

А. А. Дьяконова

**ОБЫЧАЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
В СИСТЕМЕ РЕГУЛИРОВАНИЯ
ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СДЕЛОК**

МОНОГРАФИЯ

Оренбург
2014

УДК 341.9:339.5
ББК 67.932+65.428
Д93

Рецензенты:

д.ю.н., профессор В.А. Канашевский, профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

к.ю.н., доцент М.В. Мажорина, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Дьяконова, А. А.

Д93 Обычай международной торговли в системе регулирования внешне-экономических сделок: монография / А. А. Дьяконова. – Оренбург: ООО ИПК «Университет», 2014. – 211 с.
ISBN 978-5-4417-0382-6

В монографии сформулирована современная концепция понимания обычая международной торговли как регулятора внешнеэкономических сделок на основе синергетического подхода к праву и с учетом тенденций развития трансграничных коммерческих и торговых отношений.

Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических ВУЗов и факультетов, а также практических работников, специализирующихся на вопросах международного частного права.

УДК 341.9:339.5
ББК 67.932+65.428

ISBN 978-5-4417-0382-6

© Дьяконова А. А., 2014

Содержание

Введение.....	4
Глава I. Нормативная система регулирования ВЭС: нормы государственного и негосударственного происхождения	
§ 1. Источник права и правовой регулятор: место в системе регулирования ВЭС.....	7
§ 2. Соотношение источников государственного и негосударственного регулирования ВЭС.....	23
§ 3. Место и значение обычая международной торговли в системе регулирования ВЭС.....	43
§ 4. Обычаи и обыкновения международной торговли....	64
§ 5. Обычай международной торговли и <i>lex mercatoria</i> ...	85
§ 6. Обычай международной торговли и «Soft Law».....	94
Глава II. Сущность и юридическая природа обычаев международной торговли	
§ 1. Юридическая природа обычаев международной торговли.....	105
§ 2. Виды обычаев международной торговли.....	142
§ 3. Акты неофициальной кодификации обычаев международной торговли.....	153
§ 4. Современные тенденции развития обычаев международной торговли.....	168
Заключение.....	185
Библиография.....	191

ВВЕДЕНИЕ

Разрозненность и фрагментарность принятых в торговой сфере конвенций, направленных на унификацию материально-правовых и коллизионно-правовых норм, сложность процедур разработки и ратификации унифицированных международных договоров большинством стран, нежелание последних связывать себя императивными нормами международных соглашений, неспособность государственного механизма адекватно и быстро реагировать на потребности современного коммерческого рынка свидетельствуют о недостаточной эффективности унификации права международной торговли и обуславливают необходимость поиска альтернативных способов нормативного регулирования.

Под влиянием процессов глобализации и интернационализации торговли, развития принципа автономии воли сторон постепенно происходит эволюция системы нормативного регулирования внешнеэкономических сделок (далее – ВЭС): непосредственные участники трансграничных коммерческих отношений – физические и юридические лица – все чаще замещают публичные образования в деле обеспечения единообразного нормативного регламентирования таких трансакций. В результате наряду с правовыми государственными регуляторами появляются и развиваются негосударственные механизмы упорядочения трансграничных торговых отношений. Особую роль начинают приобретать регуляторы, не обязанные своим происхождением государству, а формируемые как результат нормотворческой деятельности международного бизнес-сообщества.

Выделение таких регуляторов из общей массы традиционных для трансграничной торговли источников есть отражение общетеоретической тенденции отхода от позитивистской концепции правопонимания и признания существования «автопойетических», само-

организующихся источников права¹. Такие источники создаются непосредственно лицами, не облеченными публично-властными функциями (отсюда их название – негосударственные источники), отличаются добровольным принятием и исполнением адресатами норм. Специфика процесса формирования и наличие особенностей функционирования в качестве регулятора трансграничных торговых отношений позволяют отнести к рассматриваемой группе источников обычаи международной торговли.

Обычаи международной торговли выступают исторически первой формой нормативного воздействия на складывающиеся в процессе трансграничного торгового сотрудничества отношения. В настоящее время обычай является устоявшимся, проверенным временем и одним из распространенных источников регулирования внешнеэкономической деятельности. Обычаи представляют собой основу системы негосударственного регулирования ВЭС, своего рода фундамент, на который надстраиваются иные источники негосударственного регулирования.

На обычаи международной торговли ориентируется судебная и арбитражная практика, ссылки на обычаи содержатся в ряде положений национального законодательства отдельных государств, а также в международных договорах. Отмеченный факт создает весьма благодатную почву для свободного использования обычаев международной торговли в международной договорной практике, превращая их в универсальный нормативный регулятор.

В то же время обычай международной торговли, испытывая на себе влияние происходящих в трансграничной торговле процессов, постоянно трансформируется, видоизменяется, приобретая новые черты и формы. Появляются разнообразные акты неофициальной

¹ См. об этом: Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4; Чичнева Е.А. Актуальные проблемы современного права, или новое правовое мышление // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2001. № 2.; Teubner G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society* // Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997; Frenkel T. *Without Law, but not Lawless* // *Duke Journal of Comparative and International Law*. 1998. № 2; Berger K.P. *Transnational Commercial Law in the Age of Globalisation* // *Saggi, conferenze e seminari* 42. Roma, 2001.

кодификации обычных правил, нормативная природа которых остается до сих пор дискуссионной².

Широкое применение обычаев международной торговли участниками трансграничной торговли, объемная правоприменительная практика, доктринальные исследования не привели, тем не менее, к формированию в рамках международного частного права единообразного подхода к сущности обычаев международной торговли, их нормативной природе, месту в международной торговой нормативной системе. Дискуссионными остаются также вопросы относительно возможности использования обычаев международной торговли в качестве применимого права к ВЭС наряду с нормами национального права.

Данные обстоятельства обуславливают, в свою очередь, актуальность настоящего исследования, в особенности в контексте отсутствия в отечественной правовой доктрине современных фундаментальных работ по данной тематике, и определяют необходимость систематизации, проведения комплексного анализа имеющихся научных взглядов на обычаи международной торговли.

В работе сформулирована современная концепция понимания обычая международной торговли как регулятора внешнеэкономических сделок на основе синергетического подхода к праву и с учетом тенденций развития трансграничных коммерческих и торговых отношений.

Материалы монографии могут быть использованы в законодательной и правоприменительной деятельности, применяться в учебном процессе преподавания курса международного частного права, а также спецкурсов по праву международной торговли, правовому регулированию внешнеэкономических сделок. Результаты проведенного автором исследования могут послужить основой для дальнейшей разработки теоретических и методологических проблем в рассматриваемой области.

² См., например: Международные правила толкования торговых терминов Инкотермс (ред. 2000, 2010 гг.), Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (ред. 2004, 2010 гг.), Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов UCP 600 (ред. 2006 г.), Унифицированные правила по инкассо URC 522 (ред. 1995 г.), Унифицированные правила для гарантий по требованию URDG 758 (ред. 2010 г.) и др.

Глава I. Нормативная система регулирования ВЭС: нормы государственного и негосударственного происхождения

§ 1. Источник права и правовой регулятор: место в системе регулирования ВЭС

Одной из главных черт, имманентно присущих сфере трансграничных договорных отношений, выступает их интенсивная саморегуляция. Еще с давних времен, в условиях отсутствия внутринационального коммерческого (торгового) права основные участники трансграничного делового оборота – физические лица и их торговые объединения – стремились обеспечить адекватные механизмы саморегулирования складывающихся между ними отношений. Достаточно вспомнить зародившиеся в эпоху средневековья «ярмарочные» и морские обычаи, стандарты и правила купеческой торговли, чтобы в полной мере оценить их влияние на дальнейшее развитие трансграничного коммерческого сотрудничества. Именно в данный период возникают базовые категории международного делового общения, применимые в настоящее время, без которых невозможно представить осуществление современных деловых операций: коммерческая корпорация, различные формы расчетов, вексель, коносамент, чартер-партия, коммерческий кредит, сделки FOB и CIF и т.д.

На современном этапе развития трансграничной торговли процесс саморегуляции, адаптируясь к насущным потребностям мирового торгового рынка, приобретает новые формы и содержание. Под влиянием процессов интернационализации хозяйственной жизни, интеграции национальных экономик, диверсификации международных коммерческих трансакций и глобализации, начавшейся во второй половине XX века, происходят коренные изменения экономического и юридического характера трансграничных контрактных отношений.

Как отмечает Н.Г. Вилкова, «на смену международно-правовому центризму, когда в центре нормотворчества находились государства, заключавшие международные конвенции, приходит полицентризм, и появляются частные участники процесса унификации; происходит переход от государственно-правового регулирования к саморегуляции участников международных коммерческих контрактов, что проявляется в нахождении ими не встречавшихся ранее методов унификации, прежде всего в виде Принципов международных коммерческих договоров, стандартизации или нормализации международных коммерческих контрактов»³. В результате значительно усложняется структура воздействующих на отношения нормативных регуляторов и, как следствие, появляется комплексная международная торговая нормативная система. В ее составе выделяют два основных блока норм, нацеленных на регулирование всего многообразия международных торговых отношений:

- 1) правовые нормы различной системной и отраслевой принадлежности, «обслуживающие» отдельные сегменты международных торговых отношений. Это нормы международных договоров, заключаемых между государствами, нормы международных обычаев в торговле, а также нормы внутригосударственного права, созданные с целью регулирования частноправовых трансграничных торговых отношений – преимущественно коллизионно-правовые нормы, а также отдельные материально-правовые нормы;
- 2) неправовые нормы, регулирующие международные торговые отношения («транснациональное право», «субправо», «формулярное право», *lex mercatoria* и т.п.)⁴.

³ Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2004. С. 7. Следует отметить, что подобная тенденция, о которой пишет Н.Г. Вилкова, отмечается также и в работах иностранных авторов, в частности, К.П. Бергера, Г. Тойбнера, Дж. П. Калисса, Де Ли: Berger K.P. *The Practice of Transnational Law*. 2001. Berger (ed.), P. 1, 14; Teubner G. // *Rechtshistorisches Journal*. 1996. P. 255; Calliess G.P. // *E-Commerce und Wirtschaftspolitik*. Donges und Mai (ed.), 2001. P.189; De Ly // *Diritto del Commercio Internazionale*. 2000. P. 555.

⁴ См. подробнее: Мажорина М.В. Место права международной торговли в системе регулирования международных торговых отношений // *Lex russica*. 2009. № 3. С. 689-690; Мажорина М.В. Система регулирования международных торговых отношений // *Российское право в Интернете*. 2009. № 4.

Отмеченная эволюция системы нормативного регулирования современной трансграничной торговли не является, по нашему мнению, случайным стечением обстоятельств, а выступает отражением вполне закономерного процесса трансформации категории «источник права» в общеправовой теории.

В настоящее время в теории государства и права в противовес позитивистской концепции, традиционно рассматривающей источник права как внешнюю форму выражения правовой нормы, т.е. форму реального выражения и объективизации государственной воли господствующего класса, выраженной в нормах права⁵, формируется интегративный, системный подход к данной категории, в рамках которого источник права уже не мыслится как равнозначный понятию «форма права», а толкуется расширительно. С позиции данного подхода источник права предстает в качестве сложной, многозначной теоретической конструкции, раскрывающейся как микросистема входящих в нее элементов: материальных, идеальных, формально-юридических, политических, социальных источников⁶. Тем самым подчеркивается, что источник права необязательно исходит от государства как одной из форм организации публичной власти, а может формироваться и помимо его участия, как конечный продукт нормотворческой деятельности субъектов права, не наделенных государственно-властными полномочиями и не облеченных государственной властью. Соответственно, источниками права признаются не только законы как продукт деятельности органов законодательства, но и практика госучреждений (судебных, административных), а также нормы, создаваемые неопре-

⁵ Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М., 1976. С. 176.

⁶ См. об этом: Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права. Дис. к.ю.н. Самара, 2000; Гранат Л.Н. Источники права // Юрист. 1998. № 9; Общая теория права: Курс лекций / Под общ. ред. проф. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 1997; Иванюк О.А. Источник права: проблема определения // Журнал российского права. 2007. № 9; Морозова Л.А. Теория государства и права. Учебник. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Эксмо, 2008; Спиридонов Л.И. Теория государства и права: Учебник. – М.: Проспект, 2000.

деленной массой людей, связанных общностью жизни, так называемые нормы обычного права⁷. Источником права в широком смысле объявляются общественные отношения, объективная потребность в регулировании которых возникает в жизни общества и должна быть осознана законодателем⁸. Это целый комплекс социальных факторов, определяющих появление и действие права, – материальные и духовные, духовно-культурные условия жизни общества⁹. Декларируется, что право традиционно не сводится к закону, поскольку включает помимо нормативных положений и типичные формы поведения людей¹⁰.

Таким образом, обосновывается идея «двойственности» источников права, признающая существование как источников, имеющих государственно-властный характер, роль государства в формировании которых непосредственная, так и источников, которые носят социально-общественный, невластный характер, напрямую не устанавливаются государством, а лишь признаются, допускаются им¹¹.

Следует отметить, что основной постулат современного интегративного подхода относительно двойственного характера категории «источник права» выводится его сторонниками из объективной возможности признания в праве двух групп норм: 1) установленных непосредственно государством в лице компетентных законодательных органов и зафиксированных в текстах соответствующих актов государственной власти (нормы государственного происхождения) и 2) формируемых в процессе правосознания невластных субъектов отношений и не установленных государством, а лишь

⁷ Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. 1998. № 2.

⁸ Гранат Л.Н. Источники права // Юрист. 1998. № 9. С. 6.

⁹ Гранат Л.Н. Там же.

¹⁰ См. об этом, к примеру: Муравский В.Н. Актуальное право: происхождение, сущность, источники, соотношение с законом. Екатеринбург, 2004.

¹¹ См., к примеру: Иванюк О.А. Источник права: проблема определения // Журнал российского права. 2007. № 9; Тихомиров Ю.А. Нормативное регулирование: взлет или кризис? // Журнал российского права. 2006. № 4.

признаваемых, допускаемых им (нормы негосударственного происхождения).

Идея о том, что норма права, будучи по своей природе социальным регулятором, имеет социально-общественное (невластное) происхождение и потому не сводима исключительно к результатам правотворческой деятельности компетентных органов государственной власти, не является новой в правовой доктрине. Подобные воззрения были характерны еще для мыслителей XVIII-XIX веков¹². И в трудах правоведов прошлых столетий, и в работах современных авторов красной нитью проходит мысль о том, что в правовой действительности существует множество норм, возникающих вне государства, из общественного сознания или коллективной «народной воли», не отождествляемой с волей государства и автономной по отношению к ней. Такие нормы, как правило, лишь признаются (санкционируются) государством – приобретают характер общеобязательного, формально определенного правила поведения, обеспеченного возможностью государственного принуждения, но не устанавливаются им. Государству принадлежит лишь технико-юридическая роль, состоящая в необходимости придания сложившемуся правилу поведения юридической силы и снабжения его правовой санкцией, в необходимости его оформления согласно установленной процедуре. Первостепенное же значение в данном случае отводится адресатам данной нормы – частным (физическим и юридическим) лицам, их объединениям, союзам, ассоциациям, в процессе взаимодействия и сотрудничества которых и вырабатывается некий обобщенный, наиболее типичный стандарт поведения, рассчитанный на многократное применение.

¹² Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1994; Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990; Гоббс Т. Основы философии. Часть третья. О гражданине. Соч.: в 2 т. М., 1989. Т. 1; Монтескье Ш.-Л. О духе законов. Избр. произв. М., 1955; Пухта Г.Ф. Энциклопедия права. Ярославль, 1872; Спиноза Б. Политический трактат. Трактаты. М., 1998; Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или принципы политического права. Трактаты. М., 1969.

На двойственную природу источников права указывают также и современные зарубежные исследователи. Так, к примеру, в начале двадцатого века известный представитель западноевропейской социологической школы права Е. Эрлих полагал, что «исходная точка права лежит не в законах, а в самом обществе... Многочисленные фактические отношения во всех сферах общественной жизни постепенно складываются в правовые нормы. Каждое предприятие, каждая организация имеют свой порядок, свое право, которое они создают помимо государства»¹³.

Очевидность факта формирования в современном мире некой совокупности регуляторов, которая не вписывается в полной мере в традиционные (позитивистские) представления о праве, подтверждается также позицией К.П. Бергера, отмечающего: в традиционной теории источников права такое явление, как государственный суверенитет (*state sovereignty*), проявляется на сегодняшний момент не так рельефно; как следствие этого, договорное соглашение приобретает роль источника права не только для сторон, которые заключили договор, но и для бизнес-сообщества в целом¹⁴.

Американский исследователь Л. Фридмэн в книге «Американское право в двадцатом веке» предлагает оперировать категорией «право» в двух смыслах: в узком смысле как официальное право государства (так называемое формальное право) и в широком – в качестве системы вторичных норм, отвечающих на вопрос «как делать право?» (неформальное право). К данному праву автором отнесены правила о процедурах, о юрисдикции, о судебных процедурах, судах и судьях, порядке выборов, а также правила и нормы, образцы поведения, включающие помимо закона множество конкретных решений и действий, в том числе правовую культуру как отношение людей к праву, их убеждения, обычаи, ценности и идеалы¹⁵. В дальнейшем

¹³ Цит. по: Лившиц Р.З. Теория права. Учебник – М.: Издательство БЕК, 1994. С. 17-18.

¹⁴ Berger K.P. *Transnational Commercial Law in the Age of Globalisation* // Saggi, conferenze e seminare 42. Roma, 2001. P. 7.

¹⁵ Friedman Lawrence M., *American Law in the 20th Century*, New Haven: Yale University Press, 2002. - 722 P.

Л. Фридмэном формулируется вывод и о различном характере источников, в которых содержатся первичные нормы формального права и вторичные нормы неформального права.

Аналогичные взгляды находим у другого зарубежного автора И. Шихата, в свое время являвшегося Генеральным секретарем Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). Как отмечает исследователь, в настоящее время возникает необходимость более широкого понимания системы правового регулирования, которая не может ограничиваться только законами в том виде, в котором они были приняты, а должна включать все юридически обязательные правила и принятые процедуры разрешения споров независимо от того, соответствуют они писаному праву или имеют своим источником обычаи, судебную или административную практику¹⁶. По мнению И. Шихата, неформальное право – обычаи и обыкновения – надлежит рассматривать в качестве части системы правового регулирования, которая играет важную роль во всех обществах¹⁷.

Т. Френкел в работе «Без права, но не в бесправии»¹⁸, исследуя влияние практики на процесс создания правовых норм «централизованными» законодателями (государствами и международными организациями), отмечает, что интернационализация норм требует децентрализации права. В понимании автора данное обстоятельство означает, что практика творит правила поведения участвующих в нем субъектов, сдерживая неблагоприятное действие со стороны неуспешного правового опыта. Тем самым коммерческая практика, обычаи и обыкновения, будучи «децентрализованным правом», противопоставляются неэффективному национальному и международному праву, формируемому «централизованными» субъектами правотворчества. В связи с этим, по мнению Т. Френкела, данные регуляторы и играют исключительную роль

¹⁶ Шихата И. Правовая реформа. Теория и практика. М., Белые альвы, 1998. С. 38-43.

¹⁷ Шихата И. Там же. С. 42-43.

¹⁸ Frenkel T. Without Law, but not Lawless // Duke Journal of Comparative and International Law. 1998. № 2. P. 257.

для национального и межнационального коммерческого права. Далее исследователем подчеркивается, что в ряде случаев обычай и практика должны применяться преимущественно перед национальным законодательством, выбранным по коллизионной привязке.

Анализируя рассматриваемую проблематику, виднейший немецкий социолог права Гюнтер Тойбнер отмечает, что в настоящее время можно наблюдать ряд зарождающихся форм глобального права (global law), ни одно из которых не является созданием государств. Согласно позиции исследователя, появляющееся глобальное право представляет собой автономный правопорядок, который не должен рассматриваться как противостоящий стандартам национальных правовых систем¹⁹. Описывая характеристики подобного «глобального права», Г. Тойбнер подчеркивает, что границы такого права будут определяться не территорией, как это имеет место в отношении государств, а невидимыми корпорациями, рынками, профессиональными сообществами. По мнению автора, данное обстоятельство не может ни сказаться на развитии источников права: в результате начавшейся глобализации законодательные органы будут постепенно терять свою значимость при формировании источников права, а само глобальное право будет вырастать из самоорганизованных процессов структурного объединения права с постоянными специализированными процессами глобализации²⁰.

В развитие идеи Г. Тойбнера в зарубежной литературе подчеркивается, что международные отношения демократических стран больше не опосредуются представительными органами суверенного государства, а осуществляются напрямую. Негосударственные структуры становятся представителями и проводниками нового мирового правопорядка, который в отличие от международного права не связан напрямую с волей государства²¹. Происходит в

¹⁹ Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society // Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State. Brookfield: Dartmouth, 1997. P. 4.

²⁰ Teubner G. Op. cit. P. 7.

²¹ Slaughter A.M. International Law in a World of Liberal States // European Journal of International Law. 1995. P. 279.

некоторой степени делегирование регулирующей функции от государства к частным лицам как основным участникам международного торгового оборота – гражданам и их организациям, объединениям. А поскольку такие лица не наделены властными правотворческими функциями и в этом смысле отчасти противостоят государственному законодательному механизму, то и правопорядок, формируемый ими в процессе осуществления внешнеэкономической деятельности, будет также носить негосударственный характер.

Представленные выше позиции иностранных авторов согласуются с актуальной в последнее время в теории права концепцией «автопойетической системы».

Обозначение той или иной системы в качестве автопойетической (autopoietic) указывает на наличие у нее как минимум двух фундаментальных свойств – непрерывности и самосозидания, или самопорождения. Иными словами, автопойетическая система – это одновременно и синергетическая система, т.е. самоорганизующаяся, плюралистическая, «живущая» по своим собственным законам и правилам. Эти правила не задаются, по словам Ю.Ю. Ветютнева, в системе извне, а являются продуктом ее собственной деятельности, поэтому их истоки и содержание следует искать внутри системы²².

Проецируя законы синергетики и автопойетизма на правовую реальность, сторонники концепции «автопойетической системы» (Н. Луман, Г. Тойбнер, в частности) заявляют, что «в действительности не законы и иные нормативные акты сами по себе или принятые, как им и полагается, компетентными органами публичной власти, а лишь индивидуальные действия, имеющие или даже не имеющие возможные правовые последствия, и судебная практика составляют сердцевину правовой системы»²³. Данный постулат, как полагают ученые, следует из характера функционирования пра-

²² Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4. С. 64.

²³ Цит. по: Чичнева Е.А. Актуальные проблемы современного права, или новое правовое мышление // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2001/ №2 // http://www.philos.msu.ru/vestnik/philos/art/2001/tcichneva_actual.htm. Дата посещения: 05.07.2009.

вовой «машины»: решение тех или иных споров или проблем непосредственно судом или сторонами сделки представляет собой не случайную деятельность и не механическое применение общих правил к частным случаям, а нормотворчество, т.е. является одновременно деятельностью по поддержанию системы и усилению ее автономности. Это так называемый «негосударственный сектор нормотворчества», главное преимущество которого состоит в том, что его нормы не нуждаются в процедуре признания их недействительными, поскольку их соблюдение осуществляется добровольно, а время их «жизни» определяется коэффициентом их жизненной активности. Норме следуют до тех пор, пока она успешно регулирует те или иные отношения, и ей перестают следовать, если и когда экономическая ситуация делает норму непригодной²⁴.

Под влиянием идеи о нормотворческой правосубъектности негосударственных структур происходит расширение понятия «норма права», которая перестает быть только жестко установленным государством правилом, а предстает также и в качестве диспозитивного результата правотворческой деятельности частных лиц. Такое понимание нормы позволяет представителям рассматриваемой концепции сформулировать вывод о множественности и принципиальной открытости источников права: новое частное право уже не может строиться по чрезвычайно узкой схеме, когда публичное признание того или иного нормативного акта достигается исключительно посредством его государственного утверждения или в результате его проведения через судебные органы (т.е. присвоением официальной правовой системой в качестве своего достояния того, что прекрасно существует и функционирует и без одобрения «свыше»). Законодатель сам по себе, даже призвав на помощь «рациональную аргументацию», но не учитывая интересы и стратегии непосредственных участников экономического оборота, не способен стандартным образом упорядочить новые феномены и связанные с

²⁴ Там же.

ними возможности, которые непрерывно порождаются частным правом. И здесь на передний план выходит вопрос о самокоординации и саморегуляции частных субъектов права²⁵. Возникает потребность в создании современной негосударственной по своему происхождению нормативной системы, которая была бы эффективнее и универсальнее, чем традиционная, государственная, и в полной мере отвечала потребностям трансграничного рынка.

Существование некоего набора правил, напрямую не связанного с государственным (или межгосударственным) законотворческим процессом, автономного от него, является, как нам представляется, вполне очевидный и трудно оспоримый факт. Однако внешние формы выражения (источники) таких «внезаконодательных» правил, их количественный и качественный состав выступают на сегодняшний день предметом острых дискуссий среди ученых.

Следует отметить, что деление источников права на государственные и негосударственные характерно также и для отечественной теории права. Одним из первых исследователей, указавших на возможность проведения такой классификации на основе рецепирования законов синергетики в правовое поле, стал Ю.Ю. Ветютнев. Анализируя четыре основных источника права – нормативно-правовой акт, правовой договор, судебный прецедент и правовой обычай – исследователь условно разделяет их на два класса, один из которых объединяет в себе нормативно-правовой акт и правовой договор, другой – включает судебный прецедент и правовой обычай²⁶. Своего рода «водоразделом» для данных двух классов служит степень (уровень) самоорганизации входящих в них источников.

Наиболее ярким проявлением самоорганизации в системе источников права, как считает Ю.Ю. Ветютнев, обладает правовой обычай. «Самоорганизация принимает здесь, пожалуй, самую концентрированную форму: правило поведения возникает не как итог

²⁵ Чичнева Е.А. Указ. соч.

²⁶ Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4. С. 65.

деятельности властно-распорядительных органов, а складывается естественным образом в ходе нормального течения общественных отношений. Роль государства сводится к минимуму – оно лишь подтверждает обязательность уже сложившегося правила, обеспечивает его государственным принуждением, не вмешиваясь в процесс правообразования. При этом вовсе не требуется санкционировать каждый обычай по отдельности, достаточно перечислить в законе условия, которым такие нормы должны удовлетворять»²⁷.

Адаптируя сформулированную в рамках интегративного подхода теорию «двойственности» источников права к международному частному праву в целом и к праву международной торговли, в частности, целесообразным представляется говорить и о двух видах источников, регулирующих отношения по ВЭС:

- 1) *источники государственного регулирования* (или источники в формально-юридическом смысле): а) внутригосударственные и б) международно-правовые источники, содержащие коллизионные и материальные нормы. Все они формируются как результат правотворческой деятельности законодательных органов государственной власти и напрямую исходят от государства;
- 2) *источники негосударственного регулирования* (или источники неформального права), создаваемые непосредственно лицами, не облеченными публично-властными функциями. Это так называемые самоорганизующиеся, самоуправленческие источники регулирования ВЭС, которые отличаются от несамоуправленческих государственных законов: 1) осознанием и добровольным принятием участниками международного делового оборота; 2) заинтересованностью добровольного исполнения; 3) самоконтролем, сочетаемым в определенных случаях с государственным контролем; 4) самоответственностью; 5) признанием и защитой со стороны закона; 6) а также гармоничным сочетанием частных и публичных интересов.

²⁷ Ветютнев Ю.Ю. Указ. соч. С. 66.

Формирование негосударственной составляющей системы регулирования внешнеэкономических сделок есть, по нашему убеждению, обязательный и закономерный этап прогрессивного развития международного частного права.

Проведенная классификация источников регулирования ВЭС свидетельствует о необходимости постепенного отхода в международном частном праве от формального толкования категории «источник права» в пользу исследования ее через призму эффективности/неэффективности правового регулирования. Неслучайным в связи с этим видится обоснование в отечественной науке категории «правовой регулятор» как наиболее предпочтительной для международного частного права по сравнению с категорией «источник права».

Как пишет В.А. Канашевский, в случаях, когда в качестве применимой оказывается норма международного или иностранного права, для объяснения их действия на территории определенного государства категория «источник права» не может быть использована²⁸. Обусловлено это, по мнению исследователя, тем, что термин «источник права» служит для выражения единоличной воли конкретного государства на признание за определенными правилами поведения качества правовой нормы. Им охватываются, таким образом, лишь формы объективизации внутригосударственных, национальных норм, поскольку именно в отношении данной категории норм государство в пределах предоставленного ему суверенитета имеет право выразить свое абсолютное властное веление. Соответственно, употребление термина «источник права» предполагает, прежде всего, что речь идет о национальных, внутригосударственных источниках.

В отличие от внутренних норм государства в международных нормах выражена воля не только данного государства, но и других государств, которые принимали участие в создании нормы либо

²⁸ Канашевский В.А. Нормы международного права и гражданское законодательство России. М.: Междунар. отношения, 2004. С. 15.

уже после ее создания выразили свое согласие с ней. Следовательно, международные нормы не могут рассматриваться в качестве источников права данного государства и занимают обособленное положение в правовой системе страны²⁹.

Иностранные нормы, по мнению В.А. Канашевского, также не могут быть квалифицированы в качестве источников национально-го права (Российской Федерации, к примеру), поскольку выражают волю иностранного государства (государства своего происхождения), и в признании за ними качества правовой нормы государство, на территории которого они подлежат применению, не участвовало. Вместе с тем, государство может допустить (санкционировать) действие на его территории норм иностранного и международного права. В этом случае последние будут регулировать и упорядочивать возникающие правоотношения наряду с внутригосударственными нормами. Данное обстоятельство позволяет характеризовать международные и иностранные нормы в качестве правовых регуляторов.

Таким образом, заключает В.А. Канашевский, понятия «источник права» и «правовой регулятор» не являются синонимичными и имеют различное функциональное назначение: категория «источник права» призвана конституировать правило поведения в качестве правовой нормы и, следовательно, имеет жесткую привязку к правовой системе конкретного государства; категория «правовой регулятор» обозначает все объективное право, все действующие на территории государства правовые нормы (национальные, иностранные, международные)³⁰.

Несколько по-иному категория «правовой регулятор» толкуется в общей теории права. Так, по мнению А.Б. Венгерова, правовой регулятор представляет собой самостоятельную разновидность нормативных регуляторов, которые, в свою очередь, образуют социальную нормативно-регулятивную систему. Как и иные норма-

²⁹ Там же.

³⁰ Канашевский В.А. Указ. соч. С. 16.

тивные регуляторы (к числу которых ученый относит, в частности: моральный, юридико-технический, нормативно-технический, корпоративный и т.д.) правовой регулятор устанавливает конкретные, четкие рамки для поведения участников общественных отношений, содержит одинаковый масштаб (меру) поведения и характеризуется непсонифицированностью адресатов, обязательностью исполнения, повторяемостью действия, наличием санкций за нарушение правил поведения³¹. А наличие особого механизма правового регулирования, обеспеченность его возможностью государственного принуждения позволяют говорить о правовом регуляторе как об автономной нормативной подсистеме.

В целом под правовым регулятором А.Б. Венгероv понимает право как таковое (в объективном смысле) и относит к числу его разновидностей правовой обычай, прецедент, доктрину. Позиция других теоретиков права во многом аналогична взглядам А.Б. Венгерова³².

Как видим, в теории права термин «правовой регулятор» несет иную смысловую нагрузку, нежели в рамках международного частного права. С точки зрения теории права он служит для обозначения внутреннего качества права, его неотъемлемых свойств как специфического нормативного регулятора правоотношений. Данным термином обнимается содержательный элемент понятия «право». В отличие от термина «правовой регулятор», категория «источник права» призвана отразить лишь внешние признаки права и обозначить формальный элемент данного понятия.

При этом не следует забывать, что любому явлению действительности, в том числе и объективному праву, всегда присущи одновременно два неотъемлемых атрибута – форма и содержание, которые существуют во взаимосвязи и взаимодействии. Они неотделимы друг от друга и являют собой составные части единого целого. Невозможно представить себе «аморфное» право, не имеющее

³¹ Венгероv А.Б. Указ. соч. С. 300.

³² См. об этом, к примеру: Морозова Л.А. Указ. соч. С. 212-213.

внешней формы выражения, точно так же, как невозможно допустить существование правовой формы без наполнения ее внутренним содержанием. Все это позволяет заключить, что оперирование в науке исключительно лишь одним из упомянутых терминов («источник права» или «правовой регулятор») не отражает качества системности объекта исследования и приводит к одностороннему изучению такого многоаспектного явления, как право. В случае приоритетного применения термина «источник права» рассматривается лишь внешний, формальный аспект права и, наоборот, при решении вопроса в пользу термина «правовой регулятор» территория проводимого исследования будет ограничиваться лишь внутренним аспектом, не охватывая внешнюю сторону рассматриваемого явления.

Чтобы избежать подобной односторонности, в рамках данного исследования мы попытались синтезировать две правовые конструкции – «источник права» и «правовой регулятор» – в одну общую и вывести интегрированный термин «источник регулирования отношений». Данный термин является более универсальным, поскольку указывает одновременно на присущие праву внешнюю форму выражения и внутреннюю регулятивную функцию, отвечает требованиям системного подхода в изучении и анализе того или иного объекта. С другой стороны, данный термин позволяет отойти от узкой трактовки источника права как внешней формы объективизации исключительно государственной воли и рассматривать его в широком смысле как совокупность нормативных регуляторов, которые не исходят непосредственно от государства, а являются результатом общественной, невластной деятельности, носят социально детерминированный характер. Наличие же в термине слова «регулирование» отражает обусловленную характером регулируемых международных частнопровых отношений потребность в обращении к нормам международного и иностранного права.

§ 2. Соотношение источников государственного и негосударственного регулирования ВЭС

Источники государственного регулирования. Изучению унифицирующих международных договоров, содержащих материально-правовые и коллизионные нормы, а также отечественного и зарубежного законодательства в сфере регулирования внешнеэкономической деятельности отводится значительное место практически в каждом научном источнике по международному частному праву. При этом особо подчеркивается, что международные договоры и акты национального законодательства (источники национального права) являются основными и наиболее продуктивными формально-юридическими источниками государственного регулирования «международных невластных отношений». Тем не менее, в научной литературе все чаще утверждается, что на сегодняшний день ни национальное, ни международное право не в состоянии обеспечить эффективное и адекватное упорядочение таких отношений.

Как пишет С.В. Бахин, столь негативная характеристика источников государственного регулирования внешнеэкономических сделок обусловлена неприспособленностью ни международных, ни национальных норм к оптимальному упорядочению интернациональных хозяйственных отношений³³. Так, назначение национального права, по мнению ученого, состоит в том, чтобы «обеспечить нормальное функционирование общества и, соответственно, урегулировать отношения, складывающиеся на территории своего государства»³⁴, но отнюдь не трансграничные частноправовые отношения, выходящие за пределы государственной территории (а право-

³³ См. об этом, в частности: Бахин С.В. Субправо = sublaw: Международные своды унификации контрактного права. СПб: Юрид. центр Пресс, 2002; Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права): Дисс. ... докт. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2003.

³⁴ Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права): Дисс. ... докт. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2003.

