотариального права, которое в настоящее время уже существует и успешно действует, в частности, например, во Франции [5]. В то же время сложившаяся на сегодняшний день система нотариата не устраивает государство в части отсутствия реального контроля за деятельностью нотариусов, самостоятельного, не основанного на законе установления ими завышенных тарифов на услуги пра-

вового и технического характера для граждан и юридических лиц и т. п., то есть реального проявления нотариального обычного права, о существовании которого даже не указывают представители государства. И это при том, что применительно к нотариусам речь идет не просто о гражданах, имеющих высшее образование, а о высококвалифицированных профессионалах в области юриспруденции.

Трудно даже представить, что произойдет в дальнейшем в Российской Федерации с развитием различных деловых и профессиональных сообществ, которые будут подчиняться не федеральному закону, а принятым данными сообществами различным кодексам профессиональной этики, чести и т. п., которые фактически (к сожалению, не «де юре», а «де факто») являются сводами обычаев делового оборота, которые не входят в законодательство. Развитие по этому пути приведет к корпоратизации и общинизации всей общественной жизни и неизбежному столкновению указанных корпораций между собой, в защиту своих узкокорыстных интересов.

При отсутствии какой-либо систематизации обычаев суд будет сталкиваться с необходимостью разрешения возникающих коллизий, когда одно деловое или профессиональное сообщество будет ссылаться на свои обычаи, а другое – на свои.

Возникает вопрос: может ли в этой ситуации суд успешно разрешить конфликт, если он обязан будет выполнять задачу по содействию в формировании и развитии обычаев делового оборота, их санкционировании своими решениями, то есть признании их правовыми обычаями и опубликовании их в специальных, подготовленных судами сборниках? Таким положением вещей может остаться недовольна не только одна сторона спора, но и обе стороны конфликта, в связи с чем они могут прекратить дальнейшее судебное рассмотрение своего спора и перейти к альтернативному разрешению конфликта. Такие процессы, когда представители деловых сообществ разрешают свои споры вне стен суда (либо в специальных судах, существующих при каждом сообществе, либо с помощью применения различных альтернативных способов разрешения споров, перечень которых не ограничен одной процедурой медиации),

давно уже происходят в развитых странах Западной Европы и Америки. В этом проявляется недоверие к затратной по времени и денежным средствам судебной процедуре, строго регламентированной официальным процессуальным законодательством.

Современные благие попытки снизить судебную нагрузку, в том числе и на высшие судебные инстанции, приведут, как известно, не в рай. Если в данном случае речь идет о реализации теории регулируемого хаоса, то неизвестно, кто выиграет в этой ситуации, но в любом случае не законодатель и не государство.

А какое место в системе обычного права должны занимать обычаи процессуальной деятельности, которые постоянно «де факто» формируются и применяются как в судах общей юрисдикции, так и в арбитражных судах, о которых прямо говорят ведущие специалисты в области процессуального права?

Эти обычаи нельзя отнести ни к судебному прецеденту, ни к сложившейся судебной практике по применению норм официального законодательства. В данном случае мы имеем дело не просто с разрозненными обычаями, а с обычным судебным правом, которое не всегда может находиться в противостоянии и противоречии с системой официального законодательства. Что будет, если суд на их (обычаях процессуальной деятельности) основе разрешит возникший между сторонами гражданский спор? Если эти обычаи не указаны в ГПК РФ как источники процессуального права России, то будут ли они в таком случае иметь нормативно-правовой характер или нет? Существует ли в таком случае механизм обжалования таких решений? Ответ, на наш взгляд, очевиден, поскольку в ГПК РФ обычное право, как источник гражданского процессуального права, даже не упоминается. Зато на этом фоне идет активная разработка и внедрение в российскую правовую действительность чуждых российским гражданам элементов и заимствований из системы англо-саксонского права. Государство выделяет на разработку подобных концепций значительные денежные суммы. Будет ли работать подобная система как основная альтернатива судебному порядку рассмотрения и разрешения гражданских споров, ответ опять же очевиден: не будет. Чтобы не

быть голословным, можно привести один из примеров подобных разработок.

В частности, президент Национальной организации медиаторов президент Центра медиации и права Ц.А. Шамликашвили занимается внедрением и развитием так называемого взаимопомогающего права (*collaborative law*), начало которого было положено в США в 80-х гг. XX столетия [8, с. 156].

