**МИНИСТЕРСТВО СЕЛЬСКОГО ХОЗЯЙСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**ФГОУ ВПО «ИВАНОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННАЯ АКАДЕМИЯ ИМЕНИ АКАДЕМИКА Д.К.БЕЛЯЕВА»**

**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ**

**КАФЕДРА ОРГАНИЗАЦИИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА И МЕНЕДЖМЕНТА В АПК**

**Реферат**

**На тему: «Обычаи**

**делового оборота и иные обычаи и их роль в регулировании предпринимательских отношений».**

**Выполнила:**

студентка 5 курса 1 группы

экономического факультета

Маслова О.В.

**Проверила:** Тюрина И. Н.

**ИВАНОВО 2010**

**Содержание**

1. Понятие обычая делового оборота и правового обычая

2. Природа обычаев делового оборота и правовых обычаев

3. Правовое значение обычаев делового оборота и условия их применения

4. Сфера применения обычаев делового оборота как источника права

Список использованной литературы

**1. Понятие обычая делового оборота и правового обычая**

**Обычаем делового оборота** признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. (ст.5 ГК РФ)

Обычай делового оборота как «правило поведения» определяется следующим:

* это правило не предусмотрено ни законодательством, ни договором;
* оно сложилось, т. е. стало достаточно определенным в своем содержании;
* данное правило широко применяется;
* правило применяется в какой-либо области предпринимательской деятельности.

При наличии одновременно всех этих признаков такие правила поведения становятся источниками гражданского права и применяются судами при разрешении споров, вытекающих из предпринимательской деятельности. При этом, обычаи делового оборота могут быть применены независимо от фиксации их в каких-либо нормативно-законодательных документах — они могут быть просто опубликованы в печати, изложены во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства и тому подобное.

При заключении договоров стороны (участники договора) могут предусмотреть, что к их отношениям не применяются соответствующие обычаи делового оборота, что соответствует общегражданскому принципу свободы договора.

Обычаи делового оборота не применяются также, если они противоречат обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства.

В юридическом энциклопедическом словаре **обычай (правовой)**- санкционированное государством правило, которое сложилось в результате длительного повторения людьми определенных действий, благодаря чему закрепилось как устойчивая норма.

Основные черты обычая как источник права:

* продолжительность существования. Обычай очень консервативен и сообразуется не столько с перспективой развития общества, сколько с его прошлым. Обычай закрепляет то, что складывалось в результате длительной общественной практики и может отражать как общие моральные, духовные ценности народа, так и в значительной мере предрассудки, расовую и религиозную нетерпимость, неравноправие полов и т.д. Поэтому государство к различным обычаям относится по-разному: одни запрещает, другие одобряет и развивает;
* постоянность соблюдения. Это необходимое условие для того, чтобы обычай, как правило, как модель поведения в конкретной ситуации не исчез, поскольку он сохраняется обычно только в сознании народа и нигде не записан;
* обычай имеет, как правило, локальный характер, т.е. применяется в рамках сравнительно небольших групп людей или на сравнительно небольшой территории. Он часто тесно связан с религией. В Индии, например, обычное право, входит в структуру индусского права;
* обычай санкционируется (признается) государством путем восприятия его судебной или административной практикой. Но если содержание обычной нормы находит свое выражение в нормативных актах, в этом случае источником права будет являться уже не обычай, а нормативный акт.

**2. Природа обычаев делового оборота и правовых обычаев**

Исторически обычай предшествует всем другим источникам права. Впервые он возникает на переходном этапе от первобытнообщинной организации общества к государственной в результате санкционирования существующих обыкновений нарождающимися государственными структурами. В ранних государственно-организованных обществах правовой обычай занимал ведущее положение. В Древнем Риме, например, из правовых обычаев складывались важнейшие отрасли и институты права. В феодальной Европе обычай был основным источником права до XVI века. В настоящее время роль обычая в разных правовых системах мира (и государствах) неодинакова. В РФ обычай признается вспомогательным источником права; законодательства РФ иногда прямо отсылает к обычаям или допускает их применение. Так, в ГК РФ содержатся ссылки на обычаи делового оборота (ст. 6), национальный обычай (ст.9) и местный обычай (ст.221 ,309, 311, 312, 314-316, 406, 421).

Совокупность обычаев, если их значительное количество, называют обычным правом. Обычное право система правовых норм, основывающихся на обычае, регулирующая общественные отношения в данном государстве, в определенной местности либо для данной этнической или социальной группы. Обычай - основная форма регулирования поведения в догосударственном обществе, в условиях родового строя. Огромное значение как источника права ему отводилось в древних государствах и при феодализме. Первые правовые памятники состояли главным образом из обычаев.