отношения по внешнеэкономической сделке принадлежат именно к данной категории). Из специального назначения национального права вытекает и соответствующая функциональная особенность внутригосударственных нормативных актов – упорядочивание отношений преимущественно между субъектами отечественного права. Лишь незначительная их часть, согласно мнению С.В. Бахина, специально предназначена для регулирования отношений между субъектами международного гражданского оборота³⁵.

Получается, что любая национальная правовая система оказывается «запрограммированной» исключительно на узкий круг отношений, имеющих внутригосударственный характер, что в конечном итоге тормозит процессы унификации и гармонизации между несколькими странами и порождает многочисленные коллизии. А это в итоге создает дополнительные трудности в деле реализации основной, регулятивной, функции международного частного права.

К тому же, обращение к национальному праву одного из контрагентов внешнеэкономической сделки открывает для последнего очевидные преимущества, выражающиеся в надлежащем знании норм «своего» законодательства. Другой участник сделки, будучи незнакомым в достаточной степени с «чужим» законодательством, рискует столкнуться с непривычной для себя регламентацией отношений, что может привести к неоправданным убыткам³⁶. Как заключает С.В. Бахин, существенные различия в регулировании одних и тех же отношений в разных странах неизбежно создают многочисленные ловушки для участника, полагающегося на привычную правовую регламентацию³⁷.

Не содействуют оптимальной регламентации внешнеэкономической сделки и коллизионные национальные нормы. Будучи по

³⁵ Там же.

³⁶ Малкин О.Ю. Автономия воли во внешнеэкономических сделках: Дисс... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 86.

³⁷ Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права): Дисс. ...докт. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2003. С. 204.

своей природе отсылочными, национальные коллизионные нормы не дают ответа на вопрос об объеме и содержании прав и обязанностей сторон трансграничного правоотношения и, не осуществляя непосредственного регулирования данного правоотношения, применяются лишь вместе с материальными нормами избранного правопорядка. К тому же неэффективность национального коллизионного способа регулирования может выражаться и в наличии нескольких коллизионных критериев, одновременно устанавливаемых законодателем для одной и той же группы правоотношений, что, несомненно, приводит к юридической неопределенности. В целом, «коллизионные отсылки к внутреннему праву разных стран, – отмечает Л.А. Лунц, – вообще не могут обеспечить надлежащего регулирования внешнеторговых сделок, ибо многие виды такого рода сделок (в особенности в сфере заморской торговли) вообще не укладываются в рамки традиционных категорий гражданского или торгового права»³⁸.

Еще одним негативным моментом применения национального законодательства в качестве источника регулирования трансграничных частноправовых отношений выступает «фундаментальное» противоречие между интернациональным характером отношений международного экономического оборота и национальным в своей основе способом регламентирования возникающих в этой связи коммерческих, гражданско-правовых отношений. По мнению Н.Г. Вилковой, впервые на это было обращено внимание в докладе Т. Попеску на II конгрессе сравнительного права, состоявшегося в 1976 году в Риме под эгидой УНИДРУА: ...международные коммерческие отношения регламентируются нормами внутреннего права; отсюда возникает противоречие между интернациональным характером юридических отношений, с помощью которых они регламентируются (контракт и т.п.), и национальным или внутренним правом, которое регулирует эти юридические отношения³⁹. Такое

³⁸ Лунц Л.А. Указ. соч. С. 25.

³⁹ Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: «Статут», 2004. С. 57-58.

противоречие, как отмечает Н.Г. Вилкова, является постоянным источником неуверенности в международных коммерческих отношениях. Именно поэтому данные отношения стремятся уйти от суверенитета национального закона, чтобы провозгласить свое право на создание таких юридических рамок, в которых международная торговля нуждается для своего развития⁴⁰.

Другим обстоятельством, подтверждающим неприспособленность национального права к регулированию внешнеэкономических сделок, является, согласно позиции С.В. Бахина, его малоподвижность и консерватизм. Как отмечает исследователь, национальное право все чаще не успевает реагировать на стремительные изменения в международном обороте и динамике интеграционных процессов, оно очень медленно приспосабливается к постоянному расширению и усложнению форм коммерческого взаимодействия разнонациональных субъектов, появлению новых разновидностей торгово-экономических связей⁴¹.

Не обеспечивают надлежащего регулирования трансграничных коммерческих отношений и нормы международных договоров. Связано это с тем, что в настоящее время принято лишь небольшое число международных соглашений, содержащих унифицированные материально-правовые нормы. Упорядочивание правоотношений по внешнеэкономической сделке посредством такого рода соглашений не может осуществляться эффективно, поскольку они, «...во-первых, разрозненны и фрагментарны; во-вторых, чаще всего создаются на основе компромисса и поэтому не в состоянии обеспечить подлинного единообразия в регулировании соответствующих отношений; в-третьих, сплошь и рядом либо вообще не вступают в силу, либо действуют для незначительного числа государств, и, наконец, создаются и согласовываются так долго, что к моменту вступления в силу оказываются не адекватны реальным экономическим отношениям»⁴².

⁴⁰ Там же.

⁴¹ Бахин С.В. Указ. соч. С. 204.

⁴² Бахин С.В. Указ. соч. С. 204.

Аналогичную точку зрения высказывает и В.А. Канашевский: «Идеальной может быть ситуация, когда государство вырабатывает общие нормы, применимые ко всем видам внешнеэкономических сделок, регулирующие все возникающие вопросы, например, путем принятия мирового или, скажем, европейского гражданского кодекса. Однако на сегодняшний момент мировое сообщество очень далеко от практической реализации таких идей. Процесс создания единых материальных норм осуществляется лишь в отдельных областях торговли (международная купля-продажа, международные перевозки, отчасти расчеты), в то время как не затронуты унификацией многие другие области международной торговли, например, страхование. Кроме того, действующие конвенции регулируют далеко не все вопросы, возникающие у сторон в процессе реализации соответствующих контрактов, а у суда – в процессе разрешения споров»⁴³.

Немаловажную роль в деле выявления недостатков международного конвенционного регулирования играет и компромиссный характер ряда действующих международных соглашений. Чаще всего компромиссные решения появляются в тех случаях, когда в правовых семьях (прежде всего, романо-германского и англосаксонского права) или отдельных правовых системах содержатся не просто не совпадающие, а диаметрально противоположные варианты правового регулирования. Таким образом, компромиссы существенно снижают унифицирующий эффект соответствующих соглашений⁴⁴ и приводят к образованию пробелов. Такое совмещение подходов континентального и англо-американского права в части правовой регламентации международной купли-продажи, по мнению Дж. Чешира и П. Норта, «не сулит особых успехов, если учитывать принципиальные коренные различия, существующие между англосаксонскими и континентальными системами, а также свойст-

⁴³ Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: правовое регулирование. М.: «Международные отношения», 2005. С. 60-61.

⁴⁴ Бахин С.В. Правовые проблемы договорной унификации // Московский журнал международного права. 2002. № 1(45). С. 136-137.

венные нашему времени националистические тенденции»⁴⁵, и таит в себе множество проблем, связанных с толкованием международно-правовых норм⁴⁶.

Дополнительным обстоятельством, подтверждающим недостаточность правового регулирования института внешнеэкономической сделки нормами международных договоров, выступают ограниченность их сферы действия и неурегулированность целого комплекса имеющих отношение к ВЭС вопросов. В этом нетрудно убедиться, обратившись, в частности, к тексту Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года (далее – Конвенция).

Следует отметить, что рассматриваемая Конвенция не действует в отношении международной торговли товарами в электронной форме, осуществляемой при помощи современных информационно-коммуникационных систем на основе различных электронных сетей и в силу ее мобильности так широко распространенной в настоящее время. Применительно же к трансграничной поставке движимых материальных ценностей Конвенцией урегулированы лишь вопросы заключения договора, вытекающие из него обязательства продавца и покупателя, переход рисков случайной гибели или повреждения товара, ответственность сторон за неисполнение своих обязательств, освобождение от ответственности. Остальные вопросы, составляющие неотъемлемую часть процесса международного обмена товарами, как то: действительность самого договора или отдельных его положений; последствия, которые может иметь договор в отношении права собственности на проданный товар; уступка прав и передача обязательств (перевод долга); зачет требова-

⁴⁵ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. Пер. с англ. С.Н. Андриановой / Под ред. М.М. Богуславского. М., ПРОГРЕСС, 1982. С. 26.

⁴⁶ Так, к примеру, на сегодняшний день в международном частном праве отсутствует какой-либо механизм, обеспечивающий единообразное толкование Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года, а ее положения не содержат четких правил интерпретации отдельных статей. См. об этом: Викторова Н.Н. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года: толкование и применение национальными судами государств: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2006.

ний; погасительная (исковая) давность; взыскание договорной неустойки, уменьшение ее размера, соотношение с убытками; размер процентов годовых и порядок их начисления при просрочке денежного обязательства; правовые последствия представительства для третьих лиц; порядок разрешения споров и т.д.⁴⁷, остаются вне рамок правовой регламентации рассматриваемого международного источника⁴⁸. Примечательно, что в науке международного права бытует мнение, согласно которому подобное ограничение круга регулируемых вопросов, охватываемых сферой действия Конвенции, надлежит трактовать как одну из разновидностей пробелов, именуемых «*lacunae intra legem*»⁴⁹.

Отказ составителей Конвенции от решения многих важных вопросов, ответы на которые приходится искать, обращаясь к национальному праву, подрывает, по словам С.В. Бахина, унифицированное регулирование торговых операций⁵⁰. А значительные от-

⁴⁷ Систематизируя не затронутые положениями Венской конвенции аспекты международной купли-продажи товаров, В.А. Канашевский выделяет две группы вопросов, не нашедших конвенционного закрепления. Первую группу составляют вопросы, прямо исключенные из сферы действия Конвенции (действительность договора, право собственности на проданный товар, ответственность продавца за причиненные товаром повреждения здоровья или смерть какого-либо лица), а вторую группу – вопросы, которые Конвенция просто обходит молчанием (например, касающиеся правоспособности сторон, представительства и доверенности, исковой давности, конкретный размер процентов годовых при просрочке исполнения денежных обязательств, положения о неустойке и др.). Некоторые из указанных вопросов, как отмечает В.А. Канашевский, «традиционно исключаются из предмета регулирования международных конвенций (правоспособность сторон, права собственности на товар), другие не попали в сферу действия Конвенции, поскольку по ним не удалось достигнуть единообразного подхода. Ведь даже коллизионное регулирование данных отношений является отличным в праве различных государств». См. об этом: Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: правовое регулирование. М.: «Международные отношения», 2005. С. 26.

⁴⁸ Ряд из перечисленных выше аспектов международной купли-продажи товаров в настоящее время урегулирован на межгосударственном уровне и находит свое закрепление в таких конвенциях, как: Конвенция ООН о представительстве при международной купле-продаже товаров 1983 г., Конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г. Однако такое регулирование ввиду его фрагментарности и неимплементации в большинстве стран вряд ли сможет претендовать на существование в качестве универсального, унифицированного правового инструмента в рассматриваемой области международных отношений.

⁴⁹ См. об этом: Викторова Н.Н. Указ. соч. С. 87.

⁵⁰ Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). Спб.: Изд.-во «Юридический центр Пресс», 2002. С. 56.

личия правовых решений в Венской конвенции от тех подходов, которые имеются в нормативном регулировании и правоприменительной практике отдельных государств, безусловно, создают определенные трудности для участников международной торговли, поскольку такие участники еще не в полной мере адаптировались в своей деятельности к новым правовым рамкам⁵¹. «Это в полной мере относится и к российским предпринимателям, поскольку ряд положений Конвенции существенным образом отличается от соответствующих положений российского права. Это же справедливо и в отношении российских юристов, потому что при применении на практике Конвенции они столкнутся с понятиями и концепциями, которые отсутствуют в отечественном праве, а иногда и прямо противоположны содержанию правовых норм, подлежащих применению к внешнеторговым сделкам до вступления в силу Венской конвенции»⁵².

Источники негосударственного регулирования. Неэффективность источников государственного регулирования внешнеэкономических сделок (как международных, так и национальных), а во многом и их инертность в условиях начавшегося мирового финансового кризиса, требующего мобильного и продуктивного решения глобальных экономических проблем, побудила самих участников международного торгового оборота консолидировать свои усилия в деле осуществления автономной от государства регламентации складывающихся между ними отношений. Результатом такой активной нормотворческой деятельности частных субъектов стали так называемые источники негосударственного регулирования, получившие широкое распространение среди международного бизнес-сообщества, но до сих пор остающиеся не признанными некоторыми национальными законодателями и правовой доктриной.

⁵¹ Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий / Под ред. В.М. Кулешова. М.: Юрид. лит., 1994. С. 7.

⁵² Там же.

Отмеченные недостатки государственных международно-правовых и национально-правовых инструментов регулирования трансграничных коммерческих отношений являются далеко не единственным фактором, обусловившим формирование в международном частном праве концептуально новой системы источников. Немаловажную роль в деле становления идеи о необходимости разработки и внедрения современной и более гибкой системы источников регулирования внешнеэкономических сделок сыграл возникший в конце XX века экономический феномен в виде глобализации экономики.

По определению Генерального секретаря ООН Пан Ги Муна, глобализация является общим термином, обозначающим все более сложный комплекс трансграничных взаимодействий между физическими лицами, предприятиями, институтами и рынками⁵³. Следствием такого взаимодействия становятся: стирание межгосударственных границ, снижение роли государства в осуществлении транснациональной экономической деятельности, освобождение экономических отношений от любых связей с государствами, занятие ими места вне и выше государства⁵⁴. Возникает новая экономическая неоглобализованная формация, развитие которой требует строительства адекватной ее потребностям правовой надстройки, некой глобализованной нормативной системы, основное предназначение которой состояло бы в юридическом оформлении и регулировании современных трансграничных отношений. Как нам представляется, такая нормативная система не может быть сведена к простой совокупности национальных правопорядков, поскольку требует не разрозненного, «лоскутного» регулирования, а единообразной, универсальной для всех без исключения правовой регламентации. Она должна включать современные, так называемые альтернативные, источники регулирования, отличные от внутри- и

⁵³ Мун П.-Г. Глобальные вызовы человечеству: доклад Генеральной Ассамблее ООН / П.-Г. Мун // Спасение. 2008. № 11. С. 6 – 7.

⁵⁴ См. об этом: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2004. С. 53.

межгосударственных источников, восполняющие их недостатки и дополняющие их.

Еще одна причина поиска негосударственных источников регулирования внешнеэкономических сделок, которые бы дополняли, а в ряде случаев и полностью замещали государственное регулирование, коренится в самом способе воздействия на трансграничные частноправовые отношения. Как известно, большая часть таких отношений регламентирована при помощи диспозитивного метода, предоставляющего субъектам права широкие возможности автономного, свободного поведения, выбора соответствующих решений. «Этот метод – отношения равенства, эквивалентности, согласия»⁵⁵. Он допускает возможность отклонения от заданного государством курса поведения по соглашению сторон, предусматривая определенную модель поведения лишь на случай, если в соглашении не установлено иное. Отсюда и другое название данного метода как восполнительного, призванного восполнить не выраженную в договоре волю сторон. «...Принцип диспозитивности необходим для гибкого регулирования экономики, помогает избежать чрезмерно жесткой регламентации отношений без учета особенностей конкретного случая. Его действие помогает разрешить диалектическое противоречие между общим характером (абстрактностью) нормы как правила, рассчитанного на неоднократное применение, и спецификой конкретного случая (данной внешнеэкономической сделки), когда общее должно быть соотнесено с индивидуальным»⁵⁶. Как пишет Г.М. Вельяминов, рассматриваемый принцип «выражает интересы свободного рынка, лежит в русле концепции торговой глобализации и служит по существу стимулом международных усилий в направлении унификационного процесса»⁵⁷.

⁵⁵ Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. – 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. С. 380.

⁵⁶ Зыкин И.С. Внешнеэкономические отношения: теория и практика правового регулирования: Дисс. ...докт. юрид. наук. М., 1991. С. 63.

⁵⁷ Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс). Учебник. М.: Волтерс-Клувер, 2004. С. 305.

Основной формой выражения и реализации принципа диспозитивности в системе права выступает диспозитивная норма, которая согласно И.С. Зыкину содержит два правила: 1) первое предоставляет сторонам право самим урегулировать свои отношения; 2) второе правило носит по большей части субсидиарный характер и установлено на тот случай, если стороны не воспользуются указанным выше правом⁵⁸.

Следует отметить, что первое из выделенных И.С. Зыкиным в рамках диспозитивной нормы правило совпадает по своему значению с формулировкой в международном частном праве принципа автономии воли сторон и позволяет рассматривать его также в качестве одного из факторов образования негосударственных источников регулирования внешнеэкономических сделок.

В современной зарубежной доктрине (М. Калейб, С. Кельсен, В. Риз) обосновывается концепция, согласно которой автономия воли, предполагая свободу выбора контрагентами по сделке той или иной системы для регулирования возникающих между ними отношений, приобретает у государства, делегирующего таким контрагентам часть своих законодательных полномочий, посредством которых и формируется контрактное право. Как утверждает Г. Кегель, «... в то время как международное частное право постоянно решает само, применение какого права... более соответствует интересам сторон, при обязательственных договорах оно уступает первое место сторонам: им позволено достигать соглашения о применимом праве»⁵⁹. «Посредством... придания выбору сторон определяющей роли стороны фактически могут облечь себя властью, которой они не могли бы иначе обладать»⁶⁰. Иными словами, существование автономии воли допускает возможность замещения государства негосударственным субъектом в нормотворческой дея-

⁵⁸ Зыкин И.С. Указ. соч. С. 61.

⁵⁹ Цит. по: Рубанов А.А. Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // Советский ежегодник международного права. М., 1987. С. 226.

⁶⁰ Цит. по: Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 30.

тельности и позволяет рассматривать такую свободу как «саму себе законодательствующую»⁶¹.

Отмеченная особенность автономии воли позволяет трактовать ее в широком смысле – не только как возможность избрания сторонами в качестве применимого национального правопорядка определенного государства, но и как способность установления в качестве регулятора «вненациональной» нормы – обычая международной торговли, обыкновения, единообразных сводов или кодификаций, словом, всех тех форм, которые охватываются термином «негосударственный источник». При этом данную возможность не следует толковать как потенциальную, теоретически предполагаемую, но надлежит рассматривать как реально существующую и реализуемую. Такой вывод следует из анализа норм международного права, прямо или в косвенной форме предусматривающих право сторон по внешнеэкономической сделке выбирать негосударственные источники для регулирования соответствующих отношений.

Одним из первых международных документов, которые допускали ссылку на «ненациональные» нормы в качестве регулятора договорного правоотношения, стала Резолюция об арбитраже в международном частном праве, принятая Институтом международного права в 1957 году⁶². Данная Резолюция гласит, что «стороны имеют полную автономию при определении процессуальных и материальных норм и принципов, применимых в арбитраже» (ст. 6). А далее установлено, что «эти нормы и принципы могут выводиться... из ненациональных источников, например, из принципов международного права, общих принципов права и обыкновений международной коммерции». Вслед за данной Резолюцией в 1991 году была утверждена другая – резолюция об автономии воли в международ-

⁶¹ Данная характеристика автономии воли была в свое время сформулирована известным немецким философом И. Кантом в его работе «Метафизика нравов». См.: Кант И. Сочинения. М., 1978. Т. 4. Ч. I. С. 273.

⁶² Резолюция Института международного права 1957 г. об арбитраже в международном частном праве // http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1957_amst_03_en.pdf. Дата посещения: 07.11.2010.

ных контрактах между частными лицами или объединениями, которая, хотя и закрепляет в ст. 2 возможность для сторон избрать в качестве применимого лишь право какого-либо государства (национальный закон), в преамбуле, тем не менее, содержит оговорку, касающуюся арбитража и допускающую «выбор сторонами и применение норм права, иных, нежели нормы конкретного государства»⁶³.

Еще одним международным актом, трактующим автономию воли как право сторон ссылаться, в том числе и на вненациональные источники, выступает Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года. Согласно ст. 28.1 Типового закона арбитраж разрешает спор в соответствии с правовыми нормами, которые были выбраны сторонами. При этом, как отмечается в литературе, «выбор сторон не обязательно должен быть ограничен системами национального права, но может включать, например, нормы международных конвенций, которые еще не вступили в силу»⁶⁴.

Расширительно, по мнению ряда ученых, надлежит толковать и п. 1 ст. 42 Вашингтонской конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 года, в котором закрепляется возможность для сторон выбрать ненациональное право, такое, как *lex mercatoria*.

Всеобщее международное признание автономии воли сторон в широком смысле вызвало к жизни феномен «контрактуализации» права.

«Контрактуализация» внешнеэкономических отношений, является, как утверждает Н.Г. Вилкова, одним из направлений перехода от межгосударственного к частноправовому инструмента-

⁶³ Резолюция Института международного права об автономии воли сторон международных контрактов между частными лицами и образованиями 1991 г. // http://www.idi-iii.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_02_en.PDF. Дата посещения: 07.11.2010.

⁶⁴ Цит. по: Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дисс. ...канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 85.

рию регулирования международных коммерческих договоров⁶⁵, что обусловлено, в свою очередь, расширением диспозитивности внутригосударственного регулирования гражданско-правовых отношений, а также возрастанием взаимовлияния отдельных правовых систем вследствие глобализации международных экономических отношений, приводящей к переплетению и более глубокому взаимодействию хозяйствующих субъектов отдельных стран в рамках транснациональных компаний и иных образований⁶⁶. Частноправовой метод регулирования является дозволи-тельным, характеризуется наделением субъектов на началах их юридического равенства способностью правообладания, диспозитивностью и нормотворческой инициативой, обеспечивает установление правоотношений на основе правовой и имущественной самостоятельности сторон⁶⁷.

Отражением процесса перехода к частноправовому методу в правовой сфере, выступает, по мнению Н.Г. Вилковой, эволюция источников регулирования внешнеэкономических сделок – от национальной изолированности и стремления подчинить отношения по сделке только национальному праву к развитию единообразного международного регулирования и появлению новых, негосударственных, нормативных инструментов.

В отечественной правовой науке одним из первых ученых, исследовавших феномен негосударственных регуляторов, стал И.С. Зыкин. Явления правовой действительности, которые не являются законодательством в его традиционном понимании, он предложил именовать системой «негосударственного регулиро-

⁶⁵ В рамках второго направления такого перехода имеет место замена государства как участника унификационного процесса неправительственными организациями (Международная торговая палата, Международная федерация инженеров-консультантов, международные ассоциации торговли отдельными товарами).

⁶⁶ Вилкова Н.Г. Применение ИНКОТЕРМС в практике МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1.

⁶⁷ Долинская В.В. Частноправовые формы и методы экономического саморегулирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2.

вания»⁶⁸. Такая постановка вопроса, как пишет И.С. Зыкин, «базируется на мнении о том, что целесообразно различать предписания, являющиеся результатом нормотворческой или правоприменительной деятельности государств или их органов (такие, как нормы международного договора или национального законодательства, решения государственных судов и пр.), и положения, возникшие в процессе деятельности самих участников делового оборота или организаций, их объединяющих, либо в связи с такой деятельностью (обычные правила, договорные условия, арбитражная практика)»⁶⁹. К числу последних исследователь относил, в частности:

- своды единообразных правил, кодифицируемых неправительственными международными организациями (типа Инкотермс, Унифицированных правил по документарным аккредитивам и инкассо);
- типовые контракты на отдельные виды товаров, разрабатываемые торговыми ассоциациями;
- примерные (типовые) договоры на фрахтование судов, образцы агентских соглашений и других договоров, используемых в торговом мореплавании (подготавливаются ассоциациями судовладельцев и иными организациями);
- кодексы поведения (Международный кодекс рекламной практики, Кодекс поведения при совершении документов франшизы, подготовленные соответственно Международной торговой палатой, Международной ассоциацией франшизы)
- обычные правила;
- заведенный порядок;
- практика международных коммерческих арбитражей и т.п.

⁶⁸ См. об этом, к примеру: Зыкин И.С. Внешнеэкономические отношения: теория и практика правового регулирования. Дис. д.ю.н. М., 1991; Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: Понятие. Применение. Формирование. Применимое право. Типовые контракты. М.: Международные отношения, 1983; Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М.: Международные отношения, 1994.

⁶⁹ Богуславский М.М. Международное частное право: современные проблемы. Учебник. М.: ТЕИС, 1994. С. 405.

Предпочтительность термина «негосударственное регулирование» обосновывается И.С. Зыкиным возможностью выделить на его основе две отличительные черты рассматриваемых явлений: 1) их регулирующее воздействие на отношения в области международной торговли (в определенных случаях); и 2) неотнесенность к государственным обязывающим предписаниям. Практическая применимость в рамках установленного правопорядка источников негосударственного регулирования объясняется тем, что государство, несмотря на отсутствие санкционирования с его стороны, допускает их использование в рамках своей юрисдикции через установление принципа свободы договора и автономии воли сторон⁷⁰.

Впоследствии, в начале XXI века, под влиянием идей И.С. Зыкина была разработана концепция субправовых регуляторов внешнеэкономических отношений. Ее основоположник, представитель Санкт-Петербургской школы международного частного права С.В. Бахин, предложил обозначать термином «субправо» «...правила, которые используются для установления единства в регулировании международной предпринимательской деятельности. Указанные правила призваны обеспечить предсказуемость в регламентации взаимодействия сторон, имеющих разную государственную принадлежность и желающих избежать разноречивых предписаний норм национального права с тем, чтобы их отношения регулировались приспособленными для этого и обособленными от внутригосударственного права правилами»⁷¹.

Основу для формирования субправовых документов С.В. Бахин видит как в положениях действующего права (наиболее удачные нормы международных конвенций, обычаев, национального законодательства), так и в правилах, складывающихся в практике предпринимательской деятельности (обычаи, типовые контракты, общие условия, кодексы поведения и т.д.), в обобщениях судебных

⁷⁰ Ксенофонтова М.В. Современные международные экономические отношения. // Труды Оренбургского института МГЮА. Вып. 8. Оренбург, 2007. С. 623-624.

⁷¹ Бахин С.В. Субправо = sublaw: Sublaw: Международные своды унифицированного контрактного права. Спб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 140.

и арбитражных решений, однако в целом подчеркивает, что субправо представляет собой особую правовую категорию, отличную от международного и национального права в их традиционном понимании. Это своего рода мостик, связывающий две самостоятельные системы права – «механизм создания субправа по большей части отражает практику подготовки международно-правовых документов, в то время как порядок использования преимущественно определяется национальным правом»⁷².

Субправо есть третий правопорядок, существующий параллельно с национальным и международным правом. Это «квазиправо», имеющее, с одной стороны, общие с нормами права черты, а с другой – свои неповторимые особенности, не позволяющие рассматривать его в качестве права в чистом виде. Подобно правовой норме субправовые регуляторы содержат модель регламентации определенных отношений и в этом смысле представляют собой краткие и четкие формулы, описывающие надлежащий порядок действий и рассчитанные на неоднократное применение, а, соответственно, близки к правовым нормам по форме. В то же время их следует рассматривать в качестве особой формы права, не санкционируемой, в отличие от норм, государством (государствами) напрямую, а лишь допускаемой им (ими) для использования в рамках своей юрисдикции. Государство априори допускает применение таких регуляторов при условии, что они не противоречат установленным во внутригосударственном праве императивным нормам⁷³.

Наиболее яркими образцами существующего в международной торговой практике субправового регулятора С.В. Бахин считает сборник торговых терминов Инкотермс, разработанный Международной торговой палатой, и Принципы международных коммерческих контрактов, сформулированные Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА).

Аналогичные отечественным взгляды получили широкую поддержку и признание также и в зарубежной науке. Своего рода

⁷² Бахин С.В. Указ. соч. С. 141.

⁷³ Бахин С.В. Указ. соч. С. 142.

«западным вариантом», иностранным прототипом доктрины негосударственных регуляторов И.С. Зыкина и «субправа» С.В. Бахина принято считать возродившуюся на Западе к 60-70 годам XX века концепцию *lex mercatoria*.

Следует отметить, что в отечественной и зарубежной науке для обозначения негосударственного по своему происхождению конгломерата норм используются и иные термины: «транснациональное» или «квазимеждународное» право⁷⁴, «параюридическая система» («*paralegal law*»)⁷⁵, «зеленое право», «директивное право», «доправо», «декларативное право», «программирующее право», «несовершенное право» и т.д. Однако, не вдаваясь в нюансы терминологического характера, подчеркнем, что большинство из введенных в научный оборот категорий призваны обозначать некий набор негосударственных по своему происхождению и субъекту нормотворчества норм, вырабатываемых непосредственно «акторами международных экономических отношений» – физическими и юридическими лицами, а также международными неправительственными организациями. Общим для вышеуказанных категорий является также и то, что образующие их негосударственные регуляторы представляют собой наиболее гибкие и динамичные инструменты регулирования трансграничных торговых отношений, которые в наибольшей мере адаптированы к современным реалиям и в максимальной степени отвечают интересам контрагентов по сделке. Прогрессивность и мобильность негосударственных регуляторов позволяют быстро реагировать на изменения в структуре трансграничного гражданско-правового оборота и своевременно устранять возникший правовой пробел, а в некоторой степени и коллизии международных и национальных норм. Более того, данные регуляторы обладают таким уникальным качеством, как равновесность для субъектов, принадлежащих различным правовым сис-

⁷⁴ Шумилов В.М. Международное публичное экономическое право. Учебное пособие. М., 2001. С. 189.

⁷⁵ Berger K.P. The *lex mercatoria* doctrine and the UNIDROIT principles of international commercial contracts // Law and policy in international business. 1997. № 4. P. 95.

темам, и могут служить ориентиром для применения в правилах, регулирующих отношения сторон-иностранцев, принципа эквивалентности, равного несения при равных условиях бремени ответственности, равных прав при равных условиях их возникновения, того, что охватывается понятием разумная справедливость⁷⁶. Такие нормы, как отмечает Ю.С. Безбородов, могут выступать в качестве «регулятора процесса формирования обязательной нормы»⁷⁷. Дополнительное преимущество негосударственных регуляторов заключается в возможно более широкой сфере его распространения, что обеспечивает универсальность действия такого права, предполагающую возможность его использования по свободному усмотрению или выбору⁷⁸.

Именно универсальный характер, гибкость и возможность динамичного роста, неформализованность, опора на практику как характерные черты негосударственных источников регулирования внешнеэкономической деятельности способствуют увеличению масштабов применения международных торговых обычаев и обыкновений, сводов единообразных правил, типовых контрактов и проформ. Такая закономерность есть не просто теоретически сформулированный постулат, не имеющий прикладного значения, но подтвержденный международной практикой факт. Согласно опросу, проведенному CENTRAL среди юрисконсультов, арбитров и ученых в более чем 70 странах мира, 25,82 % опрошенных уверенно заявили об использовании *lex mercatoria* в своей будущей практике, 68,86 % – позитивно или нейтрально отнеслись к ее использованию и только 19,56 % однозначно отвергли эту идею⁷⁹.

⁷⁶ Зубарева Н.В. Реализация и применение международных частноправовых унифицированных норм рекомендательного характера // Журнал международного частного права. 2000. № 4(30). С. 49.

⁷⁷ Безбородов Ю.С. Роль норм мягкого права в международно-правовом регулировании // Международное публичное и частное право. 2004. № 6(21). С. 6.

⁷⁸ Там же.

⁷⁹ Emmanuel Gailard. Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? Arbitration International. – Volume 17, Number 1, 2001. P. 65.

Внедрение в международную торговую практику негосударственных регуляторов позволяет обеспечить максимально благоприятные условия для нормального функционирования международной торговой системы и выделить две специфические, присущие только данным регуляторам функции, отграничивающие их от государственных (международных и национальных) регуляторов: 1) функция восполнения пробелов в праве (когда тот или иной негосударственный инструмент формируется участниками внешне-торговой деятельности с целью заполнения правового вакуума, который остается в результате государственного воздействия на трансграничные торговые отношения. Тем самым в международной торговой практике закрепляется новая модель (образец) поведения); 2) функция гармонизации, сближения права (суть которой выражается в том, что негосударственные регуляторы как нормы, международные по способу их формирования, обеспечивают универсальность, единообразие в регулировании внешнеторгового оборота, способствуя в конечном итоге разрешению правовых коллизий). Тем самым данные источники реализуют один из четырех выделяемых Н.В. Зубаревой⁸⁰ приемов снижения конфликтов и расхождений в международном частном праве, суть которого заключается в письменной фиксации коммерческих обычаев и практики международного делового оборота, используемой его участниками для облегчения техники согласования правил взаимного поведения.

Данное обстоятельство позволяет заключить: вряд ли найдутся другие аналогичные источники регулирования внешнеэкономической сделки, которые внесли бы столь существенный вклад в регламентацию внешнеэкономических отношений на негосударственном уровне⁸¹.

⁸⁰ См. подробнее: Зубарева Н.В. Указ. соч. С. 43.

⁸¹ См. об этом: Богуславский М.М. Международное частное право. Учебник. М.: Юристъ, 2006. С. 410.

Увеличение числа негосударственных регуляторов и их эффективность не означают, тем не менее, вытеснения правовых норм, их замены⁸². В данном случае правильнее было бы говорить о сочетании и взаимопроникновении правового и неправового методов регулирования, что в целом направлено на повышение эффективности системы регулирования международных торговых сделок, предсказуемости международных отношений⁸³.

§ 3. Место и значение обычая международной торговли в системе регулирования ВЭС

Различия в национальных законодательствах, а также необеспеченность со стороны государства, выражающаяся, в частности, в отсутствии правовых норм в определенных сферах хозяйственной жизни и отставании экономического законодательства от реальных хозяйственных потребностей, являются, по мнению Ж. Шапира⁸⁴, основными причинами возникновения обычаев международной торговли или международных торговых обычаев. При этом следует отметить, что данные термины рассматриваются, как правило, в качестве равнозначных юридических конструкций, синонимичных друг другу и несущих идентичное смысловое значение. Однако, согласно убеждению автора, данное обстоятельство не вполне соответствует действительности.

Дело в том, что обозначение некой общей совокупности «вне-национальных» регуляторов в качестве международного торгового обычая может, на наш взгляд, привести к смешению данного источника с другим, традиционным для международного публичного права источником – международно-правовым обычаем. Оперирование данным термином («международный торговый обычай») несет в себе опасность его квалификации в качестве одной из разно-

⁸² Лукашук И.И. Нормы международного права. М.: Издательство «Спарк», 1997. С. 62.

⁸³ Ксенофонтова М.В. Современные международные экономические отношения. // Труды Оренбургского института МГЮА. Вып. 8. Оренбург, 2007. С. 624.

⁸⁴ Шапира Ж. Международное право предпринимательской деятельности. М., 1993. С. 47-49.

видностей более общей по объему правовой категории – международного правового обычая, а, следовательно, и характеристики его как исторически сложившегося в практике межгосударственного общения устойчивого правила поведения, за которым государствами признается юридическая сила (*opinion juris*). Такой подход к терминологическому аппарату переводит рассматриваемую правовую категорию в межвластную публично-правовую плоскость, превращает ее в типичное для государственной деятельности явление.