В связи с этим сразу возникает масса вопросов о правовой природе данного права, к какой отрасли российского права его следует отнести, как вообще данное право будет соотноситься с системой внутриотраслевого законодательства, из каких институтов оно состоит и т. д.

Считаем, что в данном случае мы имеем дело с попыткой закрыть глаза на истинное положение дел с развитием и реальным функционированием обычного права практически во всех сферах российской правовой действительности и вообще не упоминать об обычном праве как самостоятельной системе права, альтернативной официальному законодательству. Более того, непонятно, каким образом можно внедрить в нашу правовую систему *collaborative law*, если федеральный закон говорит и признает только один способ альтернативного урегулирования споров с участием посредника (процедура медиации), для которых предлагается указанное взаимопомогающее право. Каким образом профессиональные судьи должны будут оценивать и проверять на соответствие федеральному закону заключенные сторонами медиативные соглашения в случае их неисполнения одной из сторон? По сути взаимопомогающее право – это ни что иное, как психологические способы разрешения конфликтов, не имеющие никакого отношения к праву.

Закономерным откликом на концепцию взаимопомогающего права стало дальнейшее развитие, но уже не только концепции взаимопомогающего права или права сотрудничества, но и предложение альтернативного указанному праву – конфликтного права [7, с. 40]. Какие еще варианты указанной концепции могут появиться, даже невозможно представить.

Но самое главное заключается не в этом, а в том, что всеми признается и реально доказало свою состоятельность международное обычное право, которое не называется ни пра-

вом сотрудничества, ни конфликтным правом, но направлено на урегулирование возникающих между странами спорных вопросов.

Парадокс заключается в том, что если на международном уровне признается существование и действие обычного права как самостоятельной системы, то почему тогда на уровне российского национального права термин «обычное право» вообще не применяется законодателем?

Более того, в последнее время на страницах российской юридической периодики уже стали появляться предложения о внедрении нового термина – «международное мягкое право» – для обозначения международного обычного права. При этом делается вывод о том, что применение «мягкого права» способствует становлению норм международного обычного права [4, с. 56].

Подводя промежуточный итог всему вышесказанному, можно сделать общий вывод, который, на наш взгляд, не вызывает никакого сомнения в его обоснованности о том, что при таком негативном отношении российского законодателя к обычному праву как самостоятельной системе права обычное право будет развиваться независимо от признания его государством, но уже, к сожалению, в большинстве случаев в латентной, неприемлемой для государства теневой форме.

#### ПРИМЕЧАНИЕ

<sup>1</sup> Работа выполнена при содействии Федеральной целевой программы 2012-1.5-14-000-3012 «Модернизация технологий юридической

деятельности в правовых системах современного мира».

#### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 85-ФЗ (с изм. от 02.07.2013) // Российская газета. – 2013. – 10 июля (№ 148).
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (с изм., внесенными Федеральным законом от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации») // Российская газета. – 2013. – 11 янв. (№ 3).
3. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (с изм. от 02.07.2013) // Российская газета. – 2013. – 10 июля (№ 148).
4. Марочкин, С. Ю. Международное «мягкое» право в правовой системе Российской Федерации / С. Ю. Марочкин, Р. М. Халафян // Журнал российского права. – 2013. – № 6. – С. 56–65.
5. О нотариате и нотариальной деятельности : проект федер. закона // Российская газета : интернет-портал. – 2011. – 18 нояб. (№ 398234-6).
6. Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) : федер. закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ // Российская газета. – 2013. – 26 июля (№ 163).
7. Трофимов, В. В. Конфликтное право и право сотрудничества / В. В. Трофимов // Журнал российского права. – 2011. – № 9. – С. 40–48.
8. Шамликашвили, Ц. А. Взаимопомогающее право / Ц. А. Шамликашвили // Закон. – 2012. – № 5. – С. 156–160.

## WHAT IS THE FUTURE OF THE CUSTOMARY LAW IN RUSSIA (PROBLEM DEFINITION)

Trofimov Yaroslav Valerievich

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Head of the Department of Civil and Arbitration Proceeding, Volgograd State University  
trofimov@volsu.ru  
Prospect Universitetsky, 100, 400062 Volgograd, Russian Federation

**Abstract.** The article is devoted to the functioning of the existing legal practices. The author determines the feasibility of systematization of legal practices and feasibility of the aforementioned systematization, and the prospects for the existence of customary law in Russia.

**Key words:** Russian customary law, legal customs, systematization of legal customs, law modernization.