В России до 1917 года обычай регулировал отношения между крестьянами. Исследователи отмечали, что в сфере частного гражданского права большинство населения России руководствуется обычным правом, а писаные законы предназначены для меньшинства. Даже после революции 1917 года большевики не смогли сразу отказаться от обычного права, что свидетельствует о его значимости. Статьи 8, 77 Земельного Кодекса РСФСР 1922 года допускали использование обычая при регулировании земельных, семейных и иных отношений среди крестьян.

Советская правовая доктрина относилась к правовому обычаю отрицательно. Это и понятно - для становления и закрепления обычного права требуется значительное время, а новое социалистическое общество, возникшее после революции 1917 года, в соответствии с господствовавшими представлениями принципиально и качественно отличается от строя, который существовал ранее. В настоящее время обычай находит достаточно широкое применение при регулировании общественных отношений в государствах Азии, Африки, Океании. В развитых государствах обычай играет второстепенную роль по сравнению с другими источниками права - нормативным актом и судебной практикой. Обычай понимается, прежде всего, как норма, дополняющая закон в тех случаях, когда соответствующее предписание в законе вообще отсутствует или оно недостаточно полно. Однако, например, в современной Франции или ФРГ в сфере гражданского и торгового права не исключается применение обычая не только в дополнение, но и против закона.

Специфика обычаев делового оборота обусловлена самой их природой, то есть тем, что как таковые они не могут появиться в обществе, в котором, во-первых, не развит собственно товарно-денежный обмен и, во-вторых, не сложились относительно стабильные отношения по поводу условий и порядка такого обмена (оборота), что позволяет идентифицировать эти отношения как отношения деловые.

История возникновения и природа обычаев делового оборота наиболее предметно выражена в нормах римского частного права как основной, базисной системы правовых норм, воспринятой континентальной системой права (в настоящее время римское частное право является основой для правовых систем большинства европейских государств, в том числе и России). Римское право в контексте рассматриваемой проблемы наиболее точно отражает природу обычаев делового оборота постольку, поскольку основу римского права составляет право частной собственности как безусловной основы всякого товарно-денежного процесса.

Изначальные предпосылки возникновения обычаев делового оборота лежат в самой природе человеческого общества и законов его развития. Правила поведения, диктуемые элитарными группами общества, пройдя процесс деперсонификации, превращались в обычаи, многие из которых с развитием государства, в свою очередь, после прохождения законодательного процесса, в разных государствах разного, становились правовыми нормами.

Таким образом, как таковой обычай существовать переставал, преобразовавшись из общепринятого в общеобязательное для всех членов общества правило поведения, что свидетельствовало о признании такого обычая со стороны государственной власти. Тем не менее, часть этих обычаев осталась за рамками законодательного регулирования. Происходило это по разным причинам.

Во-первых, не каждый обычай мог быть воспринят нормами права по мотивам нецелесообразности, например, из-за слишком узкой сферы применения или слишком специфического смысла.

Во-вторых, по мере развития общества и общественных отношений (в нашем случае - экономических), складывающихся между производителями услуг и их потребителями, с определённой периодичностью возникают новые обычаи, которые в силу длительности законодательного процесса не попадают в поле зрения законодателя.

Кроме того, многие из обычаев, которые сложились в сфере экономической деятельности, просто бессмысленно включать в правовое поле, поскольку касаются они собственно поведения хозяйствующих субъектов по отношению к партнёру (контрагенту), причём обычай этот относится больше к сфере морально-этической ("хорошо-плохо", "порядочно-непорядочно").

**3. Правовое значение обычаев делового оборота и условия их применения**

Правовое значение обычаев делового оборота состоит в том, что они по очередности применения находятся после нормативных актов и договора. В этой связи ст. 5 ГК РФ предусматривает, что обычаи делового оборота, которые противоречат обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договора, не применяются.

Один из видов обычаев делового оборота выделен в самом ГК. Имеется в виду ст. 427, которая допускает возможность использования примерных условий, разработанных одним из контрагентов. Она предусматривает, что примерные условия рассматриваются как договорные условия в случаях, когда в самом договоре содержится отсылка к ним.

Если же такая отсылка отсутствует, примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота. Для этого необходимо, чтобы такие условия отвечали требованиям, которые предъявляются в ст. 5 ГК РФ (имеется в виду, прежде всего то, что они не противоречат обязательным для сторон положениям законодательства или заключенному сторонами договору), а также в п. 5 ст. 421 (они не противоречат любым применяемым к отношениям сторон нормам законодательства, включая диспозитивные).