Основным доводом в защиту позиции о необходимости разграничения категорий «обычай международной торговли» и «международный торговый обычай» служит, по нашему мнению, современный подход к вопросу о соотношении права международной торговли и международного торгового права. Согласно данному подходу, разделяемому в равной степени как представителями науки международного публичного права, так и международного частного права, право международной торговли не может быть сведено к международному торговому праву, поскольку последнее является подотраслью международного экономического права, входящего в состав международного публичного права. Соответственно, предметом регулирования международного торгового права выступают международные (межгосударственные) торговые отношения. В отличие от международного торгового права, право международной торговли регулирует частноправовые отношения трансграничного торгового характера. Это значительный сегмент трансграничной торговли частных лиц разных государств, а также «диагональные» отношения с участием государств, в которых последние участвуют на основе доктрины ограниченного (функционального) иммунитета⁸⁵. Логичным в связи с этим представляется вывод и о различном характере источников, составляющих международное торговое право и право международной торговли. Следовательно, к числу источников международного торгового права надлежит относить международные торговые обычаи, имеющие публично-правовую

⁸⁵ Мажорина М.В. Указ. соч. С. 694-695.

природу, в то время как обычаи международной торговли, формируемые при непосредственном участии частных лиц, – к числу регуляторов права международной торговли.

В свете изложенного более предпочтительным представляется использование именно термина «обычай международной торговли» как термина, несущего в себе смысловую нагрузку, отличную от денотата международно-правовых обычаев, складывающихся в процессе осуществления внешнеторговой деятельности между государствами и другими субъектами международного права. Если и выстраивать синонимический ряд для рассматриваемого термина, то в таком ряду, согласно нашей позиции, должны стоять «обычай международного торгового оборота», «обычай международного делового оборота».

Подобный вывод проистекает из доктринального толкования общетеоретических понятий торговли и торгового оборота, применимых также и к международной сфере. Так, по мнению дореволюционного классика отечественной цивилистики Г.Ф. Шершеневича, торговля представляет собой «деятельность, имеющую своей целью посредничество между производителями и потребителями при обращении экономических благ»⁸⁶, а «совокупность юридических сделок, направленных к осуществлению описанной посреднической деятельности, составляет торговый оборот»⁸⁷. Соответственно данному общеправовому подходу определение международной торговли может быть сформулировано как «совокупность объемов внешней торговли большинства стран мирового сообщества» (т.е. система разнообразных форм связи между производителями и потребителями продукции разных стран)⁸⁸, а «общая сумма реализации товаров и услуг в ее рамках»⁸⁹ будет охватываться понятием

⁸⁶ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (издание 9-ое, второе посмертное). М.: Московское научное издательство, 1919 // СПС «Гарант».

⁸⁷ Там же.

⁸⁸ Покровская В.В. Организация и регулирование внешнеэкономической деятельности. Учебник. М.: Юристъ, 2000. С. 80.

⁸⁹ Там же.

международного торгового оборота. Получается, что термины «торговый оборот», «международный торговый оборот» являются производными от категорий «торговля» и, соответственно, «международная торговля» и выражают формально-юридическую сторону торговой (в том числе и международной) деятельности. В конечном итоге данные две группы терминов могут быть сопоставлены как форма (оборот) и содержание (торговля) единого целостного явления. Выступая преимущественной формой реализации трансграничной торговой деятельности в практике взаимодействия частных субъектов различных государств, международный торговый оборот призван опосредовать такую деятельность, юридически закреплять и оформлять ее, в то время как сама международная торговая деятельность направлена на систематизацию и упорядочение разнообразных внешнеторговых связей и в таком качестве выступает их содержанием, внутренней структурой.

Что же касается соотношения терминов «обычай международной торговли» и «обычай международного делового оборота», то здесь следует подчеркнуть их общую правовую природу. Сходство рассматриваемых понятий предопределено, на наш взгляд, самой характеристикой делового оборота как «совокупности гражданско-правовых отношений, связывающих субъектов права, осуществляющих предпринимательскую деятельность»⁹⁰, т.е. «совокупности коммерческо-правовых отношений»⁹¹. Из подобной формулировки вытекает тезис о том, что деловой оборот, а, соответственно, и международный деловой оборот есть внешняя форма выражения осуществляемой участниками данного оборота предпринимательской (или коммерческой) деятельности, ее атрибут. Обоснованность такого вывода подтверждается также и положениями действующего российского законодательства, где в ст. 5 Гражданского кодекса сформулировано определение обычая делового оборота.

⁹⁰ Алимжан К.А. Обычай как источник права в правовой системе Республики Казахстан. Интернет-ресурс: <http://www.yurclub.ru/docs/civil/article73.html>. Дата посещения: 10.08.2010.

⁹¹ Там же.

Согласно п. 1 упомянутой статьи обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое *в какой-либо области предпринимательской деятельности* (курсив мой. – А.Д.) правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Нетрудно заметить, что в законодательной формулировке «деловой оборот» и «предпринимательская деятельность» выступают как тождественные понятия, а, следовательно, обычаи международного делового оборота будут равнозначны по своему генезису обычаям международной коммерческой (или предпринимательской) деятельности. Поскольку предпринимательская деятельность, в том числе и трансграничного характера, не сводима исключительно к процессу торговли товарами, работами и услугами, но предполагает также валютные, финансово-кредитные операции, инвестиционное сотрудничество, то и обычаи, регулирующие данный сектор отношений, не могут ограничиваться лишь торговыми обычаями, а включают в себя более широкий круг обычных регуляторов: валютно-финансовые, банковские, кредитные, инвестиционные обычаи и т.д. В силу данного факта правильнее было бы говорить об обычаях международной торговли как об одной из разновидностей обычаев международного делового оборота и рассматривать данные понятия в соотношении общего (обычаи делового оборота) и частного (обычаи международной торговли), производного от общего.

В целях дифференциации обычая международной торговли от других, схожих с ним явлений и создания целостного, комплексного представления об исследуемом объекте в науке международного частного права неоднократно предпринимались попытки сформулировать его дефиницию. Анализ имеющихся взглядов по вопросу онтологической сущности обычая международной торговли позволил автору выделить в настоящей работе два основных подхода к определению рассматриваемого феномена: 1) в рамках первого, традиционного, подхода определение обычаев международной торговли формулируется с опорой на общетеоретическую дефиницию торгового

обычая (Д.Ф. Рамзайцев, И.С. Зыкин, В.П. Звекон, М.М. Богуславский, Г.К. Дмитриева, Т.Н. Нешатаева, Л.А. Лунц и др.); 2) последователи второго подхода не дают какого-либо определения обычаям международной торговли, а лишь указывают на отдельные характеристики обычаев либо пытаются раскрыть их сущность путем приведения соответствующих примеров из международной деловой практики (Н.Г. Вилкова, В.А. Мусин, М.Г. Розенберг). И только немногие акцентируют внимание на специальной дефиниции обычаев международной торговли (В.А. Канашевский, Н.Ю. Ерпылева, Е.А. Щекина). Остановимся более детально на позиции отдельных авторов.

Традиционно в советский период было принято считать, что наиболее полное определение обычая применительно к отношениям во внешней торговле было сформулировано известным российским ученым Д.Ф. Рамзайцевым. Под торговым обычаем он понимал, в частности, «сложившееся в торговом обороте единообразное правило, заключающее в себе совершенно определенное положение по вопросу, которого оно касается»⁹². Среди признаков такого обычая Д.Ф. Рамзайцевым отмечались ясность и определенность содержания, единообразный характер и общепризнанность. Таким образом, определение, сформулированное Д.Ф. Рамзайцевым, в равной степени оказалось применимым как в отношении обычаев внутригосударственного торгового оборота, так и обычаев международного торгового оборота, и носило общий, межотраслевой, а не специальный характер.

Вслед за Д.Ф. Рамзайцевым попытки разработать собственную дефиницию для обычаев, складывающихся в международной торговле, весьма активно предпринимались другим небезызвестным российским ученым И.С. Зыкиным. В своей диссертации, посвященной исследованию обозначенной проблематики, автор дал следующее определение торговому обычаю: это «.... правило, сложившееся в сфере внешней торговли на основе постоянного и еди-

⁹² Рамзайцев Д.Ф. Указ. соч. С. 6.

нообразного повторения данных фактических отношений»⁹³. А в книге И.С. Зыкина, вышедшей позднее, в 1983 году, данное определение было уточнено и в окончательной редакции сформулировано следующим образом: «единообразное правило поведения, сложившееся в *практике международной торговли* в результате *неоднократного воспроизведения* (курсив мой. – А.Д.) одних и тех же действий»⁹⁴. Здесь же делалась ссылка на два основных признака, позволяющих квалифицировать то или иное правило поведения в качестве обычая международной торговли: 1) устойчивая единообразная практика международной торговли; 2) санкционирование государством такой практики, а именно: возникающего на его основе правила поведения⁹⁵.

В своем курсе лекций В.П. Звеков предлагает различать обычаи, принадлежащие к источникам как международного публичного, так и международного частного права, и обычаи, рассматриваемые лишь в качестве источников международного частного права. Последние, по мнению автора, и есть обычаи международного торгового оборота, или, более кратко, торговые обычаи⁹⁶. Такого же мнения придерживается и М.М. Богуславский⁹⁷. Тем не менее, подобная трактовка обычаев выглядит, на наш взгляд, немного «размытой» и позволяет подвести под категорию «торговые обычаи» любые обычаи, действующие в сфере международного частного права, в том числе и те из них, которые не имеют прямого отношения к внешнеэкономическим сделкам, а выступают, к примеру, источником регулирования для брачно-семейных, наследственных или трудовых отношений, осложненных иностранным элементом.

⁹³ Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1979. С. 19.

⁹⁴ Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле понятие, применение, формирование, применимое право и типовые контракты. М.: «Международные отношения», 1983. С. 13.

⁹⁵ Там же.

⁹⁶ Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М.: Издательство НОРМА, 2001. С. 92.

⁹⁷ См. об этом: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М.: Юристъ, 2006. С. 68.

Очевидно, что обычаи, являющиеся регулятором для данных видов отношений, не могут квалифицироваться в качестве торговых обычаев.

Г.К. Дмитриева под обычаями международной торговли понимает «единообразные устойчивые правила, сложившиеся в практике, но *не имеющие обязательной юридической силы*»⁹⁸ (курсив мой – А.Д.). В дальнейшем автором уточняется, что указанное определение в большей степени относимо не к обычаям, а к так называемым обихновениям, «так как под обычаем в юридической науке понимается единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике, но *обладающее обязательной юридической силой*»⁹⁹ (курсив мой – А.Д.). В конечном итоге Г.К. Дмитриева, разграничивая между собой понятия «обычай» и «обихновение» по критерию их юридической природы и квалифицируя обычай как юридическую норму, а обихновение – норму неюридическую, называет обычаи международной торговли применяемыми в международной торговле правилами неюридического характера, т.е. не являющимися юридическими нормами.

По мнению Т.Н. Нешатаевой, обычаи международной торговли, являясь синонимом обычаям международного делового оборота, представляют собой «единообразные устойчивые правила, сложившиеся в предпринимательской практике, не имеющие обязательной юридической силы, но становящиеся обязательными для участников коммерческой сделки при условии указания на это обстоятельство в коммерческом контракте»¹⁰⁰. А согласно позиции Н.Ю. Ерпылевой, обычай характеризуется как «единообразное правило поведения, сложившееся в практике международной торговли в результате неоднократного воспроизведения одних и тех же дей-

⁹⁸ Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2010. С. 414.

⁹⁹ Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2010. С. 414.

¹⁰⁰ Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс в трех частях. М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2004. С. 259.

ствий, т.е. как единообразная международная обычно-правовая норма гражданско-правового характера»¹⁰¹.

Л.А. Лунц для обозначения рассматриваемого предмета монографического исследования использует следующую формулировку: «...складывающиеся на протяжении длительного времени в сфере внешней торговли и получившие признание государств правила»¹⁰². Примечательно, что Л.А. Лунцем данное определение в одинаковой мере используется как в отношении унифицированных международных торговых обычаев, так и в отношении обычаев, хотя и применяемых во внешней торговле, но по существу являющихся не международными, а национальными обычаями¹⁰³. Такая универсальность сформулированной автором дефиниции отчасти стирает различия в правовой природе, сущности двух выше обозначенных категорий обычаев и нивелирует особенности формирования и развития собственно обычаев международной торговли.

В монографии, посвященной исследованию обычаев международной торговли применительно к международному частному праву Украины, Е.А. Щекина дает следующее определение международным торговым обычаям: «...это норма поведения, которая сформировалась на основе единообразно повторяемого поведения субъектов международных коммерческих отношений и его широкого применения ими в качестве общеобязательного, регулирует международные коммерческие отношения путем установления: а) взаимных прав и обязанностей сторон договора или б) внутренних стандартов функционирования хозяйствующих субъектов, соблюдение которых выступает в качестве предварительного условия их участия в международных коммерческих отношениях договорного характера, или в) внешних стандартов поведения в недоговор-

¹⁰¹ Ерпылева Н.Ю. Международное коммерческое право: новеллы правового регулирования международных контрактных обязательств // «Адвокат». 2005. № 6, 8, 9. См. об этом также: Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: Учебник. М., Юрайт, 2011.

¹⁰² Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. М.: Юрид. лит., 1984. С. 36.

¹⁰³ См. об этом: Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М.: «Юрид. лит.», 1972. С. 60.

ных отношениях определенного вида, а также г) порядка исполнения конкретной обязанности либо реализации субъективного права; не нарушает справедливую меру свободы и равенства участников международных коммерческих отношений, санкционирована государством через признание обычая делового оборота источником права»¹⁰⁴. Основной акцент в данной дефиниции сделан автором на сферу применения обычаев международной торговли, раскрытую достаточно широко, что делает рассматриваемое определение немногим «громоздким», нелаконичным. Небесспорным, согласно нашему убеждению, следует считать также отнесение Е.А. Щекиной к сфере действия обычаев международной торговли так называемых «внутренних стандартов функционирования хозяйствующих субъектов» и, в первую очередь, стандартов корпоративного управления, нормативов достаточности собственного капитала и т.д. Данные стандарты, как известно, разрабатываются в пределах компетенции, установленной для каждого хозяйствующего субъекта его внутриорганизационным правом, и представляют собой продукт корпоративного (локального) нормотворчества, в то время как обычаи международной торговли формируются при непосредственном участии двух и более юридических лиц различных государств и в силу этого выступают результатом коллективного негосударственного нормотворчества.

Не вполне правильным, на наш взгляд, представляется также отнесение Е.А. Щекиной к сфере действия обычаев международной торговли и внешних стандартов поведения хозяйствующих субъектов во внедоговорных отношениях. Независимо от их конкретного вида данные отношения представляют собой предмет регулирования международного деликтного права как подотрасли международного частного права и традиционно не включаются в международные обязательственные отношения частного порядка, составляющие предмет международного договорного права. Особенность

¹⁰⁴ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 99.

внедоговорных отношений как раз и состоит в том, что их возникновение не обусловлено волей участников внешнеэкономической сделки, а связано с наступлением факта, например, причинением вреда. В силу данного факта едва ли допустимо рассматривать деликтные обязательства как подпадающие под сферу регулирования обычаев международной торговли, где отношения между ее участниками складываются по большей части на договорной основе. Отметим также, что именно внедоговорные отношения в силу их специфики в наименьшей степени подвержены унификации и гармонизации, а, соответственно, и регламентации в форме единообразных стандартов поведения, в том числе обычаев.

В последующем Е.А. Щекиной формулируется еще одно определение обычаев: «... обычай международной торговли как источник МЧП – это повторяемые международные коммерческие отношения, за которыми государство путем прямо выраженного либо молчаливого согласия признает значение самостоятельного источника правового регулирования этих отношений»¹⁰⁵. Допуская возможность существования подобной дефиниции в рамках современного научного плюрализма, тем не менее, трудно вообразить себе ситуацию, при которой те или отношения, будучи предметом (объектом) воздействия со стороны нормы права, одновременно при наличии государственной санкции выступают и формой выражения этой нормы права, ее внешней сущностью.

Наиболее удачным с позиции указания на негосударственную сущность обычаев международной торговли следует признать определение, сформулированное В.А. Канашевским. Выделяя среди международных обычаев две основные категории – межгосударственные и торговые обычаи – В.А. Канашевский предлагает объединять во вторую категорию те обычаи, которые сложились в практике международной торговли между частными лицами и являются по своей юридической природе разновидностью обычая делового

¹⁰⁵ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 100.

оборота¹⁰⁶. Такая трактовка, в отличие от других определений, концентрирует основное внимание на порядке формирования обычаев международной торговли, их возникновении помимо воли государства и потому может рассматриваться как наиболее оптимальная. К тому же указание в ней на схожесть обычаев международной торговли с обычаями делового оборота как не предусмотренными законодательством, но широко применяемыми в какой-либо области предпринимательской деятельности, еще раз подчеркивает их негосударственное происхождение.

В развитие сформулированной дефиниции В.А. Канашевский указывает на следующие признаки обычаев международной торговли: общеобязательность, общепризнанность, широкая известность и непротиворечие общим принципам добросовестности и честной деловой практики¹⁰⁷. При этом автор не указывает на какие-либо обязательные условия (или критерии), существования которых было бы достаточно для закрепления за обычаем каждого из обозначенных выше признаков, и лишь пытается раскрыть их сущность через арбитражную практику путем ссылки на отдельные категории судебных дел. Однако сама арбитражная практика ввиду ее нередкой противоречивости, а также специфики рассмотрения дела в отдельном суде не дает, по нашему убеждению, единообразного представления о порядке отыскания и определения данных признаков, что, в свою очередь, может привести к неоднозначной квалификации того или иного свойства в качестве признака обычая международной торговли. В результате неоднозначность такого толкования приводит к необходимости доказывания существования обычая как фактического обстоятельства лицом, ссылающимся на него в обоснование своих требований (контртребований).

Проведенный анализ основных позиций российских ученых по вопросу о том, что представляют собой обычаи международной тор-

¹⁰⁶ Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер. 2008. С. 457.

¹⁰⁷ Канашевский В.А. Указ. соч. С. 461.

говли, позволяет прийти к следующему выводу: имеющиеся в правовой доктрине международного частного права дефиниции обычая международной торговли содержат отдельные сущностные его характеристики, однако, лишены, на наш взгляд, признака, подчеркивающего негосударственную природу обычая и позволяющего рассматривать его в качестве самостоятельного, автономного от государства регулятора отношений по внешнеэкономической сделке. В связи с этим правильнее всего было бы исходить из дефиниции обычая, которая содержит такую его характеристику, как негосударственная сущность, заключающуюся, в частности, в формировании обычая непосредственными участниками международного делового оборота – физическими и юридическими лицами различных государств. Указание в определении обычаев международной торговли на их негосударственную природу позволит, как нам представляется, отграничить обычаи от источников системы государственного (международно-правового и национального) регулирования и рассматривать в качестве негосударственного регулятора ВЭС.

В результате, исходя из эволюции общетеоретического подхода к категории «источник права» – отказа от позитивистского подхода в пользу синергетического, усложнения форм саморегуляции, появления новых нормативных регуляторов внешнеторговых отношений, сформулировано определение обычая международной торговли как *самоорганизующегося* (автопойетического) источника права – автономного от государства в своей онтологии, имеющего социально-общественное происхождение, непрерывно развивающегося источника права, территориальные и временные пределы действия которого не детерминированы государством.

Онтологическая общность обычая международной торговли с иными негосударственными регуляторами обуславливает реализацию им функций, которые характерны в целом для самоорганизующихся (автопойетических) источников. Вместе с тем, применительно к обычаю данные функции находят своеобразное проявление и более глубокую детализацию. Остановимся подробнее на них.

Обычаю международной торговли, как любому нормативному регулятору, свойственны две основные функции 1) регулятивная (заключается в регулировании, упорядочивании отношений, складывающихся в сфере трансграничного торгового сотрудничества) и 2) охранительная (направленная на охрану и защиту интересов участников международного торгового оборота путем исключения неблагоприятных для них явлений, а также имеющая превентивное значение). «Обе функции являются проявлением одного свойства права – быть регулятором общественных отношений, поскольку и при осуществлении охранной функции общественные отношения также регулируются»¹⁰⁸. Однако в силу особого механизма формирования обычаев международной торговли, протекающего вне государственного законодательного процесса и исключающего необходимость соблюдения формальных процедур, упомянутые функции приобретают специфический оттенок.

Именно неформализованность процесса формирования обычаев международной торговли при непосредственном участии хозяйствующих субъектов делает их наиболее гибкими и в наибольшей степени приспособленными к регулированию такой динамичной системы, как система ВЭС. А ориентированность на международную коммерческую практику и учет интересов участников внешнеэкономической деятельности превращают обычаи международной торговли в одно из самых продуктивных средств воздействия на складывающиеся трансграничные торговые отношения. В условиях, когда государственные международно-правовые и национальные источники в силу присущей им инертности не успевают адекватно реагировать на изменения, происходящие в международном коммерческом обороте, обычаи становятся иногда единственным регулятором для вновь возникающих форм трансграничного сотрудничества. Тем самым они являют собой первичный источник воздействия на новые трансграничные торговые отношения и вы-

¹⁰⁸ Общая теория государства и права: Учебник для студентов юридических специальностей вузов / Под ред. М.В. Цвика, В.Д. Ткаченко, О.В. Петришина. Х.: Право, 2002. С. 187.

полняют функцию их первичного нормативного регулирования¹⁰⁹. Неслучайно в литературе отмечается в связи с этим, что торговый обычай был по существу первым регулятором международных коммерческих отношений за несколько веков до появления национальных правовых систем¹¹⁰. Как пишет Н.Г. Вилкова, «...в условиях феодальной раздробленности специалисты отдельных профессий создавали правила делового оборота, первоначально ограниченные рамками цеховых образований и перераставшие затем в международные. Таким образом обеспечивалась возможность осуществления профессиональной коммерческой и производственной деятельности: вспомним обычаи Олерона, возникновение в Италии в XIII веке векселя и чека... Возникновение национального законодательства не элиминирует применения таких обычаев»¹¹¹. Особо подчеркнем, что реализация данной функции обычаями международной торговли осуществляется в двух основных направлениях, наличие которых обусловлено существованием обычных норм материально-правового и коллизионного характера: с одной стороны, обычаи могут непосредственно применяться для регулирования трансграничных торговых отношений по существу и в этом смысле выступать одной из форм существования материально-правового способа регулирования ВЭС; с другой стороны, в отсутствие договоренности сторон международного коммерческого контракта о подлежащем применению праве и в условиях абсентеизма соответствующего международного договора, содержащего коллизионные нормы, обычаи международной торговли могут стать ориентиром для контрагентов при отыскании компетентного национального

¹⁰⁹ В литературе по международному частному праву выделяют несколько иную функцию обычаев международной торговли - функцию первичного нормативного упорядочивания трансграничных частноправовых отношений. См. подробнее об этом: Щекина Е.А. Указ. соч. С. 140.

¹¹⁰ Вилкова Н.Г. Торговые обычаи в практике МКАС при ТПП РФ // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Сборник статей. М.: Спарк, 2002. С. 68.

¹¹¹ Вилкова Н.Г. Указ соч. С. 68-69.

правопорядка, тем самым обеспечивая разрешение коллизионных вопросов в обход традиционных форм существования коллизионного способа регулирования ВЭС – международной договорной или национальной нормы.

С обозначенной выше функцией обычаев международной торговли тесно связана другая функция – функция восполнения пробелов международных договоров, когда последние оказываются неспособными в силу присущих им недостатков (и, в первую очередь, ограниченности сферы действия) напрямую урегулировать права и обязанности сторон, вытекающие из отношений по внешнеэкономической сделке.

Общеизвестно, что законодательство большинства государств и Российской Федерации, в частности (п. 3 ст. 1186 ГК РФ), исходит из приоритета материально-правового способа регулирования трансграничных частноправовых отношений над коллизионным в случае наличия соответствующего международного договора, содержащего материально-правовые нормы. Тем не менее, на практике нередки случаи, когда тот или иной международный договор, принятый во избежание возникновения коллизионных вопросов в сфере трансграничной торговли, не содержит специальной материально-правовой нормы, которая бы непосредственно регулировала сложившиеся между контрагентами отношения. А обращение к национальному коллизионному праву одной из сторон ВЭС таит в себе опасность возникновения «скрытых коллизий» и весьма часто ставит стороны в неравное положение, ущемляя интересы того контрагента, которому данное право неизвестно, является для него иностранным. В таком случае, как нам представляется, целесообразно применение обычаев международной торговли в качестве аналогии права для восполнения пробелов унифицированной материально-правовой нормы. Посредством такого применения обычай международной торговли «встраивается» в общую схему реализации материального способа разрешения коллизий в сфере ВЭС и исключает необходимость обращения к коллизионно-правовому

способу как менее совершенному и удобному, что в целом соответствует установленной на законодательном уровне иерархии применения данных способов. В связи с этим в целях практического воплощения заявленного постулата предлагается включать в текст международного договора, регулирующего тот или иной вид ВЭС, или непосредственно в текст международного коммерческого контракта следующую оговорку: «Стороны связаны положениями контракта, обычаями, применимыми к контракту или оговоренными в контракте, а также применимым к их отношениям международным договором, если только стороны, руководствуясь дозволениями норм такого международного договора, не исключили его применение. Вопросы, не урегулированные в соответствующем международном договоре и в соответствии с ним, подлежат разрешению в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права». Таким образом, с внедрением сформулированной выше оговорки в практику трансграничного делового сотрудничества вполне возможным станет применение метода разрешения коллизий в сфере ВЭС в три последовательных этапа: 1) унифицированные материально-правовые нормы международного договора; 2) нормы обычаев международной торговли; 3) коллизионные международно-правовые или национальные нормы. Получается, что обычай международной торговли выступает своего рода «золотой серединой» в цепочке действий по отысканию компетентной для контрактных отношений нормы и обеспечивает сбалансированность процесса использования материально-правового и коллизионного способов. Отсюда следует, что и обычаи международной торговли, будучи трансграничными по сфере действия регуляторами, в силу высокого авторитета среди международного бизнес-сообщества и добровольности следования им обеспечивают универсальность, единообразие в регулировании внешнеторгового оборота и в конечном итоге также способствуют разрешению правовых коллизий. Неслучайно в связи с этим Л.А. Лунц отмечает, что торговый обычай «...устраняет само возникновение коллизи-

онного вопроса»¹¹², а Е.К. Порфирьева рассматривает обычаи международной торговли как одну из форм унификации в международном частном праве¹¹³. В таком смысле рассматриваемая функция обычаев международной торговли дополняет первую из обозначенных функций – функцию первичного нормативного регулирования трансграничных торговых отношений, поскольку предполагает применение обычаев международной торговли, как это следует из предложенной оговорки, в отсутствие специальной нормы международного договора, как бы предшествуя ей и, тем самым, восполняя образовавшийся правовой пробел. Несомненным доказательством реализации обычаями международной торговли исследуемой функции выступают приобретшие широкую известность и всеобщее признание сборники обычаев международной торговли: Международные правила толкования торговых терминов Инкотермс (действуют в последней редакции 2010 года), Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (действующая редакция – публикация МТП № 600, 2006 год), Унифицированные правила по инкассо (последняя редакция – публикация МТП № 522, 1995 год), Унифицированные правила для гарантий по требованию (действующая редакция – публикация МТП № 758, 2010 год, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии 1994 года (с изменениями и дополнениями 2004 года), Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (последняя редакция 2010 года), Условия страхования грузов, подготовленные Институтом лондонских страховщиков (в редакции от 01.01.2009 года) и др.

Следует отметить, что для обычаев международной торговли характерна также функция толкования отдельных условий внешнеэкономического контракта, означающая, в частности, разрешение ряда вопросов, не урегулированных в договоре, на основе сложившихся обычных норм. Особое значение данная функция приобретает

¹¹² Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М.: Юрид. лит., 1972. С. 62.

¹¹³ Порфирьева Е.К. Унификация правового регулирования условий внешнеэкономических контрактов в международном частном праве: Дисс. канд. юрид. наук. Х., 2000. С. 40, 41.

ет в английском праве при толковании, в частности, таких слов, как «погожие рабочие дни», «отгрузка», «текущие дни», оговорка «около» и т.д.¹¹⁴

Наделение данной функцией обычаев предопределено, на наш взгляд, установившейся практикой заключения ВЭС, как правило, в форме билингвальных коммерческих контрактов, содержащих указание на ряд юридических терминов, неоднозначно трактуемых в национальном праве контрагентов и не всегда унифицированно толкуемых на межгосударственном уровне в текстах международных договоров и соглашений. В таком случае сторонам сделки предпочтительнее обращаться за правовой квалификацией той или иной юридической категории к обычаям международной торговли как широко известным и единообразно применяемым в трансграничной торговле правилам, созданным самой практикой международного делового сотрудничества¹¹⁵.

Обоснованность и целесообразность формулирования рассматриваемой функции проистекает также, по нашему мнению, из сложившегося в зарубежной науке подхода к обычаям международной торговли как к подразумеваемым условиям контракта, восполняющим его содержание¹¹⁶, а также из буквального прочтения отдельных положений ряда международных актов и, в частности, Венской конвенции о договорах международной купли-продажи 1980 года. По словам Е.А. Щекиной, в п. 2 ст. 9 данной конвенции закреплена «нормативная конструкция-фикция», согласно которой при отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их отношениям обычая¹¹⁷. По мнению

¹¹⁴ См. об этом подробнее: Международное частное право. Учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2011. С. 201.

¹¹⁵ Так, к примеру, в отношении электронных торговых сделок МТП был разработан проект по электронным терминам (ICC eTerms 2004), являющийся своего рода сетевым справочником сокращенных терминов, который обеспечивает единообразное их толкование в отсутствие специально принятой конвенции.

¹¹⁶ В качестве подразумеваемых условий ВЭС обычаи международной торговли рассматриваются, в частности, А. Гольдштейном: Goldstajn A. Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention // International Sales of Goods: Dubrovnik Lectures. – Peter Sarcevic and Paul Volken eds.: Oceana Publ., 1986. P. 87.

¹¹⁷ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 141.

С. Бейнбриджа, своего рода доказательством свойственности обычаям международной торговли функции восполнения пробелов ВЭС может служить статья 8 Венской конвенции, которая, хотя и устанавливает правила толкования при помощи обычаев лишь заявления или иного поведения одной из сторон контракта, но в то же время действует и в случае интерпретации отдельных контрактных условий¹¹⁸.

Аналогичные нормы находим также в Принципах УНИДРУА в редакции 2004, 2010 годов. В них в статье 4.3. недвусмысленно установлено, что обычаи выступают одним из обстоятельств, имеющих значение в процессе толкования международного коммерческого контракта, а в комментарии к статье 5.1.1. Принципов 2004 года, именуемой «Прямые и подразумеваемые обязательства», закреплено, что обычаи наряду с иными обстоятельствами, перечисленными в главе 4, являются критериями для восполнения пробелов, в том числе путем определения точного содержания договора¹¹⁹.

Дополнительным подтверждением тому, что обычаям международной торговли присуща способность быть средством толкования контрактных условий, выступает арбитражная практика. Так, в одном из дел, рассмотренных Арбитражным судом МТП, с опорой на обычаи международной торговли было истолковано условие аккредитивного соглашения, заключенного банком-эмитентом с приказодателем (покупателем), о том, что платеж должен быть произведен после получения последним соответствующих товаров. При вынесении решения суд пришел к выводу о том, что буквальное толкование данного условия противоречит природе и цели документарного аккредитива, поэтому оно должно толковаться с учетом практики и обычаев, которая существует по этому предмету в международной торговле¹²⁰. Как

¹¹⁸ Bainbrige S. Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention // Virginia Journal of International Law. 1984. № 8. P. 659.

¹¹⁹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2006. С. 135, 144.

¹²⁰ См. об этом: Drahozal C.R. Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration // Vanderbilt Journal of Transnational Law. January 2000. Vol. 33, № 1. P. 123, 124.

показывает анализ практики разрешения споров в международных коммерческих арбитражах, при толковании отдельных контрактных положений суды чаще всего ссылаются на Правила Инкотермс, содержащие обычаи международной торговли¹²¹. В отечественной правовой литературе подчеркивается в связи с этим: «Инкотермс применяются, если стороны договорились об их применении в контракте. Однако даже и при отсутствии такой договоренности они применяются третейскими судами в качестве норм материального права – при определении прав и обязанностей продавца и покупателя при отгрузке товаров по соответствующему базису»¹²².

Таким образом, обычай международной торговли в процессе правоприменения выполняет следующие функции:

- функция первичного нормативного регулирования трансграничных торговых отношений – обычай непосредственно применяется для регулирования трансграничных торговых отношений по существу, а также для определения подлежащего применению права в отдельных сферах торговли;

- функция восполнения пробелов международных договоров – применение обычая международной торговли в таком случае исключает необходимость обращения к праву, применимому в силу норм международного частного права;

- функция толкования условий международных коммерческих контрактов.

¹²¹ Показательно в связи с этим дело №7903 (решение 1995 года), рассмотренное Арбитражем МТП, который должен был истолковать положение *delivered duty paid* (DDP – «Поставка с оплатой таможенных пошлин»), содержащееся в контракте. В данном деле ни одна из сторон не представила арбитражу доказательства, касающегося значения понятия *delivered duty paid* согласно праву Бангладеш, которому подчинялся контракт. В этих условиях арбитраж указал: «В отсутствие какого-либо доказательства, относящегося к этому вопросу в праве Бангладеш, для определения обязательств истца по поставке товара согласно контракту, арбитраж будет руководствоваться Инкотермс 1990 как обычаем международной торговли». Приводится по: Н.А. Grigera Nayn. *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers. 2001. P. 220.

¹²² Белов А.П. Применение иностранного права Международным коммерческим арбитражем // *Право и экономика*. 2001. № 7. С. 69.

§ 4. Обычаи и обыкновения международной торговли

Наряду с термином «обычай международной торговли» традиционным для российской правовой науки считается и оперирование категорией «торговое обыкновение». В период становления советской доктрины международного частного права категории «торговый обычай» и «торговое обыкновение» рассматривались как различные правовые конструкции и дифференцировались между собой. Между тем, сами ученые признавали, что имеющихся в учебной литературе признаков было явно недостаточно для того, чтобы четко разграничивать эти явления¹²³. Для формулирования правильного вывода о соотношении рассматриваемых понятий обратимся к работам ученых, уделивших особое внимание заявленной проблематике.

Ретроспективный анализ существующих в МЧП взглядов российских и иностранных исследователей позволяет выделить два основных подхода к проблеме соотношения обычаев и обыкновений международной торговли: 1) классический (традиционный) подход, дифференцирующий указанные понятия, и 2) современный (нетрадиционный) подход, рассматривающий обычаи и обыкновения как тождественные друг другу категории.

В соответствии с первым из выделенных подходов понятия «обычай международной торговли» и «международное торговое обыкновение» разграничиваются по своей правовой природе как источник и неисточник права, содержащий правовые и неправовые нормы, соответственно. При этом обычай рассматривается как «правило, сложившееся в сфере внешней торговли на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений»¹²⁴, в то время как обыкновение квалифицируется уже как

¹²³ На данное обстоятельство указывают, в частности, М.М. Богуславский и В.П. Звеков: Богуславский М.М. Международное частное право. Учебник. М.: Юристъ, 1998. С. 71; Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М.: НОРМА, 2000. С. 97.

¹²⁴ Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения международной торговли: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 1979. С. 19.

обычное, постоянно и единообразно повторяющееся торговое правило, входящее в состав волеизъявления сторон по сделке в случае соответствия их намерениям¹²⁵.

Указание на необходимость различать обычаи и обыкновения возможно встретить в трудах некоторых дореволюционных авторов. Так, в частности, один из них, профессор А.И. Каминка, считал: «От торговых обычаев надо строго отличать торговые обыкновения, узансы... Эти обыкновения применяются не в силу сознания их обязательности, но ввиду их целесообразности, часто из любезности. Эти обыкновения являются отличным средством для распознавания воли контрагентов»¹²⁶. Аналогичного взгляда придерживался и другой дореволюционный исследователь П.П. Цитович¹²⁷.

Как отмечает И.С. Зыкин, один из сторонников классического подхода, международное торговое обыкновение, будучи «неправовым обычаем, действующим в сфере, опосредствуемой правом»¹²⁸, имеет особенный механизм применения, принципиально отличный от механизма применения обычая международной торговли: в отличие от обычая, который применяется в регулировании отношений международного коммерческого оборота как правовая норма в силу присущих ему признаков широкой известности, универсальности и длительности существования, торговое обыкновение приобретает способность регулировать взаимоотношения сторон только в тех случаях, когда сами стороны в той или иной форме призна-

¹²⁵ Там же. С. 25.

¹²⁶ Каминка А.И. Очерки торгового права / Под ред. и с пред. В.А. Томсинова. М.: «Зерцало», 2007. С. 81.

¹²⁷ Согласно убеждениям П.П. Цитовича, «от торговых обычаев (общеобязательных норм для всех и каждого) необходимо отличать своеобразные (индивидуальные) обыкновения, принятые в деловой практике такого-то торговца, торгового дома (например, продавать лишь на наличные, считать проценты лишь на другой день сделанного вклада, ставить упаковку на счет покупателя и т.д.)»; влияние таких обыкновений «может сказаться при толковании торговых сделок..., но при условии известности такого обыкновения тому, против кого на него ссылаются». Приводится по: Цитович П.П. Учебник торгового права. Вып. I. Киев, 1891. С. 36.

¹²⁸ Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения международной торговли: Дисс. канд. юрид. наук. М., 1979. С. 26.

ли необходимым такое применение¹²⁹. Применимость обыкновения, таким образом, базируется на том, что оно считается входящим в состав волеизъявления контрагентов по сделке, т.е. известно им и нашло отражение в договоре в виде прямой или подразумеваемой отсылки. В качестве субсидиарного критерия различия двух правовых конструкций ученый указывает на то, что обыкновение не должно столь единообразно и постоянно соблюдаться, как правовой обычай¹³⁰.

Еще один последователь традиционного понимания проблемы соотношения торговых обычаев и обыкновений, С.И. Вильнянский¹³¹, придерживаясь дифференцированного подхода к рассмотрению данных правовых категорий, называет 4 основных критерия их разграничения. Во-первых, по мнению данного ученого, установление существования обычая является вопросом права и входит в обязанность суда; обыкновение в противовес обычаю трактуется как одно из фактических обстоятельств по делу, подлежащих доказыванию сторонами перед судом. Во-вторых, как и И.С. Зыкин, С.И. Вильнянский считает, что применимость обыкновения зависит от того, знали ли (или должны были знать) стороны международного коммерческого контракта о существовании такого правила, содержится ли ссылка на него в самом контракте, или договор позволяет предположить намерение сторон руководствоваться тем или иным обыкновением. Применимость же обычая носит в целом безусловный характер (обычай применяется как норма права) и не ставится в зависимость от осведомленности сторон о его существовании. В-третьих, согласно С.И. Вильнянскому обычай, будучи нормой права, подлежит применению лишь при наличии прямой ссы-

¹²⁹ Зыкин И.С. Теория *lex mercatoria* / Международное частное право: Современные проблемы / Под ред. М.М. Богуславского. М., 1993. С. 130.

¹³⁰ Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле. М.: Междунар. отношения, 1983. С. 16.

¹³¹ Вильнянский С.И. Обычаи и правила социалистического общежития // Ученые записки Харьковского юридического института, 1954. Вып. 5. С. 15.

ки на него в законе¹³², в отличие от обыкновения, не являющегося правовой нормой и потому не требующего соответствующего указания на него в том или ином нормативно-правовом акте. И, наконец, суть четвертого критерия разграничения торговых обычаев и обыкновений, характерного исключительно для сферы международного частного права, заключается, по С.И. Вильнянскому, в том, что коллизийная норма независимо от ее принадлежности к той или иной системе права (международная или национальная) может отослать разрешение возникшего коллизийного спора лишь к другой норме права – торговому обычаю, но не обыкновению, не являющемуся, по мнению исследователя, правовой нормой.

Аналогичные признаки, разграничивающие обычаи и обыкновения международной торговли упоминаются другим отечественным правоведом советского периода И.Б. Новицким, определявшим, что обыкновение «представляет собой не норму права, а особое средство восполнить содержание воли сторон в конкретном правоотношении, если в какой-либо части эта воля не выражена прямо... Деловое обыкновение – лишь распространенная, но ни для кого не обязательная практика. Ознакомление с этой практикой позволят судить о том, как разрешается большинством участников деловых отношений тот или иной вопрос, возникающий при известных обстоятельствах, как «принято» его разрешать»¹³³.

Вместе с тем, выдвинутые С.И. Вильнянским критерии дифференциации рассматриваемых правовых понятий не являются бесспорными и подвергаются в российской правовой науке справедливой критике. Так, в частности, наиболее острые дискуссии ведутся в отношении первого из упомянутых исследователем критериев разграничения торгового обычая и обыкновения, согласно которому установление существования обычая есть вопрос права, а обыкновения – вопрос факта.

¹³² На наш взгляд, автор в данном случае имеет в виду признание обычая в качестве такового со стороны государства путем его прямого закрепления в нормативном акте.

¹³³ См. об этом: Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1959. С. 67-68.

Как пишет И.С. Зыкин, «в практике ВТАК¹³⁴ имеет место и доказывание *обычая* (курсив мой – А.Д.) сторонами»¹³⁵. И далее: нередки случаи, когда «...обычай, равно как и обыкновение, могут быть известны суду или арбитражу и, следовательно, не требовать доказывания. Таким образом, данный признак не может быть взят за основу при разграничении *обычая* и *обыкновения*»¹³⁶.

Подобной позиции придерживается и Д.М. Генкин. Он отмечает, что «наличие *обычая* может доказываться *стороной* (курсив мой – А.Д.) по спору, а также устанавливаться *арбитражной комиссией* (курсив мой – А.Д.) по собственной инициативе. Установленный *обычай* является правовой нормой, применимой к разрешению данного спора»¹³⁷.

Более того, в настоящее время судебная практика исходит из презумпции невозможности для суда знать все существующие деловые обычаи и торговые обыкновения. Поэтому на стороны возлагается обязанность доказывать существование и содержание того или иного правила поведения в предпринимательской среде¹³⁸.

Как видим, критерий доказывания существования *обычая* и *обыкновения* не является определяющим при разграничении данных правовых категорий.

Не вполне оправданным, на наш взгляд, следует считать также формулирование такого характерного для *обыкновения* признака, как обязательная ссылка (прямая или подразумеваемая) на него в контракте и а priori осведомленность сторон о его существовании в торговом обороте. Весомым доказательством, позволяющим поста-

¹³⁴ ВТАК (Всероссийская торговая арбитражная комиссия) с принятием в 1993 году Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» была преобразована в Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ

¹³⁵ Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения международной торговли: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 1979. С. 22.

¹³⁶ Там же. С. 23.

¹³⁷ Генкин Д.М. О работе Внешнеторговой арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате за 1957-1959 гг. Сборник информационных материалов Секции права ВТП, выпуск XI. М., 1967. С. 7.

¹³⁸ Мекка О., Штыкова Н. Применение судами обычаев делового оборота и торговых обыкновений // Российская юстиция. 2001. № 9. С. 33.

вить под сомнение целесообразность выделения подобного рода признака, отличающего обыкновение от обычая, выступает судебно-арбитражная практика и, в первую очередь, решения МКАС при ТПП РФ.

В практике заключения международных коммерческих контрактов с участием российских физических и юридических лиц нередки случаи применения сторонами сборника Инкотермс. Следуя логике С.И. Вильнянского, для квалификации Инкотермс в качестве торгового обыкновения, правомочного регулировать возникающие отношения по существу, необходимо указание самих сторон о применимости к их внешнеэкономической сделке данных правил. И только при наличии в договоре соответствующей ссылки на Инкотермс сторона в деле приобретает способность ссылаться на них в обоснование своих требований.

Однако, как свидетельствует практика МКАС при ТПП РФ, даже в тех случаях, когда стороны не ссылаются на конкретный базис поставки, суд может применить к договору Инкотермс, рассматривая их, а соответственно, и торговое обыкновение в целом как источник регулирования соответствующих правоотношений¹³⁹. Таким образом, ссылка на Инкотермс, как на источник неофициальной кодификации обыкновений международного делового оборота, в самом контракте не является единственным условием применения торгового обыкновения к договорным отношениям и потому не может служить критерием отграничения его от торгового обычая.

Несмотря на существующую критику традиционного (классического) подхода, он находит значительную поддержку в среде отечественных исследователей и правоведов. Так, на позициях признания обычая правовым источником, а обыкновения – неправовым, стоят Л.А. Лунц, В.П. Звеков, М.М. Богуславский, М.И. Брагинский,

¹³⁹ См.: Дело № 62/1998. В кн.: Арбитражная практика МКАС при ТПП РФ за 1998 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 1999. С. 250-256; Дело №255/1994. В кн.: Арбитражная практика за 1996-1997 г.г. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 1998. С. 212-215.

В.В. Витрянский, Г.К. Дмитриева, В.В. Гаврилов, И.В. Елисеев, И.В. Гетьман-Павлова, О.В. Аблезгова, А.А. Мережко и другие.

Л.А. Лунц, к примеру, а вслед за ним и М.М. Богуславский, В.П. Звеков утверждают, что обыкновения не являются правовыми нормами а, следовательно, источниками права и считаются входящими в состав волеизъявления участников сделки, определяют ее детали¹⁴⁰.

Согласно позиции И.В. Гетьман-Павловой, обыкновения есть единообразные устойчивые правила, всеобщая практика, не имеющая юридической силы. Как правило, формирование обыкновения представляет собой первую стадию установления обычной нормы права. Обычай – это также всеобщая практика, но признанная в качестве правовой нормы¹⁴¹.

О.В. Аблезгова видит главное отличие обыкновения от обычая в отсутствии у него таких черт, как повторяемость и единообразие. Обыкновения, по мнению автора, представляют собой сиюминутный вариант регулирования какой-либо конкретной ситуации. «Данные правила (имеются в виду обыкновения – А.Д.) используются сторонами для технического упорядочения отдельных моментов сделки», в противовес обычаям, которые носят характер универсальных, широко известных и существующих длительное время «торговых привычек»¹⁴².

На «технический характер» обыкновений как отличительный от обычаев признак указывает и А.А. Мережко. По мнению исследователя, «обыкновение часто носит менее общий, чем обычай, характер и является как бы техническим правилом, способствующим упорядочению отдельных моментов сделки»¹⁴³. В дополнение к

¹⁴⁰ См. об этом: Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М.: «Юрид. лит.», 1973. С.121; Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М.: Издательство НОРМА, 2001. С. 97. Богуславский М.М. Международное частное право. Учебник. М.: Юрист, 2006. С. 70.

¹⁴¹ Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. Учебник. М.: Изд.-во Эксмо, 2005. С. 203.

¹⁴² Аблезгова О.В. Обычаи международной торговли как основные источники *lex mercatoria* // Журнал российского права. 2008. №4. С. 108.

¹⁴³ Мережко А.А. Транснациональное торговое право (*lex mercatoria*). К.: Таксон, 2002. С. 44.

обозначенному выше признаку А.А. Мережко выделяет также и другой признак, отграничивающий обыкновение от обычая, – отсутствие у него *opinio juris*, т.е. восприятия данного правила поведения как юридически обязательного¹⁴⁴.

Другие сторонники традиционного подхода к соотношению обычаев международной торговли и международных торговых обыкновений, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, В.В. Кудашкин¹⁴⁵, в частности, признают в качестве основополагающего критерия разграничения рассматриваемых правовых понятий наличие или отсутствие санкционирования (признания) того или иного правила со стороны государства. По мнению ученых, в том случае, когда такое санкционирование отсутствует, речь идет о торговых обыкновениях, не обладающих юридической нормативностью и не являющихся источниками международного частного права. Признание же государством того или иного правила придает ему общеобязательную юридическую силу – силу нормы права и позволяет квалифицировать в качестве правового обычая.

Последователи традиционного подхода к соотношению обычая и обыкновения международной торговли встречаются также среди представителей зарубежной юридической науки¹⁴⁶.

Один из наиболее ярких зарубежных авторов, профессор К.М. Шмиттгофф, действительно, разграничивает два вышеуказанных термина, однако по иному, нежели описанному в отечественной доктрине, признаку. Согласно позиции ученого термином «*trade custom*» охватываются обычаи, которые вырабатываются

¹⁴⁴ Мережко А.А. Там же.

¹⁴⁵ См. об этом: Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международных коммерческих обычаев как источников международного частного права // Право и экономика. 2007. № 8.

¹⁴⁶ Среди иностранных авторов, разграничивающих обычаи и обыкновения международной торговли, могут быть названы Дж. Старке, рассматривающий обыкновение в качестве международной привычки, которая, в отличие от единообразного и самодостаточного обычая, еще не получила полного юридического утверждения, и Дж. Робертс, утверждающий, что обычай (*custom*) начинается там, где обыкновение (*usage*) заканчивается. См. об этом: Starke J. Introduction to International Law, 10-th ed., 1989, P. 36; Roberts J. International Sale of Goods. In International Transactions. Trade and Investment, Law and Practice, Ed. by Wilde M., The Law Book Company Limited, Melbourne, 1993. P. 69.

международными торговыми ассоциациями или международными организациями, такими, как МТП, ЕЭК ООН, придавшими им форму правового регулятора, в то время как категория «trade usage» (или «usance») применяется в отношении установившейся практики торговли между отдельными предпринимателями. Получается, что главный критерий отличия обычая от обыкновения международной торговли заключается, по мнению К.М. Шмиттгоффа, в специфике субъекта нормотворчества, а не в правовом/неправовом характере обычного правила и наличии у него качества юридической обязательности.

В иностранной правовой литературе, как правило, оперируют двумя основными терминами: «trade custom» и «trade usage», которым, как нередко отмечалось в советской науке, соответствуют отечественные «обычай» и «обыкновение». Таким образом, подчеркивается, что термин «trade custom» чаще используется для обозначения обычно-правовой нормы, в то время как термин «trade usage» – для идентификации правил ненормативного характера¹⁴⁷. На данное обстоятельство указывает И.С. Зыкин, отмечающий, что в течение длительного времени понятия custom и usage различались таким образом, что под первым понимался обычай, который связывал стороны международной коммерческой сделки, тогда как usage означал обыкновение в виде сложившейся в международном обороте деловой практики и стандартов поведения, которые могут применяться сторонами контракта по их взаимному согласию. Традиционные же различия между custom и usage состояли, по мнению профессора, в том, что под custom понимали принятую в определенной географической местности локальную практику, а под usage – практику осуществления определенной профессиональной деятельности¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. М.: Юрид. лит., 1994. С. 34.

¹⁴⁸ Зыкин И.С. Указ. соч. С. 21.

Следует отметить, однако, что проведение подобной аналогии русскоязычных терминов с понятиями, используемыми в английском языке, не вполне соответствует нормам международных договоров и, в частности, положениям Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года. Так, к примеру, статья 9 данной конвенции, традиционно толкуемая в правовой литературе как ссылающаяся на обычаи международной торговли (п. 2 ст. 9), в своем оригинальном тексте, составленном на английском языке, содержит иной термин – «usage», которому соответствует русскоязычный термин «обыкновение». Таким образом, получается, что согласно логике ряда авторов, отстаивающих упомянутую выше позицию, в Венской конвенции 1980 года речь идет не об обычаях международной торговли с присущим им качеством правовой нормативности, а об обычкновениях неправового характера, что в целом противоречит общепринятой практике применения конвенции и особенностям ее толкования. Не следует забывать также о том, что термин «custom» первоначально использовался в категориальном аппарате международного публичного права для обозначения одного из основных его источников и лишь впоследствии был заимствован наукой международного частного права, что не лишает его, однако, своей исходной публичной сущности и в этом смысле придает данному термину некую «чужеродность».

В целом следует отметить, что большинство современных зарубежных исследователей не разделяет позиции российских ученых в разграничении рассматриваемых категорий по признаку правовой нормативности.

Так, в частности, один из них, С. Бейнбридж, называет торговые обыкновения (trade usages) нормами права (legal rules), которые восполняют пробелы и толкуют терминологию соглашения сторон¹⁴⁹. Аналогичной точки зрения придерживается и А. Голдштейн, который отмечает, что коммерческие обыкновения (commercial usages) пред-

¹⁴⁹ Bainbrige S. Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention // Virginia Journal of International Law. 1984. № 8. P. 624.

ставляют собой один из источников права международной торговли¹⁵⁰. Другой, не менее известный, иностранный автор М. Элкин характеризует обычаи (trade custom) и обыкновения (trade usage) международной торговли как взаимозаменяемые категории и пишет о том, что в транснациональном коммерческом праве термин «обыкновение» призван, главным образом, обозначать оба явления¹⁵¹.

На взаимозаменяемость исследуемых правовых конструкций указывается также в книге «New Developments in International and Consumer Law», опубликованной в 1998 году под редакцией Международной академии коммерческого и потребительского права. В книге уточняется, что категория «trade usage» применяется в основном в международном коммерческом праве и призвана характеризовать установившуюся практику, имеющую юридически обязательную силу, в то время как понятие «trade custom» относится в большей мере к международному праву. Однако данное обстоятельство не умаляет равнозначности указанных терминов. Более того, подчеркивается, что необходимость выделения в самостоятельную категорию обычая международной торговли (trade custom) обусловлена, по большей части, морфологическими нюансами существительных trade custom и trade usage и, в частности, тем, что термин «обыкновение» (trade usage) в английском языке лишено формы прилагательного, что обуславливает использование в форме прилагательного понятия «обычай» (trade custom); в связи с чем при обращении в тексте к обычному праву или обычно-правовым правилам за основу берут слово «обычай» (trade custom)¹⁵².

¹⁵⁰ Goldstajn A. Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention // International Sales of Goods: Dubrovnik Lectures. – Peter Sarcevic and Paul Volken eds.: Oceana Publ., 1986. P. 80.

¹⁵¹ Mert Elcin. The Applicable Law to International Commercial Contracts and the Status of Lex Mercatoria – with a Special Emphasis on Choice of Law Rules in European Community. LL.M. in International and Comparative Law, 2006. P. 37.

¹⁵² New Developments in International and Consumer Law. The International Academy of Commercial and Consumer Law and the contributors severally. Hart Publishing, Oxford, UK, 1998. P. 9.

Характерно, что и в ряде зарубежных толковых юридических словарей исследуемые категории рассматриваются как тождественные. Так, согласно Essential Law Dictionary понятия «custom» и «usage» толкуются единообразно – как обычная практика, которая в результате длительного существования приобрела силу права в соответствующей местности¹⁵³. Через категорию «custom» (обычай) трактуется термин «usage» (обыкновение) в Black's Dictionary of Law. В соответствии с данным словарем «usage» (обыкновение) – это разумный и общественно-правовой «custom» (обычай), относящийся к транзакциям с общей правовой природой. В широком смысле обыкновение включает как обычай, так и предписание¹⁵⁴. Аналогичным образом обычай и обыкновение соотносятся в Building Contract Dictionary с единственной лишь разницей, что не обыкновение раскрывается через категорию «обычай», а наоборот, обычай через категорию «обыкновение»: обычай – это длительно существующая практика или обыкновение, которые обладают обязательной силой в пределах своей сферы действия¹⁵⁵. А согласно Gale Encyclopedia of American Law «trade usage» (обыкновение) представляет собой любую систему, обычай (trade custom) или практику ведения бизнеса, обычно используемые в той или иной профессии, сфере или месте в такой мере, что возникает предположение об их соблюдении и в соответствующей транзакции¹⁵⁶.

В теоретической науке нетрадиционный подход к соотношению обычая и обыкновения весьма последовательно представлен С.С. Алексеевым, называющим обыкновения обычаями¹⁵⁷, а также В.С. Нерсесянцем, А.А. Белкиным, С.Ю. Красновым, Е.А. Лукашевой. Как и С.С. Алексеев, В.С. Нерсесянц характеризует обыкнове-

¹⁵³ Essential Law Dictionary / by Amy Hackney. Blackwell, 2008.

¹⁵⁴ Black's Dictionary of Law / by Bryan A. Garner. Thomson West, 2004.

¹⁵⁵ Building Contract Dictionary / by D. Chappell, D. Marshall, S. Cavender & the Estate of Vincent Powell-Smith, 2001.

¹⁵⁶ Gale Encyclopedia of American Law. Vol. 10. Gale Group, 2010.

¹⁵⁷ Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т.1. С. 79.

ния в качестве разновидности обычая¹⁵⁸. К аналогичному выводу приходит и С.Ю. Краснов, который, рассматривая соотношение понятий «обычай» и «обыкновение», пишет о том, что в основе обыкновений могут лежать общепринятые обычаи¹⁵⁹. А.А. Белкин отмечает этимологическое единство и семантическое тождество рассматриваемых правовых конструкций¹⁶⁰. С таким взглядом в отношении правоприменительной практики солидаризуется Е.А. Лукашева, полагающая, что обыкновение есть «утвердившийся в правоприменительной практике подход, ставший своего рода стереотипом или обычаем»¹⁶¹.

В свете рассматриваемого подхода особо следует остановиться и на позиции А.Ф. Шебанова, написавшего параграф о значении обычаев, традиций, деловых обыкновений для правотворчества в известной монографии советского периода «Правотворчество в СССР». Не усматривая принципиальной разницы между обычаями и обыкновениями, он различает исторически сложившиеся «старые обычаи» и новые, имеющие деловой, управленческий генезис. Так, при рассмотрении обычаев морского порта А.Ф. Шебановым отмечается, что «подобные обычаи отличаются от... исторически сложившихся «старых обычаев», мы рассматриваем их как разновидность деловых обыкновений в хозяйственной деятельности»¹⁶². И далее: «Деловые обыкновения – это правила поведения лиц в определенных областях общественных отношений, а именно в торговых, имущественных, управленческих отношениях.... Это порядок действий, поступков участников указанных отношений, принятый в данных отношениях и соблюдаемый в силу сложившейся практики,

¹⁵⁸ Проблемы общей теории прав и государства: учеб. для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д-ра юрид. наук, проф. В.С. Нерсесянца. М.: НОРМА, 2004. С. 268.

¹⁵⁹ Краснов С.Ю. Обычно-правовое регулирование имущественных отношений у донских казаков во 2-ой половине XIX века (историко-правовой аспект): Дисс. ...канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 44.

¹⁶⁰ Белкин А.А. Обычаи и обыкновения в государственном праве // Избранные работы 90-ых годов по конституционному праву. Спб.: Юрид. центр «Пресс», 2003. С. 181.

¹⁶¹ Общая теория права человека / Под ред. Е.А. Лукашевой. М., 1996. С. 140.

¹⁶² Правотворчество в СССР / Под ред. А.В. Мицкевича. М.: Юридическая литература, 1974. С. 126-135.

взаимной заинтересованности»¹⁶³. В контексте проведенной исследователем дифференциации между так называемыми «старыми обычаями» и новыми обычаями делового, управленческого генезиса нетрудно прийти к выводу об относимости к числу последних собственно обыкновений.

В отечественной юриспруденции вслед за зарубежными исследователями также имеется немало сторонников современного (нетрадиционного) подхода к вопросу о соотношении обычая и обыкновения международной торговли. Более того, тенденция к признанию аутентичности рассматриваемых категорий может быть выявлена и во взглядах ученых, как правило, придерживающихся первого, традиционного подхода. Так, к примеру, И.С. Зыкин, последовательно отстаивающий концепцию дифференциации обычаев и обыкновений, в то же время отмечает: с точки зрения обязывающей силы иногда понятию *custom* придавалось значение имеющего обязательную силу *usage*. С точки зрения происхождения не записанный где-либо *usage* или образец поведения (*pattern of behavior*) коммерсантов в силу повторяющегося применения приобретал нормативную силу¹⁶⁴.

Один из российских сторонников современного (нетрадиционного) подхода А.В. Прохачев, поддерживая позицию знака равенства между обычаем и обыкновением, аргументирует ее следующим образом: «...правила очередности разгрузки погрузки в портах, обычно предъявляемые требования к качеству товаров, указываемые в качестве обыкновений, вполне можно рассматривать в качестве обычаев порта, какого-либо рынка товара и т.д., но не обязательно именно как обыкновения... Получается, что обычай и обыкновение – не более чем синонимы, отличающиеся несущественной и трудно уловимой с практической точки зрения разницей, которая может интересовать лишь с позиций достаточно умозри-

¹⁶³ Правотворчество в СССР / Под ред. А.В. Мицкевича. М.: Юридическая литература, 1974. С. 131, 133.

¹⁶⁴ Зыкин И.С. Указ. соч. С. 21.

тельной терминологической чистоты: обычай – норма поведения, должное, а обыкновение – форма поведения, сущее»¹⁶⁵. Основные доводы в защиту собственной позиции строятся А.В. Прохачевым на критическом разборе главного, по мнению сторонников традиционного подхода, критерия разграничения обычая и обыкновения – наличия санкционирования со стороны государства: согласно убеждениям исследователя, общепринятый подход к формализации обыкновения посредством его полного или частичного государственного признания, санкционирования или интегрирования в государственную правоприменительную практику не может быть применен в частной сфере, ибо в ней нормативная практика и вытекающее из нее правило рождаются усилиями не государственно-властных субъектов, фактически санкционирующих их, а в среде субъектов, пользующихся автономией воли, ни один из которых не может или, по крайней мере, не должен претендовать на функцию формализации, санкционирования¹⁶⁶. Подтверждение своим взглядам А.В. Прохачев находит в действующем законодательстве РФ и, в частности, в статье 5 Гражданского кодекса, из анализа которой автором сформулирован следующий вывод: «Российский законодатель не посчитал санкционированность конкретного обычая необходимым его формальным признаком, ограничившись общим «рамочным» признанием его в данной статье. Практически это нивелирует формальную разницу между обычаем и обыкновением, а такая разница в теории права считается основной, так как обычай – норма права, к обыкновению же стороны прибегают по своему усмотрению»¹⁶⁷. В итоге исследователь приходит к заключению о том, что одно и то же правило торгового оборота может выступать как в виде обычая, так и в виде обыкновения¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Прохачев А.В. Обычай в системе форм права: вопросы теории: Дисс. ...канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2002. С. 98.

¹⁶⁶ Прохачев А.В. Указ. соч. С. 104.

¹⁶⁷ Прохачев А.В. Указ. соч. С. 105.

¹⁶⁸ Прохачев А.В. Указ. соч. С. 105.

На позиции признания характера правовой нормы не только за обычаем, но и за обыкновением международной торговли настаивает также В.С. Каменков. Согласно его убеждениям, в процессе осуществления внешнеторговой деятельности наряду с формированием нормативного содержания обычая и обыкновения происходит становление элемента их юридической обязательности, выражающегося в молчаливом или подтверждаемом сторонами признании за обычаем и обыкновением юридической силы¹⁶⁹. Такое подтверждение, по мнению В.С. Каменкова, может быть доказано сторонами различными средствами и способами, в том числе посредством предоставления предыдущих контрактов, переписки, ведущейся между сторонами, а также в решениях международных судебных и арбитражных органов, резолюциях международных организаций¹⁷⁰.

Как видим, современный (нетрадиционный) подход к соотношению обычая и обыкновения получил широкую поддержку среди теоретиков и цивилистов отечественной науки, но лишь в позициях немногих исследователей международного частного права снискал научное признание и подтверждение. Тем не менее, на сегодняшний день существует ряд неоспоримых обстоятельств, позволяющих с достоверностью говорить о данном подходе как о приоритетном.

В ряду доказательств тождественности обычаев (customs) и обыкновений (usages) трансграничной торговли могут быть названы нормы отдельных международно-правовых актов, в которых конструкция русскоязычного слова «обычай» используется фактически в значении англоязычного термина «usage» (обыкновение). Так, согласно п. 1 ст. 9 Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года «стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях».

¹⁶⁹ Международное регулирование внешнеэкономической деятельности / Под общ. ред. В.С. Каменкова. М.: Изд.-во дел. и учеб. лит., 2005. С. 361-362.

¹⁷⁰ Там же. С. 362.

А в соответствии с п. 2 ст. 9 Конвенции «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». С позиции сторонников¹⁷¹ традиционного подхода под «обычаем» в п. 1 ст. 9 рассматриваемого документа имеется в виду обыкновенное, трактуемое как подразумеваемое условие внешнеэкономической сделки, приобретшее юридическое значение для сторон в результате ссылки на него в контракте. В то время как в п. 2 анализируемой статьи речь уже идет о классическом торговом обычае, который применяется к отношениям сторон независимо от такой ссылки, как диспозитивная правовая норма.

Подобного рода квалификация норм ст. 9 Венской конвенции не вполне отвечает тому смыслу, который был заложен в п. 1 и п. 2 данной статьи при разработке и составлении проекта международного договора. Такой вывод напрямую проистекает из официального комментария к проекту Конвенции 1978 года, опубликованного Секретариатом ООН. Данный комментарий предусматривает, в частности: принимая во внимание одновременно действие п. 1 и п. 2 ст. 9 Конвенции, обычаи, относительно которых достигнуто согласие сторон, имеют для них обязательную силу. Такое согласие может выражаться в явной форме или быть подразумеваемым. Для того, чтобы было достигнуто подразумеваемое согласие сторон на обязательность для них обычая, необходимо, чтобы он отвечал двум условиям: был одним из обычаев, «которые стороны знали или должны были знать» и «которые в международной торговле широко известны и постоянно соблюдаются сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли»¹⁷². И далее подчеркивается, что под «соответст-

¹⁷¹ См. об этом: Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть / Под ред. Е.А. Суханова. М.: «Волтерс Клувер», 2008 // СПС «ГАРАНТ».

¹⁷² Text of Secretariat Commentary on article 8 of the 1978 Draft (draft counterpart of CISG article 9) // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-09.html>. Дата посещения: 02.03.2011.

вующей областью торговли» надлежит понимать в данном случае торговлю определенным товаром, торговлю в определенном регионе или торговлю определенного круга коммерческих партнеров¹⁷³.

Таким образом, в комментарии Секретариата ООН обычай, упомянутый в п. 1 ст. 9 Конвенции, трактуется не в значении установленной контрактом нормы, а в качестве обычая, относительно которого стороны ВЭС выразили свою волю (в форме согласия) на применение его к договорным отношениям. При этом, как следует из комментария, такой обычай характеризуется теми же признаками¹⁷⁴, что и обычай, закрепленный в п. 2 ст. 9 Конвенции, и наделяется одинаковой с ним обязательной силой для сторон ВЭС.

Обоснованность такого толкования норм Конвенции находит достаточно весомую теоретическую поддержку во взглядах иностранных авторов¹⁷⁵, а также подкрепляется позицией Комиссии ООН по праву международной торговли, выраженной в сборнике ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров 2004 года. Согласно указанному сборнику в отношении бремени доказывания не существует различий между обычаями, связывающими стороны (п. 2 ст. 9 Венской конвенции) и обычаями, о которых договорились стороны, или практикой, установленной ими в своих взаимных отношениях (п. 1 ст. 9 Венской конвенции): сторона, которая ссылается на существование какого-либо обязательного обычая, должна доказать это, по крайней мере в тех правовых системах, которые считают, что это – вопрос факта. Если сторона, на которой лежит бремя доказывания, не сможет доказать это, обычай

¹⁷³ Там же.

¹⁷⁴ В отечественной правовой литературе также подчеркивается, что широкая известность и постоянное соблюдение как признаки обычая международной торговли характерны, в том числе и для международного торгового обычая. См. об этом: Каменков В.С. Указ. соч. С. 364-365.

¹⁷⁵ См. Об этом, к примеру: Bergsten Eric E. Basic Concepts of the UN Convention on the International Sale of Goods // Das UNCITRAL-Kaufrecht zum Vergleich zum Österreichischen Recht. Vienna: Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1985.

не будет связывать стороны¹⁷⁶. Более того, с опорой на судебную практику в сборнике подчеркивается, что обычаи, упомянутые в п. 1 ст. 9 Конвенции, и обычаи, на которые ссылается п. 2 рассматриваемой статьи, в равной мере могут быть не только международными и являться общепринятыми на международном уровне; при определенных обстоятельствах к международному коммерческому контракту может применяться местный обычай, в том числе, когда стороны договорились о местном обычае¹⁷⁷. Тем самым нивелируется позиция сторонников традиционного подхода о необходимости разграничения обычаев, предусмотренных п. 1 ст. 9 Венской конвенции, и, соответственно, обычаев, закрепленных п. 2 данной статьи, по признаку их юридической нормативности, т.е. как источника (п. 2 ст. 9 Конвенции) и не источника права (п. 1 ст. 9 Конвенции).

В результате, дано толкование ст. 9 Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года как формулирующей разные условия применения обычаев международной торговли: 1) если обычай широко известен в той сфере международной торговли, где складываются отношения между сторонами, он применяется в отсутствие специальной договоренности сторон; 2) если обычай возник в иной отрасли предпринимательства, применим к другому типу договора или имеет локальную природу, его применение обусловлено договоренностью сторон.

В связи с этим в целях облегчения и упорядочения правоприменительного процесса предлагается включать в текст конвенций, регулирующих ВЭС, и (или) непосредственно в текст международных коммерческих контрактов следующую оговорку: «Стороны связаны положениями контракта, обычаями, применимыми к кон-

¹⁷⁶ UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sales of Goods // http://www.uncitral.org/uncitral/ru/case_law/digests/cisg.html. Дата посещения: 07.02.2011.

¹⁷⁷ UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sales of Goods // http://www.uncitral.org/uncitral/ru/case_law/digests/cisg.html. Дата посещения: 07.02.2011.

тракту или оговоренными в контракте, а также применимым к их отношениям международным договором, если только стороны, руководствуясь дозволениями норм такого международного договора, не исключили его применение. Вопросы, не урегулированные в соответствующем международном договоре и в соответствии с ним, подлежат разрешению в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права».

На аутентичность обычая и обыкновения международной торговли указывает также законодательство ряда зарубежных государств. Так, к примеру, в статье 3 Гражданского кодекса Испании закреплено, что правовые обыкновения рассматриваются в качестве обычая. А согласно ст. 1-205 Единообразного торгового кодекса США и гражданскому законодательству Японии торговые обыкновения применяются как правовой обычай в торговой сфере¹⁷⁸. Сходные положения находим в праве Германии, где обыкновения именуются обычаями торгового оборота (*Verkehrssitte*). А согласно законодательству Англии и Франции термины «custom» (фр. *coutume*) и «usage» (фр. *usage*) применительно к торговым отношениям нередко употребляются в качестве взаимозаменяемых.

В пользу второго (нетрадиционного) подхода к соотношению обычая и обыкновения международной торговли свидетельствует практика МКАС при ТПП РФ по рассмотрению споров, вытекающих из внешнеэкономических сделок, которые содержат ссылку на Инкотермс.