Условия применения обычаев делового оборота

Здесь наиболее актуален вопрос не о том, применять ли обычай делового оборота при осуществлении нормального предпринимательского процесса, при отсутствии разногласий и споров между контрагентами. Важнее понять, какой обычай делового оборота применять или не применять при разрешении спора, когда при обосновании своего, не урегулированного ни законом, ни договором действия (бездействия) сторона ссылается на некий "обычай делового оборота", сообразуясь с которым она и поступила.

Объясняется это тем, что при заключении договора стороны стараются предусмотреть условия, которые, как стороны предполагают, должны или могут наступить. Даже если стороны и имеют в виду некий обычай, они наверняка сформулируют его как условие договора. В заключительной части договора, говоря об условиях, в данном договоре не прописанных, делают оговорку "отношения, не урегулированные настоящим договором, регулируются действующим гражданским законодательством РФ". Ссылки в договоре на "обычаи делового оборота", очевидно, крайне редки.

Поэтому вопрос о применении обычая делового оборота становится актуальным при разрешении конфликтных ситуаций, сложившихся в процессе исполнения договора. Безусловно, сообразуясь с нормами законодательства, стороны могут апеллировать к нарушенному обычаю уже при урегулировании спорных отношений путём переговоров (например, в претензионной переписке). Однако чаще всего правоприменительным органом (а, как доказывалось выше, обычай делового оборота, несмотря на свою специфику, относится к источникам права) будет, скорее всего, арбитражный или федеральный суд.

Такой же точки зрения придерживается и судебный орган, который наделён законодателем правом изучать и обобщать судебно-арбитражную практику и давать разъяснения арбитражным судам по применению законодательства, регулирующего предпринимательскую и иную экономическую деятельность - Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ (ВАС РФ).

Таким образом, в качестве условий применения обычая делового оборота можно выделить следующее:

1. правило поведения должно быть не предусмотрено законодательством или договором (в противном случае, несмотря на то, что по существу правило является именно обычаем (традицией), будучи включённым в договор, оно становится его условием);

2. смысл правила должен быть определён, однозначен для суда (в идеале - также и для обеих сторон); при этом определённость и однозначность означают сложившуюся сущность и смысл правила, которые, в свою очередь, являются результатом широкого применения;

3. правило поведения должно применяться в какой-либо области предпринимательской деятельности (то есть ссылки на некое правило, действующее, скажем, в административных или семейных отношениях, применительно к предпринимательской деятельности будет неправомерно);

4. применяться может как правило поведения, зафиксированное в каком-либо документе, так и нигде не зафиксированное.

Возникает вопрос, пожалуй, один из самых сложных как в теории применения обычаев делового оборота, так и в практике - каким образом широкое применение того или иного правила будет сторонами доказываться?

Этот вопрос решается достаточно легко, когда у суда ещё в начале рассмотрения дела есть определённая убеждённость относительно правил, по которым стороны должны были действовать, исполняя то или иное обязательство, пользуясь правами и т.п., то есть когда суд изначально убеждён, что то или иное правило является в данной области предпринимательской деятельности именно обычаем делового оборота, а не частным случаем.

Здесь сложность для стороны, несогласной с решением суда, основанном на таком убеждении, возникает на стадии обжалования этого решения - ей предстоит доказать, что правило, положенное судом в основу своего решения в качестве обычая делового оборота, таковым не является, что едва ли не сложнее, нежели доказывание соответствия правила сложившейся практике.

Гораздо более распространены случаи, когда заинтересованной стороне предстоит убедить суд в существовании и повсеместном применении того или иного обычая.

**4. Сфера применения обычаев делового оборота как источника права**

С точки зрения включения в систему источников права того или иного государства обычай по сей день в большинстве стран является признанным равноправным источником наряду с законами, подзаконными актами и иными источниками (формами) права.

В Российской Федерации группа деловых обыкновений и обычаев делового оборота выделяется среди источников гражданского права, которые, как известно, регулируют отношения.

Специфика гражданского права состоит в том, что оно объединяет в себе нормы, регулирующие имущественные отношения и связанные с ними личные неимущественные отношения (ст. 2 ГК РФ).

Под имущественными отношениями понимаются отношения в обществе, которые возникают по поводу различного рода материальных благ, то есть вещей, работ, услуг и иного имущества в широком смысле этого слова.