Как известно, на основании Закона РФ от 7 июля 1993 года № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах» Правление ТПП РФ 28 июня 2001 года своим Постановлением № 117-13 (п. 4) признало Инкотермс на территории Российской Федерации торговым обычаем, тем самым положив конец непрекращающимся научным дискуссиям относительно правового статуса сборника. Вместе с тем,

¹⁷⁸ Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Дисс. ...канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 82.

как свидетельствует арбитражная практика, позиция отечественных судов в данном вопросе является далеко не однозначной.

Анализ практики рассмотрения споров МКАС при ТПП наглядно показал, что толкование Правил Инкотермс осуществляется по-разному: и как свода международных торговых обычаев¹⁷⁹, и как сборника торговых обыкновений¹⁸⁰. Данное обстоятельство подчеркивает отсутствие для суда принципиальной разницы между понятиями «обычай» и «обыкновение», а также свидетельствует о подходе международного коммерческого арбитража к данным понятиям как тождественным, равнозначным.

Изложенное выше позволяет заключить об отсутствии практической целесообразности в разграничении «обычая» и «обыкновения» применительно к сфере трансграничного предпринимательства. В то же время, оперируя англоязычными эквивалентами рассматриваемых терминов, следует иметь в виду, что термины «trade usage» (фр. *usance*) и «trade custom» (фр. *coutume*) соотносятся между собой не как обычай и обыкновение, имеющие, соответственно, правовой и неправовой характер, а применяются в качестве разнопорядковых регуляторов, один из которых (*trade custom*) имеет публично-правовую природу, другой (*trade usage*) обладает частно-правовой сущностью.

Не претендуя на признание единственно верным лишь одного из выделенных в данном параграфе подходов, отметим следующее: этимологическое родство понятий «обычай» и «обыкновение», присущее последнему качество нормативности в регулировании того или иного вида отношений, а также потенциальная возможность перетекания обычаев и обыкновений друг в друга, свидетельствует об общей для двух рассматриваемых категорий юридической природе. И правовой обычай, и обыкновение, по словам В.В. Ровного,

¹⁷⁹ См., к примеру: Дело № 255/1994 // Розенберг М.Г. *Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров.* М., 2003. С. 29; Дело № 16/1999 // *Практика МКАС при ТПП РФ за 1999-2000 г.г.* / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002.

¹⁸⁰ См., к примеру: Дело № 406/1998 // *Практика МКАС при ТПП РФ за 1999-2000 г.г.* / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002. С. 29.

есть правила, созданные самой жизнью и служащие для восполнения правовых пробелов в тех случаях, когда ни один из нормативных регуляторов (нормативно-правовой акт, договор) не работает. Публичные органы могут лишь придавать им официальный характер, в частности, посредством их обработки (обобщения и документирования в целях унификации), санкционирования¹⁸¹.

§ 5. Обычай международной торговли и *lex mercatoria*

Традиционной для доктрины международного частного права остается до настоящего времени во многом неоднозначная позиция, согласно которой обычаи международной торговли рассматриваются в качестве неотъемлемого элемента, «ядра *lex mercatoria*»¹⁸² и признаются его основными источниками наряду с общей коммерческой практикой, типовыми законами и контрактами, общепризнанными принципами права, арбитражными решениями. Вместе с тем, подобная категоричность в вопросе соотношения обычая и *lex mercatoria* не в полной мере соответствует юридической природе указанных явлений и потому не всегда является оправданной. В связи с этим, для формулирования правильного вывода по затронутой проблематике целесообразным, по нашему мнению, видится необходимость первостепенного определения сущностного качества самого *lex mercatoria* – его правовой или неправовой нормативности.

Анализ отечественной и зарубежной литературы относительно онтологической природы *lex mercatoria* позволяет выделить два основных подхода к рассматриваемому явлению: 1) согласно первому подходу *lex mercatoria* признается в качестве самодостаточной правовой системы, охватывающей все аспекты международных ком-

¹⁸¹ Ровный В.В. Обычай в современном обороте / Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права / Под ред. В.Ф. Попондопуло, О.Ю. Скворцова. Сборник научных статей. Выпуск 5. М.: «Волтерс-Клувер», 2005. С. 75.

¹⁸² Данной позиции придерживается, в частности, А. Голдштейн: Goldstajn A. Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention // International Sales of Goods: Dubrovnik Lectures. – Peter Sarcevic and Paul Volken eds.: Oceana Publ., 1986. P. 96.

мерческих отношений и исключаящей применение национального права (Б. Goldman, К.П. Бергер, Д. Якобсон, М. Мاستил, Г. Берман, Ф. Дассер, О.В. Мата, О.В. Аблезгова); 2) в противовес первому второй подход отказывает *lex mercatoria* в наличии признаков самостоятельной правовой системы, но подчеркивает возможность его использования в качестве альтернативы или в дополнение к применимому праву (А. Лоунфельд, Х. Хуттэ, О. Ландо, К. Хайет, Р. Гуд, А. Кассис, Б. Вортманн, В.П. Звеков, Л.А. Лунц, Н.И. Марышева, Г.М. Вельяминов).

Один из самых активных сторонников первого подхода к сущности *lex mercatoria* Б. Goldman заявляет, что оно представляет собой «автономную систему права международного сообщества коммерсантов, спонтанно создаваемую участниками международных торговых отношений независимо от национальных правовых систем»¹⁸³. Тем самым признается существование вненационального, транснационального права, сверхнациональной юридической системы, в правовом поле которой оказываются стороны международной сделки независимо от того, избрали они или нет применимое к их контрактным отношениям право.

Вслед за Б. Goldman о *lex mercatoria* как о независимой третьей сверхнациональной правовой системе, занимающей место между национальным правом и международным публичным правом, созданной и развиваемой правотворческими силами международного коммерческого сообщества»¹⁸⁴ пишет также К.П. Бергер. Аналогично Р. Гуду, О. Ландо и А. Лоунфельду он признает в качестве основного источника *lex mercatoria* обычаи международной торговли и, исходя из независимой от государства природы данной правовой системы, формулирует вывод о негосударственной сущ-

¹⁸³ Goldman B. The Applicable Law: General Principles of Law – Lex Mercatoria // Contemporary Problems of International Arbitration / In J. Lee (ed) Contemporary Problems of International Arbitration. London, Center for Commercial Law Studies. 1986. P. 114. / Цит. по: Карсакова Н.А. Теория *lex mercatoria* в юридической доктрине и практике: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2006. С. 36.

¹⁸⁴ Berger K.P. International economic arbitration. – Boston: Kluwer law and taxation publishers deventer, 1993. P. 538.

ности составляющих *lex mercatoria* регуляторов (обычаев международной торговли в том числе). Другие авторы идут в данном направлении еще дальше, провозглашая обычную природу *lex mercatoria* и объявляя его содержанием исключительно обычаи международной торговли¹⁸⁵.

Придерживающиеся аналогичной точки зрения Г. Берман и Ф. Дассер отмечают, что *lex mercatoria* представляет собрание обычного международного или транснационального права торговли, в котором обобщены все национальные правовые системы, подлежащие применению к международной купле-продаже; обращение к этому праву необходимо, когда применимое национальное право содержит правило, противоречащее международному коммерческому обычаю¹⁸⁶.

Г.П. Каллисс, анализируя рассматриваемое явление, использует следующее определение *lex mercatoria*: «...это третья категория права, нечто, находящееся между традиционной дихотомией национального и международного права, т. е. автономная надгосударственная правовая система, основанная на базисных принципах права, извлеченных путем функционального сравнительного анализа общих понятий национальных правовых систем (например, принципы УНИДРУА и подобные им документы), а также базирующаяся на обычаях и обыкновениях международного делового сообщества (например, стандартные формы договоров, общие условия и т. д.) и обеспеченная международным коммерческим арбитражем»¹⁸⁷.

Качество правовой системы признает за *lex mercatoria* и Э. Гайлард, указывающий на такие присущие рассматриваемому явлению черты правовой системы, как: законченность, наличие четкой струк-

¹⁸⁵ About it: Bermann H.J., Dasser F.J. The “New” Law Merchant and the “Old”: Sources, Content, and Legitimacy // *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant.*

¹⁸⁶ Berman H.J., Dasser F.J. The “New” Law Merchant and the “Old”: Sources, Content, and Legitimacy // *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant.* P. 55-56.

¹⁸⁷ Calliess G.P. Frankfurt/Main Reflexive Transnational Law. The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private // *Zeitschrift Rechtssoziologie.* 2002. Heft 2. S.187.

туры, возможность для дальнейшего развития и предсказуемость¹⁸⁸. Взгляды, подобные точке зрения Э. Гайларда, находим в работах отечественных авторов¹⁸⁹. Так, в частности, О.В. Мата приводит следующие аргументы в защиту позиции Э. Гайларда: 1) имеющиеся в национальном законодательстве и международных актах пробелы зачастую отсылают к общим принципам права, т.е. к *lex mercatoria*; в силу данного факта *lex mercatoria* обладает большей потенцией для регулирования внешнеэкономических отношений, чем любая национальная система права; 2) наличие у *lex mercatoria* четкой структуры выражается в форме осуществленной в девяностых годах прошлого века кодификации *lex mercatoria* в виде Принципов УНИДРУА, Принципов Европейского Договорного Права, Принципов, Правил и Стандартов *Lex Mercatoria*, разработанных Центром по Транснациональному праву (CENTRAL); 3) еще один признак системы права – вероятность ее дальнейшего развития – применительно к *lex mercatoria* заключается в том, что произведенные кодификации его основных источников не остаются раз и навсегда застывшими, «закостенелыми» статутами, а регулярно пересматриваются и дополняются с учетом актуальных потребностей торговой практики (например, Инкотермс); 4) *lex mercatoria* обладает высокой степенью предсказуемости, поскольку в международном частном праве законодатель не «производит», а зачастую «воспроизводит» нормы права, приводя их в соответствие со сложившейся практикой; в этом отношении *lex mercatoria* обладает огромным преимуществом над внутренним правом благодаря большей гибкости его принципов и отсутствию государственных формальностей при внесении изменений¹⁹⁰.

Анализируя в целом имеющиеся взгляды сторонников первого подхода к сущности *lex mercatoria*, А.С. Комаров формулирует вы-

¹⁸⁸ Gailard Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision // The international arbitration. Volume 17. №1, 2001. P. 65.

¹⁸⁹ См. подробнее: Мата О.В. *Lex mercatoria* в качестве применимого права внешнеэкономического контракта // Третейский суд. 2004. № 3 (33); Аблезгова О.В. Нормы "*lex mercatoria*" в правовом регулировании международного коммерческого оборота: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

¹⁹⁰ Мата О.В. Указ. соч. С. 75-77.

вод о возможности трактования данного феномена как автономной нормативной системы в двух смыслах – в широком и узком. В узком смысле в состав *lex mercatoria* включаются «общепризнанные национальными правовыми системами принципы и торговые обычаи»; широкая трактовка *lex mercatoria* предполагает определение в качестве его источников всех правовых принципов и правил, которые не имеют своего происхождения в национальной системе права (Принципы УНИДРУА, Принципы европейского договорного права, документы МТП)¹⁹¹.

Как было отмечено ранее, не все правоведы разделяют взгляды о закреплении за *lex mercatoria* качества автономной правовой системы. Имеются и противники изложенной выше позиции, которые отзываются об исследуемом явлении как о «воображаемой автономной *lex mercatoria*», существующей лишь в юридической литературе и не имеющей практического значения¹⁹². Так, в частности, один из них, Х. Хуттэ, отмечает: по меньшей мере, преждевременно говорить о существовании универсального *lex mercatoria*, скорее можно предположить существование множества систем *lex mercatoria* в зависимости от специфики отдельных отраслей промышленности либо территориальной специфики¹⁹³. В обоснование своей точки зрения автор указывает на незначительное количество действительно универсальных норм, которые возможно применять для всех разновидностей контрактов и признанных действительно мировым сообществом коммерсантов, а не отдельными группами, осуществляемыми свою деятельность в различных регионах мира¹⁹⁴.

Аналогичный вывод формулируется профессором А. Лоунфельдом, считающим, что *lex mercatoria* не является самодостаточной (*self-contained*) правовой системой, регулирующей все аспекты

¹⁹¹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 года. // М.: Международн. отношения, 2003. С. vi, vii.

¹⁹² См. подробнее: Goode R. The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration // *Arbitration International*. 2001. № 1. Vol. 17. P. 19-39.

¹⁹³ Houtte H.V. *The Law of International Trade*. London: Sweet and Maxwell, 1995. P. 28.

¹⁹⁴ Houtte H.V. *Op. cit.* P. 28.

международных коммерческих отношений с исключением национального права¹⁹⁵. Вместе с тем, ученым подчеркивается, что *lex mercatoria* выступает источником права, созданным обычной практикой, конвенциями, прецедентами и многими национальными законами¹⁹⁶.

О. Ландо отмечает, что *lex mercatoria* – все еще неоднородная и фрагментарная структура права, которая никогда не достигнет уровня многосторонней и хорошо организованной национальной правовой системы¹⁹⁷. В лучшем случае его можно рассматривать как юридический процесс, обеспечивающий вынесение справедливого и адекватного решения путем как выявления и применения общих принципов через сравнительный анализ элементов *lex mercatoria*, так и собственных представлений арбитра о добросовестности и справедливости¹⁹⁸.

Еще более радикальную позицию в данном вопросе отстаивают К. Хайет и А. Кассис. Так, к примеру, А. Кассис характеризует *lex mercatoria* как полностью неопределенное и абсолютно непредсказуемое с юридической точки зрения явление¹⁹⁹. По мнению К. Хайета, *lex mercatoria* есть просто миф, который зародился под давлением процесса денационализации контактов с участием государства с целью избежать односторонних мер со стороны принимающего государства: «В попытке преодолеть возникающие трудности арбитры провозгласили применение в области международных коммерческих связей общих принципов здравого смысла, не являющихся нормами права и, строго говоря, даже правовыми принципами, не нуждающихся в официальном признании за ними качеств

¹⁹⁵ Lowenfeld A. *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View* / In Carbonneau (ed.) *Lex Mercatoria: An Arbitration*. New York, Transnational Juris Publications. 1990. P. 50.

¹⁹⁶ Lowenfeld A. *Op. cit.* P. 50.

¹⁹⁷ Lando O. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute // Essays on International Commercial Arbitration*. Boston. London.: Sarcevic, 1991. P. 155.

¹⁹⁸ Lando O. *Op. cit.* P. 155.

¹⁹⁹ Kassis A. *L'arbitre, les conflits et la lex mercatoria // Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international / Antaki N. & Prujiner F., editors*. 1986. P. 138.

правовой системы»²⁰⁰. В лучшем случае *lex mercatoria* представляет собой только «*principia mercatoria*» – «совокупность принципов, предполагающих квазиюримическое признание правил справедливости, разумности и здравого смысла, которые, вероятно, были бы применимы даже в случае отсутствия любой ссылки на *lex mercatoria*»²⁰¹.

Среди российских исследователей также встречается немало сторонников второго подхода к сущности *lex mercatoria* (В.П. Звевков, Л.А. Лунц, Н.И. Марышева, О.Н. Садиков). Так, в частности, Г.М. Вельяминов рассматривает *lex mercatoria* в качестве «конгломерата разнородных норм», не дающего оснований считать *lex mercatoria* упорядоченной, универсальной и широко признаваемой системой права²⁰².

В целом основные аргументы в поддержку критики концепции *lex mercatoria* в качестве автономной правовой системы состоят в следующем:

1) неспособность норм *lex mercatoria* заменить национальное право как правовую систему. Только система национального права может исчерпывающе определить права и обязанности сторон и обеспечить их исполнение. И даже, если стороны подчинили свои отношения Принципам УНИДРУА, это означает лишь то, что они инкорпорировали их в контракт. К контракту же будет по-прежнему применяться национальное право, избранное на основании норм международного частного права страны суда²⁰³;

2) отсутствие у *lex mercatoria* свойств системности и иерархичности: ее источники крайне разнообразны, не соподчинены друг

²⁰⁰ Hight K. The Enigma of the Lex Mercatoria // *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant. Revised Edition* / ed. Carbonneau. Kluwer Law International. 1998. P. 140-141.

²⁰¹ Hight K. *Op. cit.* P. 142.

²⁰² Белов А.П. Применимое право во внешнеэкономических сделках // *Право и экономика*. 1988. № 9. С. 45 - 53.

²⁰³ См.: Канашевский В.А. Концепция «*lex mercatoria*» в международном частном праве // *Российский ежегодник международного права*. СПб., 2008. С. 228.

другу, что приводит к нечеткости и размытости²⁰⁴. Вопрос об источниках *lex mercatoria* остается крайне дискуссионным как в зарубежной, так и в отечественной науке. В связи с этим не представляется возможным на сегодняшний день сформировать даже четкий перечень таких источников, что, безусловно, осложняет процесс правоприменения.

На основании изложенного выше целесообразным представляется следующий вывод: отсутствие весомых предпосылок, а также размытость, фрагментарность и бессистемность *lex mercatoria* не позволяют в настоящее время рассматривать его в качестве правовой системы. По нашему мнению, данное явление, если и предположить возможность его существования, «живет» в несколько ином статусе, например, в качестве «субправа»²⁰⁵, «квaziмеждународного права»²⁰⁶ или «параюридической системы» («*paralegal law*»)²⁰⁷, не обладающих признаками правовой системы, но в то же время оказывающих существенное нормативное воздействие на возникающие в сфере трансграничного торгового оборота отношения.

Отсюда следует, что и источники, образующие неправовое *lex mercatoria*, также имеют неправовой характер, в связи с чем ставится под сомнение правомерность включения в состав рассматриваемого явления обычаев международной торговли. Поскольку за обычаем признается правовой характер и нормативно-правовая природа, постольку нелогичным было бы считать отнесение обычая к категории «неправовое».

²⁰⁴ М. Бонелл отмечает в связи с этим, что точное содержание загадочного *lex mercatoria* может существенно изменяться в зависимости от особенностей профессиональной подготовки арбитров // Bonell M. *Autonomy in international contracts*. Oxford: Clarendon Press, 1999. P. 185. / Цит. по Бахин С.В. Субправо: новые тенденции в унификации международного права // Правоведение. 2002. №1(240). С. 153.

²⁰⁵ Бахин С.В. Субправо (международный свод унифицированного контрактного права). СПб., 2002. С. 221.

²⁰⁶ Шумилов В.М. Международное публичное экономическое право. Учебное пособие. М.: НИМП, 2002. С. 189.

²⁰⁷ Berger K.P. *The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* // *Law and Policy in International Business*. 1997. №4. P. 95.

Следует отметить, что и исследователи, отстаивающие статус *lex mercatoria* как отдельной правовой системы, существующей вне государства, также возражают против формирования состава «торгового права» за счет обычаев. *Lex mercatoria* в рамках их концепции рассматривается как право, отличное от «обычного», которое базируется на решениях позитивного правотворчества и проявляется в формах «частного» законодательства, судебных решений и договорной практики²⁰⁸. В то же время при определении границ *lex mercatoria* они отмечают, что это явление может включать как правовые явления, так и неправовые²⁰⁹.

Вместе с тем, необходимо подчеркнуть, что элиминирование качества правовой системы вовсе не означает отсутствие у *lex mercatoria* свойств особого регулятора в международной торговой нормативной системе, характеризующегося процессом невластного формирования и негосударственным характером его отдельных элементов. Данное обстоятельство позволяет, в свою очередь, предположить, что обычай международной торговли, хотя и не является источником *lex mercatoria*, в то же время, будучи негосударственным по своему происхождению, возникает и складывается в «лоне» *lex mercatoria* наряду с заведенным порядком. *Lex mercatoria* служит для обычая своеобразным «инкубатором», «резервуаром», в пределах которого он и появляется. Однако с течением времени, в результате масштабного распространения в международной деловой практике и широкого признания со стороны государств обычай международной торговли постепенно «высвобождается» из пределов неправового «торгового права» и переходит на качественно новый уровень своего развития – в виде источника права, вместе с тем сохраняя с *lex mercatoria* генеалогическую связь.

²⁰⁸ Teubner G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society* // Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997. P. 13.

²⁰⁹ Teubner G. *Breaking Frames. Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria* // *European Journal of Social Theory* 5(2). 2002. P. 209.

§ 6. Обычай международной торговли и «Soft Law»

С учетом сформулированного в предыдущем параграфе вывода об исключении обычая международной торговли из числа источников *lex mercatoria* вполне логичной представляется постановка вопроса о том, к какому из элементов международной торговой нормативной системы надлежит относить рассматриваемое явление. Очевидно, что обычай международной торговли не может быть причислен ни к источникам международного права, ни к национальному законодательству, традиционно трактуемому в формальном смысле. В свете заявленного вопроса целесообразным, по нашему мнению, видится необходимость анализа такой категории, как «Soft Law» или «мягкое право».

Исторически концепция «мягкого права» сформировалась в 70-ых годах прошлого века преимущественно в западноевропейской международно-правовой доктрине, а затем получила распространение и среди ученых других стран, хотя сам термин «Soft Law» появился значительно раньше²¹⁰. Некоторые авторы полагают, что данный термин принадлежит А. Макнейру.

В западной литературе рассматриваемая концепция стала предметом научного исследования для И. Зайдль-Хохенвельдера²¹¹ (Германия), Р.Ж. Дюпюи²¹² (Франция), Б. Сима²¹³ (Австрия), Р. Бакстера²¹⁴ (США), Дж. Голда²¹⁵ (США). В отечественной правовой науке она наиболее последовательно была развита в трудах И.И. Лукашука²¹⁶, Т.Н. Нешатаевой²¹⁷, Е.А. Шibaевой²¹⁸.

²¹⁰ Dupuy R.-J. Droit Declaretoire et Droit Programmatoire: De la coutume sauvage a la "Soft Law". L'elaboration du droit international public. Paris, 1975. P. 139.

²¹¹ Sceidl-Hochenweldern H. International economic law. Collected course. H., 1988.

²¹² Dupuy R.-J. Op. cit.

²¹³ Simma B. Convent: Strains in the Treaty System. The Structure and Process of International Law / Ed. By Macdonald R., Johnston D. The Hague, 1983. P. 489.

²¹⁴ Baxter R. International Law in "Her Infinite Variety" // International and Comparative Law Quarterly, 1980. Vol. 29. Part 4. P. 549-567.

²¹⁵ Gold J. Strengthening in Soft International Law of Exchange Arrangements // The American Journal of International Law, 1983. Vol. 77. №3. P. 443.

²¹⁶ Лукашук И.И. Международное «мягкое» право // Государство и право, № 8/9. 1994. С. 159-167.

²¹⁷ Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М., 1998.

²¹⁸ Шibaева Е.А. Право международных организаций. М., 1986.

Несмотря на то, что доктрина «Soft Law» достаточно часто подвергается критике как в России²¹⁹, так и за рубежом²²⁰, общепринято считать, что «мягкие нормы» вовсе не представляют собой чуждое или негативное явление в международном праве, а являются его необходимым элементом. Они есть неотъемлемая часть международной нормативной системы²²¹.

Согласно позиции И.И. Лукашука, термином «мягкое право» обозначают два разных правовых явления: 1) особый вид норм международного права; 2) неправовые международные нормы²²². К первой группе норм И.И. Лукашук относит особые правовые нормы, которые в отличие от других, не создают четких прав и обязанностей, а дают лишь общую установку (это так называемые программные или декларативные нормы, в которых зачастую используются формулировки «добиваться», «стремиться», «принимать в будущем необходимые меры» и т.д.), ко второй группе – положения, содержащиеся в неправовых актах, резолюциях международных организаций, в заявлениях и совместных коммюнике (по мнению ученого, такие нормы являются не правовыми, а морально-политическими в том смысле, что их обязательная сила и механизм действия носят морально-политический характер; они не входят в систему международного права, но взаимодействуют с ним в международной нормативной системе²²³).

Вместе с тем, в литературе подчеркивается, что «мягкое право» представляет собой правовое явление, включающее нормы, обладающие следующими признаками, которые сближают их с правовыми нормами: 1) это правила поведения, созданные путем согласования позиций государств и/или международных организаций

²¹⁹ В отечественной правовой науке с критикой концепции «мягкого права» в 80-ые годы выступил Р.А. Колодкин: Колодкин Р.А. Критика концепции «мягкого права» // Советское государство и право. 1985. № 12. Впоследствии данной позиции стали придерживаться и другие ученые: М.И. Байтин, В.Н. Кудрявцев.

²²⁰ См. об этом: Klabbbers J. The Redundancy of Soft Law // the Nordic Journal of International Law, 1996. 65 (2). P. 167-182.

²²¹ Безбородов Ю.С. Роль норм мягкого права в международно-правовом регулировании // Международное публичное и частное право. 2004. № 6(21). С. 3.

²²² Лукашук И.И. Указ. соч. С. 160.

²²³ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 160, 165.

и отражающие их волю и интересы; 2) нормы «мягкого права» принимаются государствами, следовательно, согласие с правилами, в них содержащимися, явно выражено; 3) данные нормы предназначены для регулирования, следовательно, выполняют регулирующую функцию²²⁴.

Как отмечает Ю.С. Безбородов, нормы «мягкого права» во многом схожи с управомочивающими нормами права, единственное, что их отличает, заключается в том, что в управомочивающих нормах корреспондируют обязанности и права требования (предъявления претензии), а в случае с «мягким правом» ни право, ни обязанность не обеспечиваются правом «предъявить счет»²²⁵.

Появление в числе регуляторов международных публичных отношений норм «мягкого права» рассматривается большинством авторов в качестве закономерного этапа на пути достижения гибкого, оптимального и усовершенствованного регламентирования в международной сфере и, как правило, предопределено нежеланием государств «связывать себя» нормами «твердого права». Д. Шелтон пишет по этому поводу: когда государства не чувствуют, что они могут подчиниться норме, они в значительной степени не желают помещать эту норму в обязательный инструмент, в результате могут быть приняты более прогрессивные нормы, чем те, которые были спроектированы, если бы была избрана форма «твердого права»²²⁶. Развивая позицию об эффективности и адекватности «мягкого права», И.И. Лукашук подчеркивает, что с помощью его норм можно с наилучшими результатами преодолеть расхождения в подходах к регулированию отношений, в отличие от «твердых» норм. В этом состоит большое преимущество норм «мягкого права», за счет которых в значительной степени происходит развитие содержания международной нормативной системы и которые компенси-

²²⁴ См. подробнее: Безбородов Ю.С. Указ. соч. С. 5.

²²⁵ Там же.

²²⁶ Shelton D. Law, Non-Law and the Problem of “Soft Law”. In: Shelton D, editor. Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international system. Oxford: Oxford University Press, 2000.

руют трудности в функционировании международного права²²⁷. Такие нормы играют важную роль как в формировании, так и в реализации «твердого» международного и национального права, а также применяются с целью осуществления международными и национальными судами толкования «твердых» норм и восполнения пробелов²²⁸. «Мягкое право», по мнению исследователя, облегчает согласование расходящихся позиций государств, предоставляет им больший, нежели «твердые» нормы, простор и имеет огромное значение в деятельности международных организаций: именно с помощью рекомендательных норм организации осуществляют внушительный объем регулирования международных отношений, а также воздействуют на развитие и осуществление международного права²²⁹. Дополнительное преимущество «мягкого права» заключается, согласно позиции Ю.С. Безбородова, в возможно более широкой сфере его распространения, что обеспечивает универсальность действия такого права, предполагающую возможность его использования по свободному усмотрению или выбору²³⁰.

Вместе с тем, в зарубежной правовой литературе указывается на существование двух групп норм «мягкого права»: не только исходящих от государств, правительств или международных межправительственных организаций (1-ая группа норм), но и норм, формируемых такими негосударственными акторами, как частные организации и профессиональные или торговые ассоциации (2-ая группа норм)²³¹. Такие нормы не обеспечиваются силой государственного принуждения, однако не лишены нормативности. Для двух групп норм «мягкого права» характерна, по мнению Г. Кауфманн-Колера, особая, так называемая «мягкая», нормативность, предполагающая, в частности, что нормы, обладающие ею, хотя и оказы-

²²⁷ Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М., 1997. С. 133.

²²⁸ Лукашук И.И. Международное «мягкое» право // Государство и право, № 8/9. 1994. С. 167.

²²⁹ Лукашук И.И. Там же. С. 166.

²³⁰ Безбородов Ю.С. Указ. соч. С. 6.

²³¹ См. подробнее: Kaufmann-Kohler G. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity // Journal of International Dispute Settlement. 2010. № 2 Vol.1. P. 283.

вают существенное правовое воздействие на регулируемые отношения и принимаются во внимание, в то же время не являются обязательными в традиционном понимании данного слова²³². Соответственно, адресаты данных норм могут сами по своему усмотрению определять степень их императивности даже в том случае, если нормы «мягкого» права *a priori* не обладают обязательной силой.

На основании изложенного выше, с учетом отмеченных в настоящей работе тенденций регулирования трансграничной торговли, в том числе тенденции возрастания роли источников негосударственного регулирования, при постоянном стремлении современного бизнес-сообщества, неудовлетворенного существующими государственными методами регламентирования отношений, к поиску наиболее оптимальных и эффективных правовых механизмов вполне логичным представляется вывод о возможности проецирования публичной концепции «мягкого права» на международную частноправовую сферу.

В связи с этим автором предлагается использовать в рамках международного частного права русскоязычный эквивалент английского термина «Soft Law» и интерпретировать его как «мягкое право» частного порядка, или транснациональное «мягкое право», которое по аналогии с «Soft Law» международного публичного права будет обозначать систему норм рекомендательного характера. Выбор данного термина не случаен: с одной стороны, он подчеркивает тождественную международному «мягкому праву» («Soft Law») диспозитивную правовую природу, с другой – делает упор на негосударственное происхождение обозначаемых им норм, которые, в отличие от норм международного «мягкого права», формируются не государствами, международными межправительственными организациями в рамках предоставленных им полномочий, а частными «операторами» международных коммерческих отношений, в том числе международными неправительственными организациями. Подобно международному «мягкому праву» транснациональное «мягкое право» представляет собой «совокупность различных рекомендаций, призывов и обязательств,

²³² Kaufmann-Kohler G. *Op. cit.* P. 297.

содержащихся в международных документах, не имеющих обязательной юридической силы»²³³.

О возможности существования «мягкого права» в системе регулирования отношений международного коммерческого оборота пишет также Т.В. Матвеева. Согласно ее позиции, нормы, образующие транснациональное «мягкое право», не обладают обязательной юридической силой, что исключает принудительный порядок их применения на территории Российской Федерации. Вместе с тем, данные нормы оказывают серьезное влияние на регламентацию международных частноправовых отношений: во-первых, они влияют на поведение субъектов международных частноправовых отношений, во-вторых, – на правоприменительную деятельность²³⁴.

Такая характеристика норм транснационального «мягкого права» сближает их по своему характеру с рекомендательными нормами. В отечественной литературе по международному праву концепция рекомендательной нормы была впервые выдвинута Г.М. Вельяминовым в 1969 году. Согласно данной концепции юридический характер рекомендательных норм определяется тем, что они рекомендуют субъектам права (но не обязывают их) совершать определенные действия (или воздерживаться от действий), причем другим субъектам права рекомендуется уважать эти действия (не препятствовать им и т.д.). Правовой характер рекомендательных норм с очевидностью проявляется также и в том, что в некоторых случаях они отменяют или изменяют ранее действовавшие нормы права, и такие изменения не рассматриваются как правонарушения²³⁵. Эти нормы юридически не императивны. Они не просто «рекомендуют», но и признают правомерность, в частности, таких действий (бездействий), которые были бы неправомерны при от-

²³³ Цит. по: Лукашук И.И. Международное «мягкое» право // Государство и право. 1994. № 8/9. С. 164.

²³⁴ Матвеева Т.В. К вопросу о «мягком праве» в регулировании международных частноправовых отношений // Государство и право. 2005. № 3. С. 69-70.

²³⁵ Вельяминов Г.В. Конференция ООН по торговле и развитию // Советский ежегодник международного права. 1969. М., 1970.

существовании рекомендательной нормы²³⁶. Г.М. Вельяминов определяет рекомендательные нормы как «факультативно-обязательные»: в соответствии с данной нормой можно и даже рекомендуется что-то делать или не делать, но можно такой рекомендации и не следовать; однако, выполняя рекомендацию, обязательно приходится соблюдать определенные правила²³⁷.

Вслед за Г.М. Вельяминовым концепция рекомендательной нормы активно исследовалась и другими российскими учеными: С.А. Голунским, А.А. Пионтковским, А.Ф. Шебановым. Все они подчеркивали неимперативность, строгую юридизированность и явственный правовой характер рекомендательных норм.

С учетом вышеизложенного представляется необходимым определить нормы транснационального «мягкого права» как унифицированные нормы рекомендательного характера в международном частном праве, которые представляют собой «формально определенные правила, призванные урегулировать международные частноправовые отношения с иностранным элементом, не подкрепленные официальной санкцией государства на их применение, и действие которых подтверждается установившейся практикой отношений или формированием обязательных норм поведения»²³⁸. К их числу, как правило, относят: кодексы поведения (Международный кодекс рекламной этики, принятый МТП в 1937 году, Кодекс поведения при совершении договоров франшизы, изданный Международной ассоциацией франшизы, Кодекс поведения арбитров при разрешении коммерческих споров, выпущенный Американской ассоциацией юристов и Американской арбитражной ассоциацией), модельные (единообразные) законы (Модельный закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 года, Модельный закон ЮНСИТРАЛ по международным кредитовым переводам 1992 года, Модельный закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров, работ и услуг 1994 года, Модельный закон ЮНСИТРАЛ по электронной коммер-

²³⁶ Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс). Учебник. М.: Волтерс-Клувер, 2004. С. 83.

²³⁷ Вельяминов Г.М. Там же. С. 84.

²³⁸ Матвеева Т.В. Указ. соч. С. 71.

ции 1996 года, Модельный закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 года, Модельный закон ЮНСИТРАЛ по электронным подписям 2001 года, Модельный гражданский кодекс СНГ 1996 года, проект Модельного кодекса гражданского судопроизводства стран СНГ), правовые руководства (Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств 1987 года, Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов 1988 года, Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по международному межбанковскому переводу средств и компенсации 1990 года, Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по международным встречным торговым сделкам 1992 года, Руководство УНИДРУА по мастер-франшизным соглашениям 1998 года), а также своды наиболее распространенных норм и принципов, регулирующих международные коммерческие сделки (Принципы УНИДРУА).

Отмеченные особенности транснационального «мягкого права» сближают его с обычаями международной торговли: подобно обычаям международной торговли применение норм, входящих в состав данного права, в трансграничном деловом обороте обусловлено действием принципа автономии воли сторон, в рамках которого сторонам предоставлена возможность предусматривать в качестве *lex contractus* не только право в его формально-юридическом смысле, но и такие нормы, которые имеют негосударственную нормативную природу и выступают результатом международной частноправовой унификации негосударственного характера. Аналогично обычаю международной торговли соблюдение нормы транснационального «мягкого права» обеспечивается посредством добровольного следования ее положениям участниками международных контрактных отношений. Общей и для обычая международной торговли, и для транснационального «мягкого права» является также и цель, ради которой прибегают к указанным регуляторам, – обеспечить гибкое и эффективное регулирование международного делового оборота. Вместе с тем, следует особо подчеркнуть, что наличие у рассматриваемых явлений ряда общих черт не должно расцениваться как дока-

зательство аутентичности обычая международной торговли и транснационального «мягкого права». Правильнее всего, по нашему мнению, было бы рассматривать данные категории в их соотношении – как форма (транснациональное «мягкое право») и содержание (обычай международной торговли) характерного для сферы трансграничной торговли феномена – негосударственного регулирования отношений по ВЭС.

Согласно нашей позиции, отмеченные выше документы, образующие транснациональное «мягкое право», представляют собой письменную форму выражения обычая международной торговли, служащую доказательством существования и широкого применения обычая в международной деловой практике. Это письменный источник сведений о сложившихся в трансграничной торговле обычаях, обращение к которому формирует представление относительно характера и содержания обычной нормы. Путем закрепления в источниках транснационального «мягкого права» обычаи международной торговли облекаются в доступную для восприятия и удобную в использовании внешнюю форму, которая документально объективирует входящие в них правила и, усиливая регулятивный эффект обычая, в значительной мере облегчает его применение как сторонами внешнеэкономических сделок, так и международным коммерческим арбитражем или судом. Более того, включение обычных норм в текст источников транснационального «мягкого права» в настоящее время может расцениваться как результат признания обычаев международной торговли негосударственными субъектами. Тот факт, что подобного рода документы обладают универсальностью, общепризнанностью и представляют собой результат деятельности по систематизации и объективизации обычных (и не только) правил, позволяет рассматривать их в настоящее время в качестве одного из современных способов (форм) кодификации обычаев международной торговли. Такой подход к соотношению рассматриваемых категорий в полной мере «вписывается» в традиционный для правовой доктрины уровень взаимодействия кодифицирующего акта и обычного права, когда такой акт закрепляет уже существующее и действующее общее

обычное право. В то же время следует отметить, что принятие источников транснационального «мягкого права», не имеющих обязательной юридической силы, не влияет на существование самих обычаев международной торговли, которые возникают и действуют в трансграничном торговом обороте независимо от их кодификации.

В целом необходимо заключить, что неофициальная кодификация обычаев международной торговли, осуществляемая международными неправительственными организациями, является:

1) одной из форм выражения признания международным бизнес-сообществом обычая международной торговли;

2) методом объективирования обычаев международной торговли путем их обобщения и документирования с целью упрощения использования обычаев международной торговли в правоприменительной практике;

3) формой единообразного толкования обычаев международной торговли для целей правоприменительной практики.

Как нам представляется, современное развитие обычаев международной торговли по пути их дальнейшей кодификации посредством транснационального «мягкого права» есть объективная форма проявления актуальной тенденции развития общества в направлении перехода от модели государственного управления к модели общественного управления, а в последующем и к модели общественного правления. По мнению китайского профессора Ло Хаоцай, указывающего на такую тенденцию, основными ее характеристиками выступают плюрализация субъектов управления (в качестве таковых наряду с государствами признаются отраслевые ассоциации, организации общественного самоуправления, иные сообщества), а также множественность оснований и способов управления²³⁹.

Как считает ученый, следствием формирования новой модели общественного правления должна стать необходимость переосмысления традиционного, позитивистского понятия права как права,

²³⁹ Ло Хаоцай. Возвышение общественного правления требует развития мягкого законодательства // Международное публичное и частное право. 2010. № 6 (57). С. 2.

выражающего исключительно волю государства. Формируемое в рамках модели общественного правления право должно выражать не только волю государства, но и, прежде всего, общественную волю, волю политических организаций, волю особых сообществ. Соответственно, и формы выражения такой воли не могут сводиться лишь к государственному законодательству, но должны включать общественную политику, отраслевые нормы, критерии оценки, уставы общественных организаций, нормы саморегулирования и т.д.

Согласно позиции Ло Хаоцай право модели общественного правления имеет как «жесткую обязательную силу», так и «мягкую обязательную силу», может обеспечиваться как насильственными, так и ненасильственными способами, что в целом приводит к исключению фактора принуждения в качестве необходимого и обязательного условия реализации права²⁴⁰. Данное обстоятельство позволяет профессору выделить в структуре права два основных класса – «мягкое» и «жесткое» право (по-видимому, термин «законодательство», используемый в тексте статьи, автором рассматривается как синоним категории «право»). В отличие от «окостенелого» жесткого законодательства, «мягкое» право включает нормы, исполнение которых обеспечивается не принудительной силой государства, а преимущественно такими механизмами, как добровольное соблюдение, институциональное сдерживание, общественное мнение, материальное поощрение и т.д. Это право носит саморегулирующий или направляющий, рекомендуемый, поощряющий и консультирующий характер и может дать лучший по сравнению с «жестким» законодательством результат. Применительно к международной частноправовой сфере данное право может быть рассмотрено в контексте выделенных в настоящей монографии источников негосударственного регулирования ВЭС.

²⁴⁰ Ло Хаоцай. Указ. соч. С. 3.

Глава II. Сущность и юридическая природа обычаев международной торговли

§ 1. Юридическая природа обычаев международной торговли

Переходя к вопросу о правовой природе, сущности обычаев международной торговли, подчеркнем, что и в отечественной, и в зарубежной правовой доктрине существует плюрализм взглядов по данному вопросу. В целях наиболее полного и комплексного исследования рассматриваемой проблематики попытаемся, проанализировав имеющийся материал, систематизировать различные подходы к толкованию обычаев международной торговли, разбив их на несколько групп.

Итак, в рамках данной монографии в зависимости от особенностей происхождения обычая международной торговли, субъекта правотворчества предлагается выделять три основных подхода к сущности обычая: 1) согласно первому подходу обычаи международной торговли рассматриваются как имеющие национально-правовую природу и санкционируемые конкретным государством (Л.А. Лунц, Д.Ф. Рамзайцев, В.М. Корецкий, А.С. Комаров, Н.Г. Вилкова, В.Ф. Попондопуло); 2) второй подход постулирует международную публично-правовую (межгосударственную) сущность исследуемого источника (Л.П. Ануфриева, А.П. Белов, Е.В. Брунцева); и 3) последний, третий, подход, разделяемый далеко не всеми исследователями, квалифицирует обычай международной торговли в качестве автономного от национального и международного правопорядков феномена, негосударственного по своей природе. Остановимся более детально на каждом из выделенных подходов.

Исторически первым в развитии представлений о сущности и происхождении обычаев международной торговли является, на наш взгляд, национально-правовой подход. Один из его сторонников, В.М. Корецкий, писал: «Не было единых мировых торговых обыча-

ев, но обычаи, применявшиеся в тех или иных торговых центрах, применялись ко всем торговым сделкам, совершившимся в данном центре, вне зависимости от того, кто являлся участником сделки – местный или иностранный купец. Обычаи выкристаллизовывались в крупнейших узловых пунктах международной торговли и распространялись в сфере торгового влияния правотворящих центров»²⁴¹. В качестве примера ученый приводит торговые обычаи итальянских городов, распространившиеся и применявшиеся повсеместно ввиду торгового господства Ганзы, которая стремилась превратить «привившиеся в ее торговых отношениях обычаи в международные обычаи, обязательные для всех ее контрагентов»²⁴², и на смену которой впоследствии пришла Англия, повлекшая «англизацию» международных торговых обычаев.

Вслед за В.М. Корецким идею о национальном происхождении обычаев международной торговли разделял и Д.Ф. Рамзайцев. В силу того факта, что «относящиеся к международной торговле правила представляют собой, с юридической точки зрения, правила, действующие на определенной территории», исследователем подчеркивалось, что сам термин «обычай международной торговли» возник в результате «совпадения и сходства в содержании принятых в отдельных странах обычаев»²⁴³. Все обычаи, касающиеся международной торговли, Д.Ф. Рамзайцев, в свою очередь, подразделял на два вида: 1) «обычаи, касающиеся исключительно операций по экспорту и импорту», и 2) «обычаи, могущие иметь применение как в отношении внешнеторговых сделок, так и в отношении сделок по внутренней торговле данной страны»²⁴⁴. Вывод ученого о том, что при решении вопроса о применении в соответствующем случае того или иного конкретного обычая необходимо, прежде всего, учитывать законодательство той страны, право которой под-

²⁴¹ Корецкий В.М. Избранные труды: В 2 кн. / Под ред. В.Н. Денисова. Киев: Наук. дума, 1989. Кн. 1. С. 143-144.

²⁴² Там же. С. 144.

²⁴³ Там же. С. 7-8.

²⁴⁴ Рамзайцев Д.Ф. Указ. соч. С. 7.

лежит применению к внешнеторговой сделке²⁴⁵, позволил позднее В.А. Канашевскому сформулировать тезис, согласно которому международный торговый обычай по своей юридической природе является разновидностью обычая делового оборота²⁴⁶.

Аналогичная Д.Ф. Рамзайцеву позиция присуща также и Л.А. Лунцу. В области обычаев международной торговли он предлагал различать «такие обычаи, которые действительно могут быть названы унифицированными международными нормами, и обычаи, которые применяются во внешней (международной торговле), но вследствие национальных особенностей не могут быть названы нормами международного характера, а являются по существу национальными обычаями»²⁴⁷. И далее подчеркивал, что «обычай внешней торговли часто является обычаем данного государства, принятым в международной торговле»²⁴⁸, а потому в данном случае возможно говорить не о «международном обычае торговли», а о национальном обычае в области международной торговли, «национальной дифференциации международного обычая, его распадения на ряд сходных, но все же существенно отличаемых друг от друга обычаев»²⁴⁹. Таким образом, указание на международный обычай означает по Л.А. Лунцу «существование национального (внутригосударственного) обычая в сфере внешней (международной) торговли, и ссылка на такой обычай нередко не исключает необходимости предварительного разрешения коллизионного вопроса»²⁵⁰. Следует отметить, однако, что в последующие годы в более поздних работах Л.А. Лунца прослеживается определенный отход от идеи о национально-правовой сущности обычаев международной торговли, который постепенно сменяется

²⁴⁵ Там же. С. 11.

²⁴⁶ См. об этом: В.А. Канашевский. Международные (межгосударственные) обычаи как регуляторы частноправовых отношений // Государство и право. 2008. , № 7. С. 89.

²⁴⁷ Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизионные вопросы). М.: «Юрид. лит.», 1972. С. 60.

²⁴⁸ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., «Юрид. лит.», 1973. С. 121.

²⁴⁹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., «Юрид. лит.», 1975. С. 216.

²⁵⁰ Цит. по: Бахин С.В. Субправо=sublaw: Sublaw: Международные своды унифицированного контрактного права. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 143.

современной концепцией «автономности» обычаев, их негосударственного характера. Так, к примеру, в учебнике по международному частному праву, выпущенному под редакцией данного исследователя в 1984 году, обычаи международной торговли рассматриваются как «складывающиеся на протяжении длительного времени в сфере внешней торговли и получившие признание государств правила, *не зафиксированные в актах государства (законодательстве или международных договорах)*»²⁵¹ (курсив мой. – А.Д.).

Определенное сходство с суждениями Д.Ф. Рамзайцева и Л.А. Лунца имеет также и точка зрения А.С. Комарова. Рассматривая Принципы УНИДРУА и Принципы европейского договорного права в качестве актов неофициальной кодификации обычаев и обыкновений международной торговли, он подчеркивает, что такие документы представляют, по сути, кодификацию норм, входящих в состав различных национальных систем на неформальной основе²⁵².

Среди современных исследователей, придерживающихся национально-правового подхода к сущности и происхождению обычаев международной торговли, следует упомянуть и Н.Г. Вилкову. В статье, посвященной характеристике Международных правил толкования торговых терминов (Инкотермс 2000), она утверждает: «Международные торговые обычаи складывались постепенно, имея своим источником торговые обычаи, применяемые во внутреннем обороте. Такие внутренние обычаи во многих странах не только регламентируют однородные по своему содержанию отношения, но зачастую совпадают даже текстуально. Именно это обстоятельство обуславливает возможность формирования на основе торговых обычаев внутренних обычаев и обыкновений, применяемых в международной торговле»²⁵³.

²⁵¹ Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. – М.: Юрид. лит., 1984. С. 36.

²⁵² Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности / Под ред. д.ю.н., профессора А.С. Комарова. М.: ООО «Издательско-Консалтинговая Компания «ДеКа», 2001. С. 202.

²⁵³ Вилкова Н.Г. Международные правила толкования торговых терминов – Инкотермс 2000 // Государство и право. 2000. № 9. С. 67.

Переходя к рассмотрению международного публично-правового подхода к сущности и происхождению обычаев международной торговли, отметим, что его сторонники в обоснование занятой ими позиции выдвигают, как правило, следующий тезис: межгосударственная сущность обычаев обосновывается либо положениями закона (делается ссылка на п. 1 ст. 1186 ГК РФ), либо схожестью процессов формирования международно-правового обычая и обычая международной торговли, когда «в обоих случаях обычай проходит две основные стадии в процессе своего возникновения: ... достаточно определенная и единообразная практика... и признание юридической силы за нормой, возникшей как результат практики»²⁵⁴.

Среди незначительного числа последователей рассматриваемого подхода особо выделим современных исследователей, А.П. Белова и Е.В. Брунцеву, отстаивающих достаточно радикальную позицию в затрагиваемом вопросе. Данные исследователи не проводят четких различий между международными обычаями как источниками международного публичного права и обычаями международной торговли и, более того, предлагают характеризовать последние в контексте общепризнанных принципов и норм международного права, т.е. в качестве межгосударственного нормативного регулятора. А.П. Белов, в частности, анализируя положения ст. 7 ГК РФ, посвященной общепризнанным принципам и нормам международного права, утверждает, что одним из международных документов, позволяющих раскрыть суть данного термина, выступают Принципы УНИДРУА, традиционно рассматриваемые в литературе как один из сводов унифицированного контрактного права²⁵⁵. По его мнению, «...Принципы являются авторитетными и общепризнанными», что сближает их с межгосударственными нормами, и «...их применение в России представляется правомерным как

²⁵⁴ Мережко А.А. Транснациональное торговое право (lex mercatoria). К.: Таксон, 2002. С. 35.

²⁵⁵ Белов А.П. Международное предпринимательское право. Практическое пособие. М., 2001. С. 273.

сторонами договоров, так и судами...»²⁵⁶. Об этом также пишет и Е.В. Брунцева, которая характеризует ст. 15 Конституции РФ (устанавливающей, что общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью российской правовой системы) в качестве законодательной основы для применения упомянутых выше Принципов²⁵⁷.

Анализируя взгляды сторонников международного публично-правового подхода к сущности обычаев международной торговли, следует, однако, согласиться с мнением В.А. Канашевского, опровергающего правильность сформулированных А.П. Беловым и Е.В. Брунцевой выводов. Как отмечает данный исследователь, «...формула «общепризнанные принципы и нормы международного права – составная часть правовой системы РФ» имеет в виду именно международные обычаи как источники международного права – суверенитет государств, территориальная целостность, неприкосновенность границ, договоры должны соблюдаться и др.»²⁵⁸, в то время как у Е.В. Брунцевой и А.П. Белова происходит смешение категорий «международные торговые обычаи» и «обычаи международного права». Справедливость обозначенной В.А. Канашевским критики подкрепляется, в свою очередь, п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ» № 5 от 10.10.2003 года, в котором указано: «под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. К общепризнанным принципам международного права, в частности, относятся принцип всеобщего уважения прав

²⁵⁶ Там же. С. 276.

²⁵⁷ См. об этом: Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. Учебное пособие для высших юридических учебных заведений. СПб., 2001.

²⁵⁸ В.А. Канашевский. Международные (межгосударственные) обычаи как регуляторы частноправовых отношений // Государство и право. 2008. № 7. С. 92.

человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств. Под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного»²⁵⁹. Именно эти принципы упоминаются в ст. 15 Конституции РФ, и на них ссылается также ст. 7 ГК РФ. И именно они могут иметь форму международно-правового обычая как результата согласованного волеизъявления нескольких государств. Следовательно, такие обычаи будут выступать источником для международного публичного права, но отнюдь не регулятором для трансграничных частноправовых отношений.

По мнению Л.П. Ануфриевой, обычаи международной торговли не могут носить общеобязательного характера и связывают только те государства, которые в той или иной форме согласились на их обязательность и молчаливо признали необходимость их соблюдения²⁶⁰. В силу данного факта на практике возникает ситуация, когда в одном географическом регионе действуют одни правила, в другом – другие, например: «правила захода в порты, швартовки, причаливания, подачи сигнала при подходе к порту и т.д. могут различаться в зависимости от того, на каком континенте или в какой его части находится данный порт... В подобных ситуациях можно говорить об «освоении» каждым конкретным государством данного международного обычая»²⁶¹. Таким образом, как подчеркивает исследователь, применение обычая международной торговли в трансграничном деловом обороте, как и действие международно-правового обычая, ставится в зависимость от молчаливого его признания государствами в качестве обязательной нормы.

²⁵⁹ П. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ» // СПС «ГАРАНТ».

²⁶⁰ Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том 1. Общая часть: Учебник. М.: Издательство БЕК, 2002. С. 158.

²⁶¹ Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 158.

Как ни парадоксально, но именно международный публично-правовой подход к сущности обычаев международной торговли нашел, как отмечается В.А. Канашевским, нормативное закрепление в законодательстве ряда зарубежных государств. Так, к примеру, ст. 918 ГК Республики Туркменистан, закрепляя положения, относящиеся к торговым обычаям («если не согласовано иное, права и обязанности сторон определяются по установившимся обычаям документального аккредитива или документального инкассо»), именуется, однако, как «Обычаи международного права». То же самое находим и в Гражданском кодексе Грузии в ст. 878²⁶².

Если первые два вышеизложенных подхода к сущности обычаев международной торговли могут быть отнесены к подходам старой, традиционной правовой формации, то третий, так называемый автономный, подход является достаточно современным и актуальным на сегодняшний день. Первоосновой для его формирования послужили, как нам представляется, концепции, обосновывающие существование наряду с международным и национальным правом автономной правовой системы, предназначенной для регулирования отношений по внешнеэкономической сделке: концепция *lex mercatoria*, теория негосударственных источников, субправовых регуляторов и т.п. Все эти концепции ратуют за обособление в системе регулирования трансграничной коммерческой деятельности некой совокупности негосударственных регуляторов, формируемых непосредственно участниками международного делового оборота, независимых от межгосударственных и внутригосударственных источников, существующих параллельно с ними и имеющих внезаконодательное (в значении – не осуществляемое органами одного государства или группой государств) происхождение.

В рамках автономного подхода правовой категории «обычаи международной торговли» дается дифференцированное толкова-

²⁶² См. об этом: В.А. Канашевский. Международные (межгосударственные) обычаи как регуляторы частноправовых отношений... С. 92; Международное частное право. Учебник / Отв. ред. Н.И. Марышева. С. 362.

ние, подчеркивающее, однако, общую для всех определений характеристику рассматриваемого явления как имеющего внешнегосударственную природу. Наиболее отчетливо такая характеристика прослеживается в позициях зарубежных авторов.

Так, к примеру, виднейший немецкий исследователь в области международного частного права К.М. Шмиттгофф подчеркивает негосударственный характер обычая международной торговли, сопоставляя его с другим основным источником международного коммерческого права – международным соглашением. В противовес международному договору, выражающему установленные нормативные регуляторы, разрабатываемые на международном уровне и впоследствии инкорпорируемые во внутригосударственное право национальным законодателем, обычай международной торговли включает коммерческую практику, обыкновения или стандарты, которые, с одной стороны, настолько широко используются в международной торговле, что ее участники следуют им, и которые разрабатываются международными организациями (такими, как МТП, Европейская экономическая комиссия ООН, международные торговые ассоциации), с другой стороны²⁶³. Главное различие между двумя рассматриваемыми источниками состоит, по мнению Шмиттгоффа, в том, что международное соглашение применяется посредством власти национального законодателя, в то время, как обычай международной торговли основан на автономии воли сторон, воспринимающих его как режим, применимый в процессе осуществления определенной трансакции²⁶⁴. Таким образом, включает автор, обычай международной торговли формируется международным бизнес-сообществом при поддержке различного рода международных организаций.

Другой, не менее известный, зарубежный ученый А. Голдштейн, придерживается аналогичной точки зрения. Согласно его

²⁶³ Shmitthoff Clive M.. Select Essays on International Trade Law / edited by Chia-Jui Cheng. rluwer Academic Publishers. 1988. P. 149.

²⁶⁴ Op. cit. P. 149.

позиции, международное коммерческое право образуют два основных источника – международное законодательство, понимаемое как сознательный акт правотворчества, и торговый обычай, отражающий процесс образования права, выросшего из коммерческой практики²⁶⁵. К числу сформулированных в международной торговле обычаев А. Голдштейн относит Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Инкотермс, а также стандартные проформы договоров, разрабатываемые торговыми ассоциациями: Лондонской ассоциацией по торговле зерном, Конференцией по Балтийскому и Белому морям, Торговой федерацией по пиломатериалам Соединенного Королевства и др.²⁶⁶

Среди современных сторонников автономного подхода к сущности и природе обычаев международной торговли отметим К. Браннера.

Не разграничивая понятия «международный торговый обычай» и «международное торговое обыкновение», К. Браннер утверждает, что последние включают не правила, закрепленные в сравнительном праве или других международных источниках, а практику, которой следуют в определенном секторе бизнеса. По своему происхождению обычаи международной торговли представляют собой источник права, принимаемый арбитражными судами во внимание во всех делах, даже в том случае, когда сторонами было избрано применимое к спору право²⁶⁷.

Как взаимозаменяемые правовые категории рассматривает торговые обычаи и обыкновения также и Р. Гуд. Под ними исследователь понимает практику или модель поведения, принятую в результате повторения в торговой среде и приобретающую в некоторой

²⁶⁵ Goldstajn A. Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention // International Sales of Goods: Dubrovnik Lectures. – Peter Sarcevic and Paul Volken eds.: Oceana Publ., 1986. P. 133.

²⁶⁶ Goldstajn A. Op. cit. P. 150-151.

²⁶⁷ Brunner Cristoph. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-performance in International Arbitration. Kluwer Law International BV. The Netherlands, 2009. P. 13.

степени нормативную силу²⁶⁸. Обыкновения (обычаи) зависят согласно Р. Гуду от действительности установленной между сторонами контракта практики и в этом смысле являются контрактными по своей природе²⁶⁹.

О негосударственной сущности обычаев международной торговли упоминает М. Сэнсон в своей книге «Essential International Trade Law». В ней автор утверждает, что общие принципы торговых обыкновений и обычаи составляют основу *lex mercatoria*, которое, в свою очередь, трактуется как включающее любые общие аспекты международной торговли, принимаемые, используемые и признаваемые торговцами в течение определенного периода времени²⁷⁰. По-видимому, М. Сэнсон подразумевает под такими общими аспектами международной торговли собственно обычаи и обыкновения потому, как в последующих предложениях своей книги он обращается к *lex mercatoria* во множественном числе: «...они не зафиксированы и будут зависеть от международной практики, складывающейся между предпринимателями в процессе их разработки...»²⁷¹.

На приверженность еще одного зарубежного ученого, Дж. Фелемэгаса, к рассматриваемому подходу указывает позиция, изложенная им в своей работе, посвященной Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года. В ней автор дает следующее определение общетеоретической категории «обыкновения»: это правила поведения, соблюдаемые в целом лицами в их контрактах или в процессе ведения собственного бизнеса²⁷². Данную трактовку Дж. Фелемэгас проецирует также и на спе-

²⁶⁸ Goode R.. Usage and its Reception in Transnational Commercial Law // New Developments in International and Consumer Law. The International Academy of Commercial and Consumer Law and the contributors severally. Hart Publishing, Oxford, UK, 1998. P. 9.

²⁶⁹ Op. cit. P. 10.

²⁷⁰ Sanson Michelle. Essential International Trade Law. Cavendish Publishing Limited, UK, 2002. P. 5.

²⁷¹ Op. cit. P. 5.

²⁷² Felemegas John. An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law. Cambridge, 2007. P. 53.

циальную правовую категорию – «обыкновения международной торговли», относимые исследователем к широко известным в международной торговле и регулярно соблюдаемым сторонами контракта правилам, которые проистекают из международных коммерческих трансакций²⁷³. Тем самым автором подчеркивается автономность существования обыкновений и их независимость от государственного механизма в процессе формирования.

Исходя из анализа рассмотренных научных взглядов, вполне логичным представляется следующий вывод: в рамках автономного подхода процесс возникновения и становления обычая международной торговли напрямую не увязывается с государственной волей и, соответственно, не находит закрепления в установленных национальным или международным правом формах, а проистекает из международной деловой практики, сложившейся системы взаимоотношений участников трансграничного коммерческого оборота, специфики заключаемых между ними внешнеэкономических сделок, осуществляется параллельно с законотворческим процессом компетентных органов государственной власти и объективируется в несвойственных для государственных источников формах. В качестве таких форм (или способов) выражения правил, заключенных в обычаи, выступают акты согласования автономной воли участников внешнеэкономической деятельности (например: внешнеэкономическая сделка, типовые условия или стандартные проформы контрактов, сборники обычаев и правил), а также судебные формы (судебный прецедент и судебная практика).

Именно «внезаконодательный» характер происхождения обычаев позволяет рассматривать их в качестве автономных от государственной воли, независимых от государственного механизма, а, следовательно, и в качестве источников негосударственного регулирования внешнеэкономической сделки.

²⁷³ Op. cit. P. 56.

Обоснованность сформулированного нами вывода подкрепляется следующими обстоятельствами. Во-первых, как и любое иное понятие, подпадающее под общую родовую категорию «обычное», обычаи международной торговли имеют общественное происхождение и обеспечиваются общественным признанием. По словам немецкого юриста Г. Радбруха, «общество предписывает в форме обычного права, государство предписывает в форме закона; и то и другое предписание – действующее право, становится правилом жизни»²⁷⁴. А с точки зрения Г.В. Мальцева основным субъектом обычного права выступает та социальная группа или коллектив, в рамках которого формировались или подлежали осуществлению многочисленные и разнообразные системно связанные обычаи²⁷⁵.

Применительно к обычаям международной торговли это означает, что их возникновение и отмена не регламентированы, в отличие от национального закона или международного договора, какой-либо формальной процедурой, а формирование и развитие происходит вне государственного или межгосударственного пространства. Условиями для их становления и реализации выступают, по мнению Е.В. Царегородской, только два момента – длящееся, регулярное повторение действий (*consuetudo*) и убеждение в необходимости (*opinio juris*)²⁷⁶. Такие обычаи не исходят от какого-либо официального органа, не являются результатом выражения государственного или согласованного междугосударственного волеизъявления, а вырабатываются в процессе осуществления трансграничной предпринимательской деятельности. И не государство или группа государств выступают автором рассматриваемого источника, его создателем, а непосредственные участники международных коммерческих трансакций (физические и юридические лица) или их

²⁷⁴ Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. Цит. по: Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Дону, 1999. С. 32.

²⁷⁵ Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права. С. 37.

²⁷⁶ Царегородская Е.В. Правовой обычай: сущность и механизм действия: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2004. С. 19-20.

объединения в форме международных неправительственных организаций. Получается, что и в обычаях международной торговли находит свое подтверждение закрепленная за общетеоретическим понятием «обычай» формула: «обычай, как источник права, обнимает юридические нормы, которые не были ни провозглашены законодателями, ни сформулированы получившими профессиональное образование судьями, а возникли из народных воззрений и санкционированы продолжительной практикой»²⁷⁷.

Из изложенного следует, что негосударственная сущность обычаев международной торговли обосновывается, главным образом, наличием особого субъекта нормотворчества, непосредственно участвующего в их создании и закреплении, но не наделенного при этом государственно-властными полномочиями и не связанного с законодательной властью. Речь идет, как было указано ранее, о частных лицах из различных стран, их объединениях и союзах (в целом о международном бизнес-сообществе), практика международного сотрудничества которых и призвана стать основой для формирования обычаев. Подтверждением данному выводу может служить утверждение И.С. Зыкина о том, что юридической базой для образования обычного правила выступает автономия воли сторон²⁷⁸. М.М. Богуславский добавляет к отмеченному: «При формировании торговых обычаев первичными являются поведение самих участников гражданского оборота, их намерение и воля следовать рожаемым деловой жизнью неписаными правилами»²⁷⁹. Неслучайным также предстает выдвинутое еще в советской литературе мнение, согласно которому именно «в результате активного участия торговых кругов капиталистических стран в образовании торговых обы-

²⁷⁷ Виноградов П.Г. Очерки по теории права. М., 1915. С. 92.

²⁷⁸ Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: Понятие. Применение. Формирование. Применимое право. Типовые контракты. М.: Международные отношения, 1983. С. 77.

²⁷⁹ Богуславский М.М. Международное частное право: современные проблемы. Учебник. М.: ТЕИС, 1994. С. 93.

чаев предопределяется юридическое признание за торговыми обычаями значения источников права»²⁸⁰.

Одним из признаков, имманентно присущих обозначенному выше субъекту нормотворчества, является его саморегуляция и самоуправление. Последнее включает по Г.В. Мальцеву три основных элемента: 1) самодеятельность (предполагает, что ее субъект осуществляет независимую социальную деятельность, принимает на себя возможные положительные и отрицательные последствия коллективных акций); 2) самоорганизацию (под которой понимается процесс внутренней структуризации группы на основе связующей силы власти, объединяющей в целое отдельные части группы, отдельных индивидов; и 3) саморегулирование, предполагающее нормативное самообеспечение группы, формирование норм, правил поведения для укрепления порядка в группе и разрешения конфликтов²⁸¹. Данные характеристики нетрудно обнаружить и в рамках трансграничного делового оборота применительно к международному бизнес-сообществу.

Действительно, на сегодняшний день международное бизнес-сообщество представляет собой целостный, активно развивающийся «организм», имеющий организованную внутреннюю структуру (физические, юридические лица, торговые ассоциации и объединения, международные неправительственные организации), функционирующий по собственным, им же заданным нормам и правилам и устанавливающий санкции за их нарушение (лишение членства в торговой ассоциации или ином объединении, занесение в реестр недобросовестных поставщиков и т.д.). Такая «автотрофность» существования международного бизнес-сообщества идеально вписывается в современные законы синергетики и соответствует основным постулатам концепции автопойетической системы, в связи с чем позволяет рассматривать такое общество как самоконструируемую, самовоссоздающую и саморегулируемую систему. Спо-

²⁸⁰ Цит. по: Зыкин И.С. Указ. соч. С. 82.

²⁸¹ Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 89-90.

способность к саморегуляции приводит, в свою очередь, к тому, что и процесс выработки норм внутри общества приобретает автопойетический, самопорождаемый характер, начинает протекать вне связи с внешними факторами (государством, в частности), характеризуясь своей автономностью и негосударственной природой.

Рассматривая обычай в контексте саморегуляции, Г.В. Мальцев пишет, что он представляет собой «необходимый, естественный продукт внутригрупповой саморегуляции», «форму, которая очень точно отражает практику взаимных обязательств, управомочиваний и обязываний в рамках самоуправляющегося коллектива»²⁸². Аналогичная дескрипция может быть дана также в отношении категории «обычай международной торговли» как производной от общеродового понятия «обычай». А это дает весомые основания полагать, что он принадлежит к числу негосударственных источников регулирования – источников, для которых автопойетическая и синергетическая сущность выступает основным квалифицирующим признаком.

Во-вторых, наличие специфического субъекта правотворчества, иницирующего процесс создания и закрепления обычаев международной торговли, обуславливает такую их особенность, как необязательность государственного санкционирования и необходимость лишь признания со стороны официальных властей. О том, что обычаи международной торговли не нуждаются в снабжении их государственными санкциями, свидетельствует тот факт, что обычай, как отмечается в правовой науке, исполняется по привычке и в силу этого не требует особого механизма, обеспечивающего его соблюдение и защиту, а также то, что рассматриваемые обычаи, будучи продуктом осуществления трансграничной коммерческой деятельности частными субъектами, имеют общественные, внегосударственные механизмы гарантирования. Наиболее важным средством обеспечения соблюдения обычаев международной торговли

²⁸² Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 90.

предстает, по мнению Е.А. Щекиной, деловая репутация предпринимателя. «Известно, что хорошая деловая репутация является одним из основных условий успешного бизнеса. Не выполняя требований обычаев сообщества, предприниматель наносит ущерб своей деловой репутации. Очень скоро он может оказаться в ситуации, когда другие участники будут считать его недобросовестным и избегать вступать с ним в договорные связи. Поэтому в большинстве случаев торговые обычаи соблюдаются добровольно»²⁸³.

Трудно не согласиться с исследователем также и в том, что специфическим общественным механизмом защиты и санкционирования обычаев международной торговли выступает на сегодняшний день международный коммерческий арбитраж, автономный от системы государственных судов и нередко ссылающийся при разрешении международных коммерческих споров на торговые обычаи. Примером тому может служить практика МКАС при ТПП РФ, действующего в соответствии с законом РФ от 07.07.1993 года № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже». Согласно п. 3 ст. 28 данного акта, а также п. 1 § 26 Регламента МКАС, дословно воспроизводящего норму закона, одним из оснований вынесения третейским судом решения выступают торговые обычаи: «во всех случаях МКАС принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке»²⁸⁴. В своей деятельности МКАС неоднократно прибегал к данному правилу, в особенности, при рассмотрении дел, связанных с применением Инкотермс, признанных на основании постановления Правления ТПП РФ № 117-13 (п. 4) от 28.06.2001 года торговым обычаем.

²⁸³ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 34.

²⁸⁴ Закон РФ от 07.07.1993 года № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже» // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 32. ст. 1240; Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (утв. приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 г. № 76) // СПС «ГАРАНТ».

Анализ практики МКАС за период с 1995 по 2002 годы, проведенный профессором М.Г. Розенбергом, показал, что ряд споров, рассмотренных судом, возникал из договоров международной купли-продажи товаров либо в связи с неодинаковым пониманием контрагентами содержания отдельных терминов Инкотермс, либо дополнением их согласованными продавцом и покупателем новыми условиями, либо вовсе в связи отсутствием в контракте ссылки на определенный базис поставки²⁸⁵. Во всех этих случаях МКАС приходилось не раз давать правильные толкования и разъяснения относительно ряда терминов сборника. А в 2004 году судом было вынесено решение (дело № 100/2002, решение вынесено 14 мая 2004 года), в котором в отсутствие специальной российской правовой нормы был определен размер ставки за пользование чужими денежными средствами в иностранной валюте со ссылкой на другой акт кодификации обычаев международной торговли – Принципы УНИДРУА (п. 2 ст. 7.4.9)²⁸⁶.

Таким образом, международному коммерческому арбитражу принадлежит далеко не последняя роль в деле обеспечения единообразного использования и толкования принятых в международной деловой практике обычаев, а также в применении к субъектам, не исполняющим основанные на таких обычаях арбитражные решения, определенных мер воздействия, в том числе в виде занесения таких субъектов в «черный список» с последующей его публикацией в средствах массовой информации или исключения недобросовестных предпринимателей из числа членов торговых ассоциаций²⁸⁷.

²⁸⁵ См. об этом: Арбитражная практика за 1996-1997 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 1998; Арбитражная практика МКАС при ТПП за 1998 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 1999; Практика МКАС при ТПП РФ за 1999-2000 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002.

²⁸⁶ См. подробнее: Дело № 100/2002 МКАС при ТПП РФ // Розенберг М.Г. Обзор практики разрешения споров МКАС при ТПП РФ за 2003-2004 гг. // <http://www.tpprf-mkas.ru/ru/practice/booksartcs>. Дата посещения: 01.06.2010.