При этом гражданское право регулирует не все имущественные отношения, возникающие в обществе, а только те из них, которые относятся к имущественно-стоимостным отношениям. (Например, отношения имущественного характера, возникающие между супругами, регулируются нормами семейного права, и только заключение между супругами брачного договора (то есть самостоятельное инициативное установление отличного от установленного законодателем правового режима), переносит их в сферу действия права гражданского. Кроме того, отношения, возникшие по поводу открытия наследства в случае смерти одного или обоих супругов также регулируются нормами гражданского права, поскольку они приобретают стоимостный характер).

К отношениям, регулируемым нормами гражданского права, в первую очередь относятся товарно-денежные отношения, а также те, которые не связаны непосредственно с денежным обращением (например, отношения по обмену, дарению и т.п.). Тем не менее, они, безусловно, также носят стоимостный характер, поскольку все связаны с действием экономического закона стоимости.

Помимо имущественных, а точнее, имущественно-стоимостных отношений, гражданское право регулирует и личные неимущественные отношения. К личным неимущественным отношениям относятся такие отношения, которые, во-первых, возникают по поводу неимущественных благ (чести, достоинства, деловой репутации, имени гражданина, наименования юридического лица, авторского произведения, изобретения, промышленного образца и т. п.), во-вторых, неразрывно связаны с личностью участвующих в этих отношениях лиц (ст. 150 ГК РФ).

Таким образом, можно говорить о том, что со времён римского права "тематика" обычаев, воспринятых европейскими правовыми системами, сохранилась - они относятся только к сфере имущественных и смежных отношений, в отличие от, к примеру, религиозных или семейных обычаев.

И, как уже отмечалось, одним из источников гражданского права, наряду с законами, подзаконными актами и международными нормами, является группа деловых обыкновений и обычаев делового оборота.

Под деловыми обыкновениями понимаются установившиеся в гражданском обороте правила поведения лиц, в нём участвующих. Сами по себе деловые обыкновения не являются источниками права. Однако в тех случаях, когда государство санкционирует правовым актом какое-либо деловое обыкновение, оно приобретает юридическую силу правовой нормы и входит в систему гражданского законодательства. Однако здесь нельзя говорить о самостоятельном характере деловых обыкновений как правового источника, то есть для того, чтобы стать таковым, деловому обыкновению необходимо пройти все стадии законодательного процесса.

По ранее действовавшему законодательству только отдельные нормы права для конкретных случаев предусматривали возможность применения деловых обыкновений. В частности, п. 2 ст. 57 Основ гражданского законодательства СССР и республик 1991 г. (ст. 168 ГК РСФСР 1964 г.) предусматривал, что обязательства должны исполняться надлежащим образом и в установленный срок в соответствии с условиями договора и требованиями законодательства, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями. Эти обычно предъявляемые требования и вытекают из деловых обыкновений.

В отличие от деловых обыкновений, обычаи делового оборота выделены законодателем особо.

Эти обычаи делового оборота в настоящее время получили значительно более широкое применение по сравнению с другими деловыми обыкновениями. В соответствии со ст. 6 ГК РФ, если отношение, входящее в предмет гражданского права, то есть относящееся к имущественным и связанным с ними неимущественным отношениям, не урегулировано законодательством или соглашением сторон (договором), то к нему применяется обычай делового оборота.

Следует отметить, что сфера действия обычая делового оборота более узкая, нежели все отношения, регулируемые гражданским правом.

Гражданское право определяет правовое положение (статус) участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

Участниками регулируемых гражданским законодательством отношений являются граждане и юридические лица. В них также могут участвовать Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования.

Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, а также применяется к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства (апатридов) и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Как видно, сфера применения норм гражданского права весьма широка. Однако не везде в качестве правила поведения могут применяться обычаи делового оборота.

Так, ст. 5 ГК РФ однозначно определяет, что обычаи делового оборота могут применяться только в сфере предпринимательской деятельности.

При кажущейся логичности (предпринимательская деятельность осуществляется в сфере делового оборота) норма ст. 5 ГК РФ таит в себе существенное противоречие.

Возникает вопрос - могут ли обычаи делового оборота применяться в имущественных отношениях товарно-денежного, стоимостного характера, вытекающих из предпринимательской деятельности, если в них участвуют не только предприниматели? Или - применять ли обычное правило поведения к отношениям между предпринимателями, если такие отношения возникли не в связи с предпринимательской деятельностью или не однозначно в связи с ней?

Понятие предпринимательской деятельности в настоящий момент содержится в ч. 3 п. 1. ст. 2 ГК РФ.

В соответствии с определением, данным указанной нормой, для того, чтобы деятельность можно было отнести к предпринимательской, она должна отвечать одновременно следующим требованиям:

1. деятельность должна быть самостоятельной;

2. деятельность должна осуществляться на риск осуществляющего её лица;

3. целью деятельности должно быть систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг;

4. лицо, осуществляющее такую деятельность, должно быть зарегистрировано в качестве лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, в установленном законом порядке.

Виды легальной предпринимательской деятельности, разрешённой и регламентированной российским законодательством, весьма разнообразны. К ним относится и деятельность по оказанию консультационных услуг любого, не запрещённого законом, характера, включая медицинские услуги.

Кроме того, принципы свободы договора и дозволительной направленности гражданско-правового регулирования ("разрешено всё, что не запрещено законом"), гарантируют хозяйствующим субъектам право заниматься не запрещённой законом предпринимательской деятельностью, не оговорённой действующим законодательством (ст. ст. 1, 9, п.п. 2, 3, 4 ст. 421 ГК РФ).

В Российской Федерации медицинскую предпринимательскую деятельность могут осуществлять юридические лица - коммерческие предприятия различных организационно-правовых форм (открытые и закрытые акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью, общества с дополнительной ответственностью и т.п.), а также некоммерческие организации (учреждения, общественные и религиозные организации (объединения), фонды, ассоциации и союзы и др.) в той мере, поскольку это необходимо для достижения их уставных целей и задач - и физические лица - граждане, зарегистрированные в качестве лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица (индивидуальные предприниматели, иными словами – частнопрактикующие врачи).

Таким образом, очевидно, что применение обычаев делового оборота возможно только к отношениям, возникающим между вышеуказанными лицами.

Является ли препятствием для применения обычая делового оборота тот факт, что заказчиком выступает государственный орган? По всей видимости, нет, поскольку определяющим фактором для отнесения конкретных отношений к предпринимательским будет являться предпринимательский характер этих отношений для активной стороны, стороны исполнителя.

Следует отметить, что обычаи делового оборота могут применяться только к законным видам предпринимательской деятельности. Законность в данном случае означает, во-первых, то, что деятельность должна быть разрешена действующим законодательством, во-вторых, то, что если тот или иной вид деятельности требует получения специального разрешения соответствующих государственных органов, то занятие ею без такого разрешения (лицензии) делает её незаконной.

Ещё одним ограничением сферы применения обычаев делового оборота является то, что отношения, к которым такие обычаи могут быть применены, должны складываться именно в сфере предпринимательской деятельности хозяйствующего субъекта. Это правило не сформулировано в ст. 5 ГК РФ, однако оно прямо вытекает из толкования норм, касающихся предпринимательской деятельности, и собственно понятия делового оборота.

На практике это означает, что обычаи делового оборота не могут применяться к отношениям, возникшим между двумя хозяйствующими субъектами, но не в связи с их предпринимательской деятельностью, например, из причинения имущественного вреда.

Из вышесказанного можно сделать следующие выводы: во-первых, обычаи делового оборота ГК официально признаны как источники гражданского права. Деловые обыкновения, под которыми понимаются устоявшиеся в гражданском обороте правила поведения, приобретают юридическую силу лишь в таких случаях, когда государство правовым актом прямо санкционирует их; во-вторых, сфера применения обычаев делового оборота (предпринимательская деятельность) значительно уже области функционирования деловых обыкновений (гражданский оборот); в-третьих, обычаи делового оборота и обычно предъявляемые требования не закреплены в виде обязательных норм права в нормативных актах, а также в договорах.

**Список использованной литературы**

1. Конституция Российской Федерации. Гимн Российской Федерации. Герб Российской Федерации. Флаг Российской Федерации. - М.: ООО Омега-Л, 2003
2. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации.— М.: Омега-Л, 2006.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая, вторая и третья. — М.: Омега-Л, 2004.
4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. - М.: Омега-Л, 2006.
5. Гражданское право. Часть первая: Учебное пособие. Издание 2-е, переработанное и дополненное / Редкол.: Филиппов П.М. (отв. Редактор), Цирульников В.Н., Черячукин Ю.В. (отв. секретарь). - М.: ИМЦ ГУК МВД России, 2003 .
6. Гражданское право: Учебник / Под ред. С.П. Гришаева. - М.: Юристь, 1998.
7. Козлова Е.И.; Кутафин О.Е. Конституционное право России: Учебник.- 3-е изд. перераб. и доп. - М: Юристь, 2003.
8. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: Учебник для вузов. - 2-е издание, исправленное и дополненное. - М.: Спарк, 2000.
9. Мушинский В.О. Основы гражданского права: Учебное пособие для студентов неюридических специальностей. - М.: Междунар. отношения, 1995.
10. Проблемы теории права и государства. Курс лекций / Под общей редакцией профессора, академика В.П. Сальникова. - СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 1999.