²⁸⁷ В частности, такие полномочия закреплены за арбитражем согласно Типовому контракту Ассоциации по торговле зерном и кормами (ГАФТА), Типовому контракту купли-продажи зерновых Европейской экономической комиссии ООН (ЕЭК ООН).

Своеобразным механизмом признания и негосударственной защиты обычаев международной торговли следует признать, на наш взгляд, наряду с международным коммерческим арбитражем также и деятельность торгово-промышленных палат различных стран по свидетельствованию (регистрации) обычаев. Не является исключением в этом смысле и Торгово-промышленная палата РФ²⁸⁸.

Суть процедуры, проводимой ТПП РФ при регистрации обычаев, сводится к следующему: заинтересованное лицо обращается в палату с соответствующим письмом, в котором обосновывается необходимость регистрации того или иного обычая, и в дополнение представляет также заключения ведущих исследовательских институтов, крупных предприятий, банков, ассоциаций и других организаций, применяющих данный обычай в своей практике или имеющих к нему непосредственное отношение. ТПП РФ при регистрации обычая проверяет его на соответствие трем основным критериям (не противоречие действующему законодательству РФ, наличие определенного и устойчивого характера, широкое применение обычая на всей территории Российской Федерации на протяжении достаточно продолжительного периода времени) и по результатам рассмотрения выносит соответствующее решение. Решение ТПП РФ о свидетельствовании обычая и формулировка самого обычая, сопровождаемая, как правило, статьей-комментарием, публикуются в издании ТПП России «Торгово-промышленные ведомости» и/или в других общеизвестных печатных изданиях²⁸⁹.

Посредством такой регистрации обычай международной торговли получает письменную фиксацию и приобретает статус признанного источника регулирования. Зарегистрированный обычай как обычай с более или менее четкой формулировкой по своим характеристикам сближается с унифицированной материально-правовой нормой и в значительной мере, нежели незарегистриро-

²⁸⁸ Далее по тексту – ТПП РФ.

²⁸⁹ На сегодняшний день ТПП РФ зарегистрированы два обычая: обычай в сфере вексельного оборота, а также Инкотермс 2000.

ванный, единообразно толкуется контрагентами по внешнеэкономической сделке. Тем самым нивелируется возможность возникновения конфликта квалификаций. К тому же процедура регистрации обычаев в торгово-промышленных палатах в значительной степени облегчает процесс рассмотрения международных коммерческих споров, снимая с заинтересованной стороны бремя доказывания существования того или иного обычая в международной практике.

В отличие от общественных механизмов защиты и санкционирования, государственное санкционирование обеспечивается силой государственного принуждения посредством деятельности уполномоченных законодательных, судебных и исполнительных органов (или международных органов при международном санкционировании), которые принимают решения, предусматривающие определенные последствия для субъекта, реализующего норму права. В случае признания такого санкционирования обязательным для обычая международной торговли и его дальнейшего закрепления в государственно-правовом акте или решении нормативность и юридическая сила рассматриваемого источника перестает базироваться на автономной воле участников международного делового оборота, но основывается уже на волеизъявлении государства или группы государств. А это, в свою очередь, означает его перенесение в государственную (межгосударственную) правовую систему и официальное придание обычаю юридической силы государственной (или межгосударственной) нормы. В результате обычай, сформированный вне пределов такой системы, приобретает защиту государства и становится частью позитивного права, лишаясь вместе с тем своей негосударственной сущности и трансформируясь во внутригосударственный или межгосударственный источник. Воплощаясь в других источниках права, обычай международной торговли полностью теряет качество самостоятельного, автономного от государства регулятора и перестает быть обычаем в его онтологическом понимании, когда юридическая сила последнего не ставится в зависимость от необходимости его государственного санкционирования.

Как известно, в теории государства и права концепция, согласно которой санкционирование обычая государством есть фикция, не существующая в реальности²⁹⁰, разделяется достаточно многими учеными. В обоснование указанной концепции приводятся различные доводы: 1) «если считать юридическими только те обычаи, которые признаются государственной властью, то придется прийти к тому заключению, что ранее образования государства право вообще не существовало, – заключение, с которым трудно согласиться»²⁹¹; 2) «обычаи приобретают правовой статус не вследствие их санкционирования органами власти, а в силу их онтологической сущности, то есть присущих им самим свойств (признаков): общезначимость, нормативность, общеобязательность, общественная полезность, общественная защищенность и представительного-обязывающий характер»²⁹²; 3) «выведение обычного права из норм, санкционированных государственной властью, не представляется соответствующим исторической действительности. Этот подход обесценивает обычное право, лишает его самостоятельного статуса, нивелирует его социальную роль»²⁹³; 4) трудно представить, чтобы законодатель был осведомлен обо всех обычаях, действующих в обществе. Не зная обычаев, он не может их одобрить, санкционировать, в связи с чем обоснован вывод о том, что вышеназванное одобрение не существует в реальности²⁹⁴; 5) государственное принуждение, в том числе в виде санкции, не является основным свойством правовых явлений равно, как и юридического обычая. Признание санкции важнейшей чертой юридического равнозначно признанию того, что норма может быть нарушена²⁹⁵. Основа обяза-

²⁹⁰ См. об этом: Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. С. 49-50.

²⁹¹ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 80-81; Сорокин П.А. Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства. Ярославль, 1919. С. 7.

²⁹² Цит. по: Царегородская Е.В. Структура правового обычая в истории правовой мысли // Правоведение. 2007. № 1 (270). С. 65.

²⁹³ Там же. С. 65.

²⁹⁴ См. об этом: Регельсбергер Ф. Указ. соч. С. 49-50; Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. С. 184-185.

²⁹⁵ Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 168-170.

тельности обычая видится не в его санкционировании государством, а в так называемой общности, понимаемой как принятие обычая «всеми, принадлежащими к тому общению, где существует данный обычай»²⁹⁶, и т.д.

Изложенное выше справедливо, на наш взгляд, и в отношении обычая международной торговли как имеющего общую с правовым обычаем юридическую природу: как и правовой обычай, обычай международной торговли приобретает правовой статус не в результате санкционирования органами власти, а в силу своей онтологической сущности, из которой и проистекают его особенности как негосударственного регулятора. Наиболее уместным в связи с этим представляется обозначение взаимосвязи между последним и государством не через категорию «санкционирование» в ее традиционном понимании (как наделение мерами государственного принуждения), а через понятие «государственное признание».

Под признанием в данном случае следует понимать сознание или убеждение лица в общеобязательности правила, внешне проявляемое в фактическом его соблюдении²⁹⁷. Именно повторяемость определенных действий, которые в конечном счете становятся образцом поведения, приводит, по мнению М.В. Цвика, к внутреннему их восприятию людьми как общеобязательных²⁹⁸. Поэтому, как отмечает Е.А. Щекина, такое признание предполагает добровольность соблюдения правила, соответствие воли и фактического волеизъявления, а также отсутствие принуждения²⁹⁹.

Согласно позиции В.В. Наумкиной, понятие «государственное признание» намного уже понятий «государственное принуждение» и «государственная защита» (составляющих, как известно, суть государственного санкционирования) и предполагает, прежде всего, наличие условий (или предпосылок) для возможности применения

²⁹⁶ Виноградов П.Г. Очерки по общей теории права. СПб., 1915. С. 26.

²⁹⁷ Таким образом признание толкует Е.А. Щекина. См.: Щекина Е.А. Указ. соч. С. 39.

²⁹⁸ Цит. по: Щекина Е.А. Там же.

²⁹⁹ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 40.

обычной нормы³⁰⁰. Таким условием будет выступать, в первую очередь, отношение государства к данной обычной норме. Государство может официально признать ее использование или же, напротив, создать комплекс мер, направленных на искоренение какой-либо обычной нормы. Но в любом случае такое признание лишь констатирует наличие у обычая юридического характера³⁰¹.

Получается, что признание государством обычая представляет собой лишь этап на пути его дальнейшего санкционирования и не может полностью сводиться к данному понятию, отождествляться с ним. Ведь только при наличии признания со стороны государства возможным будет и обеспечение обычая государственным принуждением. И, наоборот, без предварительного признания обычая государство вряд ли окажется способным гарантировать его защиту. К тому же для реализации механизма санкционирования в полном объеме необходимо, чтобы все элементы нормы права были полностью воспроизведены в нормативно-правовом акте – условие, абсолютно не применимое к обычаю международной торговли, когда в законе лишь делается ссылка на него без дословного воспроизведения содержания обычая в статье (в противном случае речь будет идти собственно не об обычае, а о правовой норме, основанной на нем). Такая ссылка на тот или иной обычай международной торговли вовсе не означает предоставление ему юридической защиты, а лишь признает возможность его существования в качестве самостоятельного источника регулирования общественных отношений. Она есть «подтверждение общего принципа допустимости применения обычаев»³⁰² и по сути своей означает, что государство допускает применение в рамках созданной им внутренней правовой системы правил, содержащихся в таких обычаях, и по аналогии с международными источниками может инкорпорировать их в свою на-

³⁰⁰ Наумкина В.В. Обычай как источник права. Красноярск, 2006. С. 36.

³⁰¹ Там же. С. 36-37.

³⁰² Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: понятие, применение, формирование, применимое право и типовые контракты. М.: «Международные отношения», 1983. С. 34.

циональную систему, однако без дальнейшей трансформации обычаев в национальный источник.

С учетом трансграничного характера обычаев международной торговли, проявляющегося в процессе их становления и развития, при рассмотрении вопроса об обязательности государственного санкционирования таких обычаев целесообразнее, на наш взгляд, проводить аналогию не с национальными, свойственными внутригосударственному праву, механизмами защиты обычных норм, а с международными институтами и, в частности, с так называемым *opinio juris*. Как известно, в науке международного права *opinio juris* выступает необходимым элементом международной обычной правовой нормы³⁰³ и традиционно определяется как «признание субъектами международного права характера юридической нормы за правилом, сложившимся в практике или сформулированным иным образом»³⁰⁴. Такое признание может быть дано в явно выраженной форме (активное признание) или, наоборот, в молчаливой, подразумеваемой форме (пассивное признание). Однако и в том, и в другом случаях воля государств будет направлена на придание норме признака общеобязательности. Очевидно, о подобном признании можно вести речь и применительно к обычаям международной торговли, складывающимся в процессе осуществления международной коммерческой деятельности. Такие обычаи получили всеобщее признание международного бизнес-сообщества и потому широко используются в современной деловой практике (активная форма признания); с другой стороны, в отсутствие предусмотренного законом протеста или прямого запрета на применение обычаев международной торговли государство молчаливо допускает их существование и действие в качестве источника регулирования (пассивная форма признания). Данная форма признания получила широкую научную поддержку в доктрине международного частного

³⁰³ См. об этом: Тункин Г.И. Основы современного международного права. М., 1956. С. 13; Левин Д.Б. Основные проблемы современного международного права. М., 1958. С. 100.

³⁰⁴ Лукашук И.И. Нормы международного права. М.: Издательство «Спарк», 1997. С. 233.

права, в особенности среди отечественных исследователей. Так, на позиции пассивного признания торговых обычаев стоит Д.Ф. Рамзайцев, утверждающий, что, поскольку советское законодательство не содержит норм, запрещающих применение торговых обычаев к сделкам, заключаемым советскими организациями с иностранными учреждениями и лицами, постольку и допустимость применения таких обычаев в советской внешнеторговой практике не вызывает сомнений³⁰⁵. Ему вторит И.С. Зыкин, по словам которого «...было бы неправильным думать, что при отсутствии в законе отсылки к обычным правилам применение последних исключается. Применение обычаев и обыкновений допустимо, поскольку иного не установлено в законе...»³⁰⁶.

Анализ действующих национальных и международных правовых норм, а также сложившейся контрактной практики позволяет автору в рамках настоящего исследования выделить две группы юридических оснований для признания обычая международной торговли государствами: 1) нормы национальных законов и 2) положения международных договоров. Остановимся подробнее на каждой из отмеченных групп.

Общепризнанно, что в российском праве положения, регламентирующие вопросы признания обычаев международной торговли, содержатся в нормах раздела VI части третьей Гражданского кодекса РФ и, в частности, в п. 1 ст. 1186, предусматривающей, что право, подлежащее применению к отношениям, осложненным иностранным элементом, определяется, в том числе и на основании обычаев, признаваемых в РФ. Тот факт, что в рассматриваемой статье законодатель оперирует термином «признание» (а не «санкционирование»), недвусмысленно говорит о признании в качестве источников регулирования обычаев, текстуально не зафиксированных в нормах закона, и, соответственно, не санкционированных госу-

³⁰⁵ Рамзайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи: Сборник / Под ред. М.В. Нестерова и К.К. Бахтова. М.: Внешторгиздат, 1958. С. 10.

³⁰⁶ Зыкин И.С. Указ. соч. С. 32.

дарством, и позволяет заключить, что такое санкционирование не является формальным признаком обычая, а носит, как пишет А.В. Прохачев, лишь общий, рамочный, понятийный характер³⁰⁷. Таким образом, российское право не сводит признание обычая к его санкционированию, а пытается разграничить данные понятия. При этом в результате такого признания сам обычай приобретает правовые качества, сохраняя общественные начала³⁰⁸.

В дополнение к ст. 1186 указывают также на ст. 5 ГК РФ, закрепляющую дефиницию обычая делового оборота, иные положения гражданского законодательства (п. 1 ст. 6, гл. 22 «Исполнение обязательств» (ст. 309, 311, 314-316), гл. 30 «Купля-продажа (ст. 474, 478, 508, 510, 513), гл. 45 «Банковский расчет» (ст. 848), гл. 46 «Расчеты» (ст. 863, 867, 874), гл. 51 «Комиссия» (ст. 992, 998), на основании которых некоторыми исследователями формулируется вывод о характеристике обычая международной торговли в качестве разновидности обычая делового оборота³⁰⁹. Вместе с тем, данный вывод является весьма спорным, поскольку приводит, по нашему мнению, к отождествлению обычаев международной торговли с обычаями, сформированными и существующими в рамках юрисдикции одного государства и санкционированными им (о которых идет речь в ст. 5 ГК РФ), что в целом противоречит онтологической сущности обычаев международной торговли как источника регулирования, формирующегося помимо государственной воли, в процессе нормотворческой деятельности международного бизнес-сообщества. В то время, как обычай делового оборота, упомянутый в ст. 5 ГК РФ, имеет национально-правовую природу, поскольку складывается в процессе сотрудничества частных субъектов одного национального правопорядка и наделяется юридической силой лишь по волеизъявлению государства,

³⁰⁷ См. об этом: Прохачев А.В. Обычай в системе форм права: вопросы теории: Дисс. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2002. С. 111.

³⁰⁸ Наумкина В.В. Обычай как источник права. Красноярск, 2006. С. 38.

³⁰⁹ Данной позиции придерживается, в частности, В.А. Канашевский: Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 460.

обычай международной торговли имеет внегосударственное по природе и трансграничное по сфере возникновения происхождение, независимое от государственной воли, и, более того, не нуждается в обязательном санкционировании. На основании изложенного недопустимым следует признать, на наш взгляд, смешение двух абсолютно разных по механизму формирования и юридической сущности категорий обычаев – национального обычая делового оборота и обычая международной торговли – и рассматривать последний в контексте содержания ст. 5 ГК РФ, ссылающейся на национальный обычай. Данное суждение подкрепляется позицией ряда современных авторов и, в частности, В.П. Мозолина, который в комментарии к ст. 5 ГК РФ отмечает: «В систему источников гражданского права вводятся обычаи делового оборота, применяемые в области предпринимательской деятельности. Область предпринимательской деятельности не связывается с какой-либо сферой экономической жизни общества или территорией. Обычаи могут быть отраслевыми, межотраслевыми, региональными, локальными, общенациональными и т.д. Важно, что по своему назначению и природе они относятся к группе источников российского гражданского права, применяемых в сфере гражданско-предпринимательского оборота»³¹⁰.

Если все-таки и обращаться к действующему Гражданскому кодексу в подтверждение признания обычаев международной торговли на территории РФ, то с точки зрения расположения в рассматриваемом акте нормативного материала, относящегося к регулированию трансграничных частноправовых отношений, нормы, ссылающиеся на обычаи международной торговли, должны содержаться в разделе ГК, посвященном вопросам международного частного права, а именно, в разделе VI части третьей. Соответственно, все иные нормы, текстуально расположенные в других разделах кодекса, будут регламентировать применение на территории РФ внутригосударственного обычая.

³¹⁰ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М.: Юрайт, 2004.

В свете изложенного целесообразным видится указание в числе норм ГК РФ, свидетельствующих о признании обычаев международной торговли, наряду с положениями ст. 1186 также норм п. 11 ст. 1211 ГК РФ, предусматривающих: если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, обозначаемых соответствующими торговыми терминами.

Наряду с Гражданским кодексом ссылки на обычаи международной торговли содержатся и в иных нормативных актах отечественного законодательства. Так, в частности, в соответствии с п. 3 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 года, буквально воспроизводящим норму п. 3 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (принят 21 июня 1985 г.), третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке. Поскольку данный закон рассчитан на регулирование международных коммерческих споров, вытекающих из отношений по ВЭС, вполне логичным было бы предположить, что и торговые обычаи, о которых идет речь в указанной статье, также относятся к сфере международного делового оборота.

Согласно п. 2. ст. 285 Кодекса торгового мореплавания РФ в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона при определении рода аварии, определении размеров общеаварийных убытков и их распределении применяются Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие международные обычаи торгового мореплавания. Аналогичная норма включена в п. 2 ст. 141 Кодекса внутреннего водного транспорта РФ, которым установлено: в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона при определении рода аварии, определении размеров общеаварийных убытков и их рас-

пределении применяются другие правила об общей аварии и международные обычаи торгового мореплавания.

Среди иных нормативно-правовых актов РФ, признающих обычаи международной торговли, а именно, одну из их разновидностей – обычаи морского порта, можно выделить Федеральный закон от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», ст. 3 которого квалифицирует обычаи морского порта следующим образом: это правила поведения, сложившиеся и широко применяемые при оказании услуг в морском порту и не предусмотренные законодательством Российской Федерации. Как отмечает Бевзюк Е.А., поскольку в данном законе обычаи рассматриваются в качестве правил поведения, применяемых при оказании услуг, то очевидно, что данные отношения регулируются гражданским правом³¹¹. Исходя из этого, правомерным следует признать, что статьей 3 анализируемого Закона регламентированы 3 категории обычаев: 1) внутригосударственные; 2) международно-правовые и 3) международные коммерческие обычаи, упомянутые в ГК РФ³¹². Тот факт, что указанная статья предусматривает возможность свидетельствования предусмотренных в ней видов обычаев, будет подтверждать также и принадлежность Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» к числу источников российского права, ссылающихся на обычаи международной торговли (п. 3 ст. 15 Закона).

Во второй группе юридических оснований для признания обычаев международной торговли государствами особо выделяют Венскую конвенцию о договорах международной купли-продажи 1980 года и, в частности, ст. 8, 9 Конвенции. В силу ст. 8 Конвенции при толковании намерения сторон в качестве одного из основ-

³¹¹ Бевзюк Е.А. Комментарий к ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 08.11.2007 г. / Под ред. Морозова С.Ю. // СПС «ГАРАНТ», 2010.

³¹² Бевзюк Е.А. Указ. соч.

ных критериев должны учитываться обычаи. А согласно ст. 9 Конвенции стороны связаны тем обычаем, относительно которого они договорились. При отсутствии соглашения об ином считается, что они подразумевали применение к своему контракту или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается в соответствующей области торговли.

По утверждению Н.Г. Вилковой, Венская конвенция 1980 года является единственной современной международной конвенцией, в которой содержатся адресованные продавцу и покупателю предписания о применении обычаев международной торговли³¹³. Тем не менее, данное утверждение, на наш взгляд, лишь отчасти (относительно указания адресатов обычаев) соответствует действительности, поскольку ссылка на обычаи международной торговли встречается в текстах и иных международных договоров. Так, к примеру, в соответствии с п. 1 ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. при установлении права, подлежащего применению арбитрами при решении спора по существу, арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями. Согласно ст. 9 Конвенции ООН о морской перевозке грузов от 31 марта 1978 г. («Гамбургские правила») перевозчик имеет право перевозить груз на палубе только в том случае, если такая перевозка соответствует соглашению с грузоотправителем или обычаю данной отрасли торговли, либо требуется по законодательным нормам или правилам. Также ст. 4 рассматриваемой Конвенции установлена ответственность перевозчика в случаях, когда грузополучатель не принимает груз от перевозчика, – путем предоставления его в распоряжение грузополучателя в соответствии с договором или законом, или обычаем данной отрасли торговли, применимым в порту разгрузки.

³¹³ Вилкова Н.Г. Правила толкования международных торговых терминов Инкотермс 2000: Правовое регулирование и практика применения. М.: Статут, 2008. С. 28.

В силу п. 13 преамбулы Регламента (ЕС) № 593/2008 Европейского Парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»), настоящий Регламент не запрещает сторонам включать посредством отсылки в свой договор негосударственное право или международное соглашение. При этом, как указано, в примечании к переводу данного документа, под «негосударственным правом» (франц.: *droit non etatique*; англ.: *non-State body of law*; нем.: *nichtstaatliches Regelwerk*) имеются в виду, в частности, акты международных межправительственных и неправительственных организаций, в том числе акты, не имеющие обязательной силы для государств и частных лиц (например, подготовленный Международной торговой палатой свод правил по толкованию международных торговых терминов – «Инкотермс»)³¹⁴. С учетом негосударственной правовой природы и наличия особого субъекта нормотворчества, не наделенного законодательными полномочиями, очевидно, на наш взгляд, считать, что упомянутый в Регламенте термин «негосударственное право» подлежит расширительному толкованию как включающий также и обычаи международной торговли.

Следует отметить, что в иных конвенциях, регулирующих отношения по отдельным видам ВЭС, и, в частности, в Оттавских конвенциях 1988 года о международном финансовом лизинге и о международном факторинге, предписания относительно применения обычаев международной торговли отсутствуют. Тем не менее, из этого не следует, что к данным видам отношений обычаи международной торговли в принципе не могут быть применены. Поскольку в ряде международных соглашений допускается возможность субсидиарного применения национального права по вопросам, прямо не регламентированным данными международными соглашениями (к примеру: п. 2 ст. 6 Конвенции о международном финансовом лизинге, п. 2 ст. 4 Конвенции о международном факто-

³¹⁴ Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского Парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам // http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm#_ftn1. Дата посещения: 09.03.2011.

ринге), допустимость применения обычаев международной торговли к трансграничным торговым отношениям будет вытекать из предписаний национальных норм, содержащих ссылку на такие обычаи.

Несмотря на отсутствие процедуры обязательного санкционирования со стороны государства, обычаи международной торговли сохраняют качество источника права и способность к регулятивному воздействию правоотношений по внешнеэкономическим сделкам. На данное обстоятельство указывает, в частности, М.Г. Розенберг, квалифицирующий обычаи международной торговли в качестве источника правового регулирования договора международной купли-продажи³¹⁵. По мнению профессора, такой вывод проистекает из анализа практики МКАС при ТПП РФ, неоднократно ссылавшегося на обычаи при вынесении решения по конкретным делам на основании данной Конвенции. Так, в решении от 05.06.1997 года по делу № 229/1996 в качестве обычая со ссылкой на п. 2 ст. 9 Венской конвенции были применены положения Принципов УНИДРУА³¹⁶. Аналогичная ссылка с указанием на то, что Принципы УНИДРУА постепенно приобретают характер международных торговых обычаев, содержится и в другом решении МКАС от 27.07.1999 года по делу № 302/1996³¹⁷. При разрешении ряда споров, в частности, по делу № 16/1999 (решение от 17.09.2001 года), по делу № 107/2002 (решение от 16.02.2004 года) суд также руководствовался обычаями делового оборота (торговыми обычаями), нашедшими отражение в другом документе – сборнике Инкотермс 1990 года. Подобная практика ориентирования арбитражного суда на упомянутые документы неофициальной кодификации международных торговых правил при вынесении решения по спору возводит их, а, соответственно, и обычаи, содержащиеся в данных документах, «в ранг»

³¹⁵ Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 3-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2006. С. 39.

³¹⁶ Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999-2000 гг. М.: Статут, 2002. С. 141-147.

³¹⁷ Розенберг М.Г. Арбитражная практика за 1996-1997 гг. М.: Статут, 1998. С. 212-215.

применимого к конкретному правоотношению права, позволяет квалифицировать последние в качестве непосредственного регулятора возникшего отношения, а, значит, свидетельствует и о способности обычаев быть источником права.

В доказательство заявленного постулата о принадлежности обычаев международной торговли к числу источников регулирования трансграничных торговых отношений попытаемся на основе сопоставительного анализа общеправовой категории «источник права» и специальной категории «обычаи международной торговли» выявить присущие общеправовой категории признаки в существенных характеристиках обычаев международной торговли, тем самым подтвердив довод о том, что последние обладают всеми свойствами источника права.

Как и любому иному источнику права, обычаям международной торговли свойственны два основных признака, на которые указывают Н.Ю. Ерпылева и В.А. Канашевский: 1) нормативность, т.е. применение к неопределенному кругу субъектов, их характеристика в качестве правила поведения человека при известных ситуациях³¹⁸; и 2) общеобязательность, т.е. общепризнанность такой нормы в качестве юридически обязательного правила поведения³¹⁹. А правило, составляющее содержание обычая, имеет схожую с нормой закона структуру. Г.В. Мальцев, к примеру, выделяет в данной структуре три основных элемента: 1) гипотезу (обязательные условия, при которых реализация обычая является самоочевидной и необходимой); 2) диспозицию (требования и веления, которым должно удовлетворять поведение субъекта в гипотетической ситуации); 3) санкцию (неблагоприятные последствия за нарушение или неисполнение нормы). Единственное отличие от структуры нормы закона состоит лишь в том, что санкция обычая международной тор-

³¹⁸ См. об этом: Нижечек В.И. Советское право в системе нормативного регулирования социалистических общественных отношений. Иркутск, 1973. С. 415.

³¹⁹ Ерпылева Н.Ю. Международное коммерческое право: новеллы правового регулирования международных контрактных обязательств // Адвокат. 2005. № 6,8,9; Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 461.

говли обеспечивается не силой государственного принуждения, как было указано ранее, а носит негосударственный характер и реализуется посредством общественных, вненациональных механизмов (арбитраж, деловая репутация предпринимателя, международные торговые ассоциации и т.д.). Соглашаясь в целом с аутентичностью внутреннего строения нормы закона и нормы обычая, С.Ю. Краснов делает следующее уточнение: «Правовой обычай как нормативный феномен включает в себе правила поведения, норму-велеие, норму-императив... Он мог представлять собой одно или несколько требований к поступкам, которые становились обязательными для исполнения в определенных ситуациях»³²⁰. Позиция, изложенная исследователем, еще раз подтверждает наличие аналогии между гипотезой, диспозицией, санкцией нормы закона и соответствующими элементами структуры («правило поведения», «норма-велеие», «норма-императив») обычной нормы. Близка норма обычая к норме закона и по своей форме, поскольку содержит модель регулирования определенных отношений и представляет собой краткую и четкую формулу, описывающую надлежащий порядок действий и рассчитанную на неоднократное применение.

Наряду с указанными особенностями ряд ученых склонен выделять и третий признак источника права – его общеизвестность. О наличии данного признака у обычаев международной торговли свидетельствует практика международного коммерческого арбитража. Так в одном из дел, рассмотренных МКАС при ТПП РФ, по спору между российской организацией и фирмой из США ответчик (покупатель), не принявший товар, подготовленный продавцом к отгрузке в соответствии с условиями контракта, ссылался на общепринятый обычай делового оборота, согласно которому в обязанность продавца входило до отгрузки товара представить покупателю опытную партию для ее тестирования в независимой лаборато-

³²⁰ Краснов С.Ю. Обычно-правовое регулирование имущественных отношений у донских казаков во второй половине XIX века (историко-правовой аспект): Дисс. ...канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 59.

рии страны покупателя. Поскольку ответчиком не были представлены соответствующие доказательства, подтверждающие существование данного обычая делового оборота, при вынесении решения утверждение ответчика не было принято во внимание³²¹.

Не лишены обычая международной торговли и таких традиционных для источника права свойств, как правотворческая значимость, а также закрепление основ, начал правового регулирования в определенных сферах общественной жизни³²². Раскрывая первый из указанных признаков, Н.Н. Вопленко отмечает, что правотворческое значение источника права определяется тем, что он либо создается в процессе специальной правотворческой деятельности, либо его практическое значение выражается в установлении норма права, созданных в особом порядке³²³. И если первый случай касается нормативных правовых актов и договоров как источников права, которые проходят особую процедуру разработки и принятия, наделяются при этом официальной юридической силой, производной от компетенции субъектов правотворчества (органов государственной власти), то во втором случае речь идет о правовой доктрине, обычаях (в том числе обычаях международной торговли) и юридической практике, приобретающих правотворческий статус не за счет процедуры их создания или компетенции субъектов, а в результате фактического выполнения функций источников права, основанного на авторитетности, общеизвестности, практической и юридической значимости. Применительно к обычаям международной торговли такая характеристика означает, что они приобретают качество нормативного регулятора внешнеэкономических отношений вне зависимости от волеизъявления государства, действуют в данном качестве автономно от него, и повсеместное применение таких обычаев связывается с их авторитетом и общепризнанностью

³²¹ См.: Розенберг М.Г. Практика разрешения споров в МКАС при ТПП РФ // Хозяйство и право. 2005. № 6. С. 106-107.

³²² Такие признаки источников права выделяет Н.Н. Вопленко в кн.: Вопленко Н.Н. Источники и формы права: Учеб. пособие. Волгоград: Изд.-во ВолГУ, 2004. С. 5-6.

³²³ Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 6.

среди основных участников трансграничного коммерческого оборота – физических и юридических лиц.

В целом правотворческая значимость обычаев международной торговли, как и любого иного источника права, проявляется в таких признаках, как: неконкретность адресата (неперсонифицированность), возможность неоднократного применения, сохранение действия предписания независимо от его исполнения³²⁴. К данным признакам Н.Н. Вопленко добавляет также их способность вносить новый элемент в правовое регулирование и быть юридическим критерием правильности и законности правового порядка³²⁵.

Среди сущностных признаков источника права выделяют также его способность выступать в качестве основы, начала правового регулирования, оказывая целенаправленное воздействие на строго определенные общественные отношения и тем самым «монополизируя» регулирование той или иной области правовой действительности. Как нам представляется, данный признак характерен и для обычаев международной торговли и находит в них наиболее отчетливое проявление. В условиях низкой эффективности государственных – национально-правовых и международных – регуляторов отношений по внешнеэкономической сделке, их неспособности адекватно реагировать на потребности современного трансграничного товарооборота обычаи международной торговли остаются единственно верным ориентиром в деле упорядочивания международных отношений частного порядка, служат своего рода «маяком» при определении курса дальнейшего сотрудничества и взаимодействия между участниками внешнеэкономических трансакций. Именно обычаи международной торговли в силу своей универсальности и гибкости способствуют эффективному упорядочиванию трансграничных коммерческих отношений, сглаживанию противоречивых интересов их участников и в конечном счете «кристалли-

³²⁴ Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 44; Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине // Там же. С. 93.

³²⁵ Вопленко Н.Н. Указ. соч. С. 7.

зуют» решетку международного коммерческого оборота. Будучи широко известными и распространенными в международном деловом кругу, они приобретают все большее признание и славу в качестве современного и наиболее действенного источника регулирования отношений по внешнеэкономической сделке, тем самым «монополизируя» нормативно-правовое поле в данной сфере. В таких условиях происходит постепенное насыщение государственного сектора регулирования его внесударственным, общественным по происхождению аналогом. «Отдавая должное исторической роли обычного права и осознавая невозможность возвращения эры его господства, следует, тем не менее, ожидать, что в будущем значение правового обычая возрастет вследствие необходимости рано или поздно искать выходы из лабиринтов огосударственного, политизированного, бюрократизированного права, которое давно снискало славу «плохого», неудачного»³²⁶.

Таким образом, проведенный анализ позволяет выделить следующие новые признаки обычаев международной торговли как источника права: специфический субъект нормотворчества – международное бизнес-сообщество; достаточность признания со стороны официальных властей (*opinio juris*); общественные, внесударственные механизмы гарантирования применения (деловая репутация, практика международных коммерческих арбитражей, регистрация обычаев в торгово-промышленных палатах); особую роль в установлении таких традиционных критериев обычая, как устойчивость, единообразие, широкая известность, длительность существования практики, играют новые универсальные формы объективирования обычаев международной торговли – акты неофициальной кодификации, а также иные формы письменной фиксации обычаев, как правило, в неправовых источниках (Инкотермс, Принципы УНИДРУА, Унифицированные правила МТП и пр.).

³²⁶ Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Дону, 1999. С. 89.

§ 2. Виды обычаев международной торговли

Доказательством того, что обычаи международной торговли являются одной из наиболее распространенных и общепризнанных форм негосударственного регулирования отношений международного делового оборота в современном мире, выступает их большое видовое разнообразие, обуславливающее, в свою очередь, необходимость таксономического анализа исследуемой категории и, следовательно, классификации обычаев международной торговли по различным основаниям.

В настоящее время в зависимости от сферы действия обычаи международной торговли принято подразделять на: 1) обычаи в сфере внешнеторговой поставки; 2) обычаи в сфере торгового мореплавания; 3) обычаи в сфере международных расчетов и 4) обычаи в сфере международного торгового страхования³²⁷. Существует позиция, согласно которой все указанные выше группы обычаев объединяются в одну общую для них категорию – обычаи, регулирующие отношения, возникающие в процессе движения товаров (включая оказание услуг, опосредующих движение товаров). А наряду с данной категорией выделяют также торговые обычаи в области передачи интеллектуального продукта, обычаи в области выполнения работ и обычаи в сфере оказания услуг³²⁸. Сторонники рассматриваемой позиции и, в частности, Е.А. Щекина, относят данные обычаи к числу так называемых договорных обычаев (или обычаев в сфере договорных отношений), которые могут быть классифицированы также и по объему регулируемых отношений (обычаи, регулирующие определенные виды договорных обязательств (куплю-продажу товаров, агентские обязательства, между-

³²⁷ Данная классификация предложена В.А. Канашевским. См.: Канашевский В.А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 130-135.

³²⁸ Подобной позиции придерживается, в частности, Е.А. Щекина: Щекина Е.А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. Монография. Х.: МП «Крок», 2007. С. 134-135.

народный франчайзинг, обмен валюты и т.д.), и обычаи, регламентирующие отдельные условия договора) или в зависимости от того, на какую стадию контракта они оказывают правовое воздействие (обычаи, регулирующие заключение, исполнение договора или применение мер ответственности)³²⁹. С последней классификацией весьма схоже предложенное Н.Г. Вилковой деление обычаев международной торговли на: 1) обычаи, затрагивающие формулирование условий договора; 2) обычаи, затрагивающие исполнение договора (обычные правила обслуживания клиентов, обычные способы проверки, обычные способы принятия товара); 3) обычаи осуществления профессиональной деятельности (торговли отдельными товарами) или обычаи по реализации конкретного базисного условия в том или ином порту³³⁰.

Помимо договорных торговых обычаев указывают также и на обычаи в сфере недоговорных отношений, среди которых выделяют обычаи, которые регламентируют добросовестное осуществление того или иного вида международной коммерческой деятельности, а также обычаи, предъявляющие требования к самим участникам внешнеэкономической деятельности – хозяйствующим субъектам (обычаи, регулирующие отношения корпораций с инвесторами, а также устанавливающие требования по достаточности капитала банков)³³¹. Тем не менее, обозначение данных обычаев как недоговорных представляется нам не вполне корректным, поскольку и обычаи, регламентирующие добросовестное осуществление внешнеэкономической деятельности, и обычаи, предусматривающие определенные требования к ее участникам, в одинаковой мере содержат условия, являющиеся залогом успешной реализации любой международной коммерческой сделки, а, значит, напрямую относятся к ней и регулируют, соответственно, сферу договорных отношений, в том числе преддоговорных отношений, предшествующих

³²⁹ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 133-134.

³³⁰ Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 29-30.

³³¹ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 133-134.

щих заключению внешнеэкономического контракта и его исполнению. Использование же термина «недоговорный» предполагает, что обычаи, которые им охватываются, будут регламентировать, в том числе и сферу деликтных отношений как отношений, возникающих из внедоговорных обязательств, но не отношения, предваряющие непосредственное осуществление внешнеэкономической сделки.

В отдельную категорию обычаев Е.А. Щекиной выделены обычаи международной электронной торговли (коммерции), регламентирующие преимущественно порядок исполнения определенной обязанности или реализации субъективного права участниками международного делового оборота. К ним относят обычаи в сфере конкуренции в сети Интернет, запрещающие использование в доменных именах торговых марок известных фирм, а также правомочия владельцев прав на доменное имя (право на использование доменного имени для адресации к ресурсу в Интернет, для идентификации производителя и его товаров, услуг путем указания в рекламе, фирменных бланках, документах, при маркировке товара; право запрещать использовать доменное имя для адресации в сети Интернет; право запрещать третьим лицам использовать доменное имя без согласия его владельца для маркировки товаров, услуг и т.п.)³³².

Небезызвестной является также классификация обычаев международной торговли на непосредственно обычаи (или правовые обычаи), носящие характер общезначимых правил, применяемые к любым видам внешнеэкономических контрактов, и обыкновения, действующие в отдельных областях международного делового сотрудничества и устанавливающие порядок исполнения определенной обязанности или реализации субъективного права³³³. Примечательно, что сторонники обоснования подобной классификации, рассматривая указанные категории как относящиеся к одному об-

³³² Щекина Е.А. Указ. соч. С. 137.

³³³ Такую классификацию обычаев международной торговли предлагают, в частности, Г.К. Дмитриева, Е.А. Щекина. См.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 415; Щекина Е.А. Указ. соч. С. 119.

щему для них виду источников – «обычаи международной торговли», в то же время характеризуют обычаи и обыкновения как противоположные друг другу по юридической силе регуляторы: обычаи в качестве юридической нормы, а обыкновения – неюридической нормы. Такое объединение разнородных по юридической природе категорий в единый класс источников с неизбежностью влечет постановку вопроса о наличии некоего общего признака, допускающего возможность объединения. Как нам представляется, в качестве такового следует признать свойственную и обычаям, и обыкновениям негосударственную сущность, выражающуюся в их независимом от государства происхождении, формировании и развитии субъектами, не наделенными государственно-властными полномочиями.

По признаку принадлежности обычаев к сфере публичного и частного права, характеру «адресатов», на которых направлено действие обычаев, Н.Г. Вилкова предлагает выделять публично-правовые и частноправовые обычаи³³⁴. В отличие от публично-правовых обычаев, регламентирующих отношения между государствами и международными организациями и закрепленных в международно-правовых документах, частноправовые обычаи направлены на регулирование отношений между субъектами частного права – хозяйствующими субъектами различной национальности. Все частноправовые обычаи Н.Г. Вилкова классифицирует на три группы: 1) к первой группе относятся обычаи, применение и иерархия которых в системе регуляторов отношений между хозяйствующими субъектами закреплены в международных соглашениях и, прежде всего, в ст. 9 Венской конвенции 1980 года; 2) вторую группу образуют обычаи, применение и иерархия которых в системе регуляторов отношений между хозяйствующими субъектами закреплены в национальных законах и, в первую очередь, в гражданских и торговых кодексах, отраслевых кодексах (ГК РФ, КТМ РФ,

³³⁴ Вилкова Н.Г. Правила толкования международных торговых терминов Инкотермс 2000: Правовое регулирование и практика применения. М.: Статут, 2008. С. 26-27.

ЕТК США, французский Закон о торговых обычаях 1996 года, Закон Англии о купле-продаже товаров 1979 года); 3) в третью группу включены обычаи, утверждаемые самими хозяйствующими субъектами и их ассоциациями в форме актов неофициальной кодификации (Обычаи порта Антверпен – ФОб Антверпен 1925 года, Обычаи порта Дюнкерк 1931 года, 1996 года, Обычаи порта Руан – ФОб причал 1987 года, Йорк-Антверпенские правила по общей аварии, Инкотермс, Американские определения по внешней торговле 1919 и 1941 годов)³³⁵.

Помимо рассмотренных выше оснований для классификации обычаев международной торговли называют также и критерий территориальности их действия, в соответствии с которым обычаи подразделяются на универсальные, повсеместно признанные большинством участников в соответствующей области международной коммерческой деятельности; региональные, признанные участниками международных коммерческих отношений лишь в определенном географическом регионе, и локальные обычаи международной торговли, сложившиеся в определенном месте или на внутригосударственном рынке, но применяющиеся в том числе и к отношениям с участием иностранных предпринимателей³³⁶. Вместе с тем, данная классификация является не вполне верной, поскольку приводит к смешению понятий «обычай международной торговли» и «национальный торговый обычай, применимый к международным торговым отношениям». Ввиду наличия существенных различий в порядке формирования и правовой природе (обычай международной торговли как следствие интернационализации хозяйственной жизни, национальный торговый обычай как результат сложившейся на внутригосударственном рынке предпринимательской практики) данные понятия не могут быть объединены в одну общую для них правовую категорию, а должны быть дифференцированы и отличимы друг от друга. В противном случае закрепление за обычаями

³³⁵ Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 27-29.

³³⁶ Щекина Е.А. Указ соч. С. 122.

международной торговли локального характера и придание им качеств местного торгового обычая влечет за собой отрицание главных, существенных их признаков – общепризнанности и общеизвестности неопределенному кругу лиц – и, как следствие, делает несостоятельной теорию существования независимой от государства системы регулирования внешнеэкономической деятельности.

Существуют и иные основания классификации обычаев международной торговли. Так, к примеру, по признаку гарантированности обычая государственной защитой Е.А. Щекина предлагает различать санкционированные обычаи, которым гарантируется принудительная защита государства, и несанкционированные обычаи международной торговли, которые лишены такой защиты в силу того, что они устанавливают регулирование, отличное от существующего в конкретной национально-правовой системе (к последним, по мнению автора, относятся обычаи, противоречащие императивным и диспозитивным нормам внутригосударственного законодательства)³³⁷. Не оспаривая факт существования подобного критерия для классификации отдельных норм права, подчеркнем, что его применение в отношении обычаев международной торговли как источников негосударственного регулирования внешнеэкономических сделок вряд ли можно считать удачным, поскольку обычаи не нуждаются в санкционировании, а требуют лишь признания их со стороны государства.

Еще одним основанием деления обычаев международной торговли на самостоятельные виды выступает их соотношение с законом. Согласно данному признаку, положенному в основу классификации обычаев, предложенной Р. Давидом, можно говорить о существовании применительно к международной торговле: а) обычаев в дополнение к закону (*consuetudo secundum legem*), которые применяются субсидиарно, в случае недостаточности законодательного регулирования; б) обычаев кроме закона (*consuetudo*

³³⁷ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 120-121.

praeter legem), регламентирующих отношения в отсутствие их урегулированности законодательными нормами, и в) обычаев против закона (consuetudo contra (adversus) legem), устанавливающих иное, нежели предусмотренное законом, регулирование³³⁸, и появление которых в международном коммерческом обороте связано, по мнению Е.А. Щекиной, с разработкой и принятием стандартов различными международными организациями (к примеру, обычай, согласно которому коэффициент достаточности собственного капитала банка для его функционирования на международном рынке должен составлять не менее 8% по методологии расчета, предусмотренной Базельским соглашением)³³⁹.

В рамках настоящего исследования предлагается обратить особое внимание на классификацию обычаев международной торговли, основанную на характере содержащихся в них норм, и выделять две группы обычаев: 1) материально-правовые обычаи международной торговли, содержащие материально-правовые нормы, непосредственно устанавливающие права и обязанности для участников внешнеэкономической сделки, и 2) коллизионно-правовые обычаи международной торговли, содержащие коллизионные нормы, напрямую не регламентирующие возникающие в трансграничной торговле отношения, однако позволяющие осуществить выбор компетентного для регулирования того или иного отношения правопорядка³⁴⁰.

Как нам представляется, актуальность проведения подобного рода классификации обычаев международной торговли обусловлена во многом особенностями структуры трансграничных частно-правовых отношений, являющихся предметом МЧП, и, в частности, наличием в них так называемого иностранного элемента, неизмен-

³³⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1997. С. 94-95.

³³⁹ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 122.

³⁴⁰ Характерно, что в отечественной литературе по международному частному праву наряду с двумя вышеуказанными видами обычаев выделяют также обычаи, включающие процессуальные нормы. См. об этом: Международное частное право. Учебник / Под общ. ред. Г.В. Петровой. М.: Издательство Юрайт, 2011. С. 89-90.

но порождающего различные правовые коллизии. Преодоление коллизии есть главная задача МЧП, которая реализуется на практике при помощи коллизионно-правового и материально-правового способов регулирования, осуществляемых посредством коллизионных и, соответственно, материально-правовых норм, закрепленных в том или ином источнике права, ориентирующем правоприменителя при разрешении коллизионного вопроса. Соответственно, и обычаи международной торговли, содержащие материальные либо коллизионно-правовые нормы, будут выступать в международном частном праве правовой базой для определения непосредственно применимого к отношению права, а, значит, отвечать главному назначению указанной отрасли – преодолению коллизии.

Объективная возможность проведения подобной классификации проистекает, по нашему мнению, из анализа ст. 1186 ГК РФ, озаглавленной как: «Определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом». В данной статье речь идет об источниках, в которых могут выражаться нормы, собственно и определяющие право, применимое к отношениям с иностранным элементом. Общеизвестно, что в роли таких норм в международном частном праве выступают коллизионные нормы, ввиду данного обстоятельства вполне справедливым представляется вывод о том, что ст. 1186 ГК РФ исчерпывающим образом определен перечень источников, содержащих коллизионные нормы. В числе таковых данная статья называет также и обычаи.

Более того, следует отметить, что потенция существования обычаев международной торговли, содержащих коллизионные нормы, отчасти признается как в отечественной, так и в зарубежной правовой литературе. Так, по мнению И.С. Зыкина, обычной нормой до ее законодательного закрепления была коллизионная норма, согласно которой права и обязанности сторон по внешнеторговой сделке определяется местом ее совершения, если иное не установ-

лено соглашением сторон³⁴¹. Впоследствии, правда, И.С. Зыкиным отмечалось, что такая норма не могла сформироваться непосредственно в процессе хозяйственного оборота в силу ее содержания, а сложилась в практике советского международного коммерческого арбитража³⁴². Тем не менее, это вовсе не означает, что коллизионная норма-обычай в принципе не может образоваться в трансграничных частноправовых отношениях.

С точки зрения В. Нидерера, в области коллизионного права имеется немало коллизионных правил, которые должны квалифицироваться основанными на международном обычае: принцип *locus regit actum*, *lex rei sitae*, *lex pro voluntate*, коллизионная формула *lex fori*³⁴³. Как утверждает Л.П. Ануфриева, приведенный ряд коллизионных формул прикрепления действительно имеет обычно-правовое происхождение и в этом качестве может быть признанным источником международного частного права, и именно коллизионного права³⁴⁴.

Хотя и возможность формирования обычая международной торговли, содержащего коллизионные нормы, не исключается, в литературе подчеркивается, что ввиду необходимости осуществления единообразной регламентации международного коммерческого оборота, современные обычаи международной торговли, как правило, являются нормами материально-правового характера³⁴⁵.

Согласно нашей позиции, в условиях роста темпов совершенствования современных информационных технологий, в первую очередь, телекоммуникационной сети Интернет, и, как следствие, абсентеизма эффективного национального и межгосударственного механизмов регулирования электронной коммерции обычаи, содержащие коллизионные нормы, могут стать единственным или

³⁴¹ Зыкин И.С. Указ. соч. С. 9.

³⁴² Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М.: Междунар. отношения, 1994. С. 197.

³⁴³ См. подробнее: Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 159.

³⁴⁴ Там же. С. 160.

³⁴⁵ Щекина Е.А. Указ. соч. С. 31.

первичным источником регламентирования отношений, возникающих в данной сфере. Речь, прежде всего, идет об электронной торговле, проводимой на электронных торговых площадках, размещенных и действующих в сети Интернет и в силу этого жестко не «привязанных» к национальному правопорядку одного государства. Как показывает практика проведения электронных тендеров, в отсутствие единого унифицированного международно-правового акта в рассматриваемой области отношений сложился обычай, согласно которому процедура проведения торгов, форма, порядок подачи и рассмотрения тендерных заявок, язык заявок, а также порядок разрешения споров, возникающих при проведении торгов, определяются по праву государства организатора торгов. Данное право является применимым, как правило, и в отношении контрактов, заключенных с организацией-победителем по результатам проведенного тендера. Вместе с тем, отметим, что действительность электронно-цифровой подписи победителя, скрепившего ею контракт, будет определяться согласно другому обычаю – по закону места получения (присвоения) ЭЦП. Такая характеристика рассматриваемого обычая позволяет, на наш взгляд, трактовать его в качестве разновидности общеизвестного коллизионного принципа *locus regit actum* применительно к электронно-цифровой среде, которая в будущем, возможно, и приобретет статутный характер.

В дополнение к отмеченным обычаям следует указать и на обычай, возникновение и развитие которого обусловлено вовлечением в электронный торговый процесс третьей стороны – оператора электронной площадки, действиями (бездействиями) которого могут быть непосредственно затронуты права и законные интересы участников торгов. Как известно, необходимым условием участия физического или юридического лица в тендерах, проводимых на той или иной электронной торговой площадке, выступает процедура их обязательной аккредитации. Так сложилось, что в практике трансграничных торговых отношений, возникающих между потенциальным участником торгов и оператором

площадки, последнему принадлежит ведущая роль в установлении условий, порядка и сроков проведения такой аккредитации, а также правил функционирования самой площадки. Данное обстоятельство предопределило, в свою очередь, появление в сфере электронной коммерции обычая применения к рассматриваемым отношениям права, избранного владельцем (оператором) электронной торговой площадки.

Следует отметить также, что ряд обычаев международной торговли, содержащих коллизионные нормы, сформировался и действует в традиционных, длительное время существующих сферах международного делового сотрудничества. Так, к примеру, в области строительного подряда сложился обычай, согласно которому качество используемых для строительства стройматериалов определяется по праву страны, в которой находится коммерческое предприятие подрядчика. А в практике заключения трансграничных контрактов с участием государства активно применяется обычай, в соответствии с которым при отсутствии прямой ссылки сторон на применимое право отношения, вытекающие из таких контрактов, будут регулироваться правом стороны-государства.

Таким образом, наряду с традиционно признаваемыми обычаями международной торговли, содержащими материально-правовые нормы, следует выделять обычаи, содержащие коллизионные нормы. Обычаи международной торговли могут стать источником коллизионных норм в сферах: электронной торговли (обычаи применения права государства организатора электронных торгов, права места получения электронно-цифровой подписи, права, избранного оператором электронной торговой площадки); строительного подряда (обычай, согласно которому качество используемых для строительства стройматериалов определяется по праву государства, в котором находится коммерческое предприятие подрядчика); трансграничных контрактов с участием государства (обычай, в соответствии с которым при отсутствии прямой ссылки сторон на применимое право отношения, вытекающие из данных соглашений,

будут регулироваться правом стороны-государства), а также в новых трансграничных договорных конструкциях.

Перечисленные в настоящей работе виды обычаев международной торговли далеко не исчерпываются обозначенным выше перечнем, а являются разнообразными и многочисленными. Все они еще раз подтверждают общеизвестность и общепризнанность обычаев в качестве источников регулирования отношений по внешнеэкономическим сделкам и свидетельствуют об актуальности их исследования в современной правовой доктрине.

§ 3. Акты неофициальной кодификации обычаев международной торговли

Как справедливо отмечается в современной литературе, один из недостатков в применении обычаев международной торговли заключается в их устной форме, препятствующей единообразному толкованию и применению содержащихся в них норм, а также затрудняющей процесс доказывания существования обычаев, что зачастую вынуждает участников ВЭС обращаться к литературным источникам с целью установления содержания обычаев³⁴⁶.

Подобная неоднозначная интерпретация обычаев затрудняет в значительной степени успешное ведение контрагентами внешнеэкономической деятельности и отрицательно сказывается на темпах развития трансграничной торговли. В целях устранения и дальнейшего недопущения возникновения подобных затруднений, а также в целях достижения единообразия в использовании рассматриваемого источника внешнеэкономического регулирования предпочтительной видится необходимость фиксации обычаев в письменной форме, в том числе в виде универсальных сборников и иных актов неофициальной кодификации, к числу которых относят, как прави-

³⁴⁶ См. об этом: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2010. С. 416; Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. М.: Междунар. отношения, 2006. С. 71.

ло: биржевые правила, составляемые комитетами бирж, специальные сборники клиринговых палат, материалы МТП, ВТО и других организаций, действующих в рамках ООН, а также типовые контракты³⁴⁷. Такого рода документы, систематизирующие общепринятые в трансграничной торговле обычаи, не влияют, как подчеркивается некоторыми авторами, на существование самих обычаев. В то же время письменная фиксация обычая ориентирует суд и стороны внешнеэкономических сделок на обращение именно к положениям письменного источника, который служит доказательством существования самого обычного правила³⁴⁸.

В настоящем параграфе предлагается обратить внимание на наиболее известные и широко применяемые в трансграничном деловом обороте акты неофициальной кодификации обычаев и дать им общую характеристику.

Одним из таких актов являются разработанные МТП Международные правила по толкованию торговых терминов (International Rules for the Interpretation of Trade Terms) или, сокращенно, Инкотермс. Данные Правила являются одним из основных документов, используемых при заключении договоров международной купли-продажи товаров и широко применяемых во всем мире. В настоящее время почти ни один такой договор не обходится без ссылки на определенный термин Инкотермс.

Структура Инкотермс своеобразна, подобный способ организации и расположения норм нельзя встретить ни в одном другом документе. Так, Инкотермс в последней редакции 2010 года включают 11 торговых терминов, объединенных в 2 группы: 1) первая группа состоит из семи терминов, которые могут быть использованы независимо от избранного способа перевозки и независимо от того, используется один или несколько видов транспорта (термины EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DAT и DDP); 2) во вторую группу

³⁴⁷ См. об этом: Международное частное право. Учебник / Под общ. ред. Г.В. Петровой. М.: Издательство Юрайт, 2011. С. 92.

³⁴⁸ См. подробнее: Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. С. 166-167; Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. С. 107.

включены термины, предназначенные исключительно для морского или внутреннего водного транспорта, когда пункт поставки и место, до которого товар перевозится покупателем, являются портами (термины FAS, FOB, CFR и CIF). В каждом из 11 базисов поставки обязанности продавца и покупателя представлены в зеркальном отражении: в колонке А содержатся обязанности продавца, в колонке Б – обязанности покупателя. Благодаря такому содержанию, своим структурным особенностям и индивидуальности можно утверждать, что данный сборник – документ уникальный.

Появление Инкотермс как отдельного акта торгового права, а затем последовательное его изменение и дополнение вызвали неоднозначное отношение к юридической природе Правил как со стороны официальных органов различных стран, так в научной доктрине и юридической практике. В настоящее время в отечественной правовой науке Инкотермс принято рассматривать с позиции четырех основных подходов к их нормативной природе: в качестве а) обыкновения, в том числе делового или торгового (Д.Ф. Рамзайцев, В.А. Мусин, Н.И. Миклашевская, Г.К. Дмитриева, В.В. Витрянский); б) обычая делового оборота (В.Ф. Попондопуло и другие представители санкт-петербургской школы коммерческого права, Б.И. Пугинский, В.В. Кудашкин); в) торгового обычая, или обычая международной торговли (Н.Ю. Ерпылева, Н.Г. Вилкова, Г.Ю. Федосеева, М.М. Богуславский, М.Г. Розенберг, Н.Ю. Круглова, П.П. Цитович, Д.Ф. Рамзайцев, О.В. Фонотова и другие); г) иной категории (И.С. Зыкин, В.А. Канашевский). Тем не менее, несмотря на очевидный научный плюрализм, общепризнанной считается позиция, согласно которой Инкотермс надлежит рассматривать в качестве универсального сборника торговых обычаев (обычаев международной торговли).

Как отмечает О.В. Фонотова, Инкотермс присущи такие характерные для торговых обычаев признаки, как: многократное применение, постоянство применения, общеизвестность, ясность и определенность содержания, единообразный характер, общепризнан-

ность, что подтверждает правильность вывода относительно признания Инкотермс сборником торговых обычаев³⁴⁹. О том, что Правила Инкотермс представляют собой систематизированный свод международных торговых обычаев, свидетельствует, по мнению А.А. Чубарь, также тот факт, что с юридической точки зрения они не относятся к типу международно-правовых нормативных актов, не являются обязательными для применения во всех случаях осуществления внешнеторговых сделок купли-продажи товаров и имеют всего лишь рекомендательный характер³⁵⁰. По мнению С. Дебатиста, председателя рабочей группы по подготовке Инкотермс 2000, обычная природа сборника подчеркивается еще и тем, что «МТП не выдумала эти термины – мы находим ссылки на CIF в английском прецедентном праве (english case law) 200-летней давности»³⁵¹.

В качестве главного аргумента в поддержку обозначенной позиции ее сторонники приводят положения российского законодательства, а также отечественную арбитражную практику.

По мнению ряда ученых, вывод о том, что Инкотермс представляют собой сборник обычаев международной торговли, напрямую вытекает из ст. 5 Гражданского кодекса, включающей норму о применении к гражданским отношениям обычаев делового оборота в качестве источника права, и позволяющей, таким образом, характеризовать Инкотермс в качестве акта, содержащего свод таких обычаев³⁵². Наряду с данной статьей в качестве имеющей непосредственное отношение к Инкотермс указывают также на ст. 1211 ГК РФ, в п. 6 которой определено: если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутст-

³⁴⁹ Фонотова О.В. Применение Инкотермс в международном и внутреннем торговом обороте. М.: Зерцало, 2008.

³⁵⁰ Чубарь А.А. Инкотермс 2000: новые положения и проблемы применения в Украине // Правила Инкотермс 1990-2000: Комментарии и аналитические материалы. Киев: Юстиниан, 2002. С. 14-15.

³⁵¹ A Language We All Understand // Export Trade. Nov./Dec. 1999.

³⁵² См. подробнее: Розенберг М.Г. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года // Закон. 1995. № 12. С 29-30.

вии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, обозначаемых соответствующими торговыми терминами.

Весьма категоричный вывод об обычно-правовой природе Правил Инкотермс вытекает из анализа информационных писем ВАС РФ. Так, к примеру, в одном из них, от 25 декабря 1996 года № 10 «Обзор практики рассмотрения споров по делам с участием иностранных лиц, рассмотренных арбитражными судами после 1 июля 1995 года» подчеркивалось, что арбитражный суд при решении спора применяет обычаи в сфере международной торговли, используя формулировки Инкотермс, если стороны договорились об этом при заключении внешнеэкономического контракта. Аналогичная позиция отечественного суда отражена также в Информационном письме ВАС РФ № 29 от 16 февраля 1998 года.

Несомненно также, что неопровержимым доказательством, подтверждающим статус Инкотермс в качестве сборника обычаев международной торговли, является арбитражная, как отечественная, так и зарубежная практика.

В настоящее время Инкотермс успешно применяются при разрешении споров в МКАС при ТПП РФ. Среди всего массива решений МКАС особого внимания заслуживают случаи, когда Инкотермс применяются при отсутствии ссылки на сам документ в контракте, что лишней раз, по мнению О.В. Фонотовой³⁵³, подтверждает обычно-правовую природу сборника³⁵⁴.

Аналогичные примеры имеются также в практике международных коммерческих арбитражей³⁵⁵. Характерно, что и в решени-

³⁵³ Фонотова О.В. Указ. соч. С. 77.

³⁵⁴ См., к примеру: Дело МКАС при ТПП РФ № 255/1994 // Розенберг М.Г. Арбитражная практика за 1996-1997 гг. М.: Статут, 1998. С. 212-215; Дело МКАС при ТПП РФ № 226/2001 // Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2003 г. М.: Статут, 2004. С. 34-243; Дело МКАС при ТПП РФ № 62/1998 // Розенберг М.Г. Арбитражная практика МКАС при ТПП РФ за 1998 г. С. 250-256.

³⁵⁵ См. об этом: Дело ICC Court №7903, приводится по: Н.А. Grigera Naya. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers. 2001. P. 220.

ях некоторых национальных судов иностранных государств, в частности, Германии, Франции, отмечалось, что Инкотермс должны применяться как торговые обычаи вне зависимости от того, имеется ли в договоре сторон ссылка на сборник, и поэтому эти Правила должны трактоваться как имеющие силу закона для сторон³⁵⁶.

Отмеченные особенности практики применения Правил Инкотермс позволяют, как нам представляется, характеризовать последнее в качестве источника транснационального «мягкого права». Соответственно, подобно иным документам, образующим данное право, Правила Инкотермс не могут отождествляться с обычаями международной торговли, а должны рассматриваться как один из наиболее известных в трансграничной торговле способов их кодификации. В то же время, выступая преимущественной формой закрепления обычных правил в документированном виде, сборник Инкотермс одновременно является и доказательством существования обычаев международной торговли, а также подтверждает единообразный характер и общепризнанность их действия в торговой сфере.

Следует отметить, что при использовании терминов Инкотермс, устанавливающих обязательство по осуществлению страхования груза, как правило, ссылаются и на другой, не менее известный, акт неофициальной кодификации обычных норм – Условия страхования грузов (Institute Cargo Clauses), разработанные Объединением лондонских страховщиков (Institute of London Underwriters), основанным в 1884 году. Данному Объединению принадлежит ведущая роль в деятельности по унификации правил международной деловой практики: на протяжении длительного времени оно обобщает и унифицирует стандартные условия страхования и издает собственные правила страхования – «оговорки» (clauses), которые регулярно обновляются и пересматриваются (последняя редакция Правил – 2009 года).

³⁵⁶ Spanolge J. A. Incoterms and UCC Article 2 - Conflict and Confusion. 31 Int'l Law. 111, 113 (1997).

Нормы российского права и, в частности, ст. 421 ГК РФ, ст. 247 КТМ РФ, не препятствуют российским страховщикам и страхователям использовать правила страхования, разработанные Объединением лондонских страховщиков, и подобные им сборники в своей практике. В то же время следует иметь в виду, что в силу ст. 943 ГК РФ условия, на которых заключается договор страхования, могут быть определены в стандартных правилах страхования, принятых страховщиком либо объединением страховщиков. При этом в договоре должна быть ссылка на эти правила, а сами правила должны быть изложены в одном документе с договором либо приложены к нему. На первый взгляд может показаться, что данная статья предусматривает в качестве обязательного условия применения оговорок Объединения лондонских страховщиков наличие ссылки на них в контракте, которая, в свою очередь, нивелирует автономность существования содержащихся в них правил от самого документа Объединения. Однако, как справедливо отмечается в отечественной правовой литературе, положения ст. 943 ГК РФ не применяются к общеизвестным правилам страхования, в том числе к правилам Объединения лондонских страховщиков³⁵⁷. В связи с этим представляется, что и при отсутствии прямой ссылки сторон ВЭС на Условия страхования грузов последние могут быть применены в качестве подразумеваемого условия контракта. Данное обстоятельство недвусмысленно подтверждает обоснованность квалификации Условий страхования грузов лишь в качестве акта неофициальной кодификации обычных норм, но не самих обычаев международного страхования.

Наряду с Правилами Инкотермс МТП были разработаны Унифицированные правила, ставшие результатом обобщения и систематизации сложившихся в банковской сфере обычаев, а также банковской практики в области международных расчетов. Речь идет о таких документах данной организации, как Унифицирован-

³⁵⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд. 3-е, испр. и доп. / Отв. ред. О.Н. Садилов. М.: Контракт-Инфра-М, 1998. С. 532.

ные правила и обычаи для документарных аккредитивов (Uniform Custom and Practice for Documentary Credits, сокращенно, UCP 600, действуют в редакции 2006 года), Унифицированные правила по инкассо (Uniform Rules for Collections, сокращенно, URC 522, действуют в редакции 1995 года) и Унифицированные правила для гарантий по требованию (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, сокращенно, URDG 758, действуют в редакции 2010 года).

Новая редакция Правил URDG 758 является второй редакцией правил для гарантий по требованию. Она вступает в силу 1 июля 2010 года.

За время, прошедшее с момента появления первой редакции, Правила получили широкое признание по всему миру в качестве международных стандартов. Внесенные изменения URDG отражают новые подходы к формулированию условий платежа. Обновленные Правила содержат более подробные нормы в отношении соответствия представленных документов по гарантии или контргарантии, в том числе представленные в электронном виде, уточняют значение ряда понятий и содержат специальный раздел, касающийся терминологии. Ожидается, что эти изменения уменьшат количество отказов в оплате требований и повысят эффективность инструмента банковской гарантии³⁵⁸.

Подчинение указанным Правилам предусматривают типовые формы гарантий Международной федерации инженеров-консультантов, а Всемирный Банк включил положение о подчинении гарантии Правилам во все типовые формы независимых гарантий. Кроме того, Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) одобрила URDG, и в связи с этим законодательные органы по всему миру имеют возможность использовать Правила в качестве международного обычая при разработке законопроектов, затрагивающих гарантии³⁵⁹.

³⁵⁸ Новая редакция Унифицированных правил ICC для гарантий по требованиям - URDG 758 // <http://www.iccwbo.ru/news/0/200/>. Дата посещения: 02.02.2011.

³⁵⁹ Там же.

Следует отметить, что Унифицированные правила МТП являются результатом быстрого реагирования мирового делового сообщества на процессы, происходящие в международной банковской практике, МТП постоянно пересматривает эти документы с учетом современных тенденций, что в некоторой степени, согласно В.А. Канашевскому, приближает их к нормативным актам³⁶⁰, однако в таковые, отнюдь, не превращает.

Вопрос о правовой природе Унифицированных правил на протяжении многих лет являлся одним из наиболее спорных в литературе, несмотря на то, что в самих документах имеются положения, определяющие понятия и сферу применения этих документов.

Некоторую ясность внесли уточнения, обозначенные в последней редакции Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов. Так, из ст. 1 «Применение Унифицированных правил» следует, что они представляют собой свод правил, которые применяются к любому документарному аккредитиву, если текст аккредитива четко свидетельствует о применении этих правил. Они являются обязательными для всех сторон по аккредитиву при условии, что аккредитив прямо не изменяет или не исключает их положения. Данное указание, по мнению Т.П. Лазаревой, позволяет оценить Унифицированные правила, с одной стороны, как документ, разработанный МТП, с другой – как свод обычаев, не требующий для их применения обязательной ссылки в тексте аккредитива³⁶¹. Более того, рассматриваемые правила есть «серьезное доказательство существующих банковских обычаев и практики... будучи косвенно инкорпорированными в различные документарные аккредитивные соглашения»³⁶².

³⁶⁰ Канашевский В.А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 134.

³⁶¹ Лазарева Т.П. Влияние актов международной частноправовой унификации на национальное законодательство стран СНГ (на примере расчетных отношений) // Журнал российского права. 2011. № 5 (май).

³⁶² Goode R. Commercial Law. Цит. по: Канашевский В.А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 134.

Как свидетельствует практика рассмотрения споров с применением Унифицированных правил, хотя суды и арбитражи и принимают во внимание отсылку в аккредитиве или банковской гарантии к Унифицированным правилам, наличие таковой все же не выдвигается в качестве обязательного условия их применения и основания признания за ними юридической силы, что еще раз подтверждает несостоятельность научного подхода, отождествляющего Унифицированные правила с обычаями.

Показательно в связи с этим решение Торгового суда Парижа, вынесенное в 1976 года, согласно которому было отклонено утверждение одной из спорящих сторон о том, что Унифицированные правила для документарных аккредитивов представляют собой лишь рекомендацию. В решении говорилось, что правила отражают обычаи, являющиеся источником права, и в качестве таковых могут действовать при отсутствии прямо выраженной отсылки на них сторон, если последние не исключили в той или иной степени их применение³⁶³. Аналогичной позиции придерживается судебная практика Италии, США, ФРГ, Франции, Бельгии и ряда других стран, признающая Унифицированные правила в качестве источников права, которые отражают обычаи и в качестве таковых могут действовать при отсутствии прямо выраженной на них ссылки сторон³⁶⁴. Такая практика применения Унифицированных правил означает, согласно позиции Л.А. Лунца, что правила в странах, где они приняты и где ими руководствуются, служат на практике *prima facie* указателем того, какие нормы международного права или какие международные обыкновения существуют и должны быть приняты к руководству³⁶⁵.

Как отмечает И.С. Зыкин, Унифицированные правила, хотя и обнаруживают общие черты с типовыми условиями, не сводятся к

³⁶³ Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: Право и практика. М.: Междунар. отн., 1994. С. 237.

³⁶⁴ Звеков В.П. Международное частное право. Учебник. М., 2004.

³⁶⁵ Лунц Л.А. Курс международного частного права: Особенная часть. М., 1975. С. 341-343.

ним полностью. В то же время указанные правила не сводятся целиком к обычаям и обыкновениям, поскольку сам факт существования последних, в принципе, не зависит от их фиксации в каком-либо документе подобного рода³⁶⁶. Данное обстоятельство дополнительно подчеркивает статус Унифицированных правил в качестве акта неофициальной кодификации обычаев международной торговли, который позволяет, по мнению Я.А. Павловича, квалифицировать правила как особую форму негосударственного регулирования, в основе признания которой лежит авторитет организации, издающей эти правила³⁶⁷.

В качестве одной из форм объективирования обычаев международной торговли, выступающих доказательством их существования, может, по нашему мнению, быть назван и другой, не менее известный, документ – Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, имеющие, согласно доводам ряда отечественных ученых³⁶⁸, обычно-правовую природу.

Как доказательство существования обычаев международной торговли рассматриваются Принципы УНИДРУА и в зарубежной литературе³⁶⁹. Тот факт, что в начале работы над Принципами обсуждалось два основных способа их выражения: в виде свода международных торговых обычаев или общих принципов договорного права³⁷⁰, дополнительно подтверждает нашу позицию относительно

³⁶⁶ Зыкин И.С. Указ. соч. С. 235, 238.

³⁶⁷ См. об этом: Павлович Я.А. Независимые документарные обязательства: науч.-практич. изд. М.: Волтерс Клувер, 2006.

³⁶⁸ Позиции о том, что Принципы УНИДРУА рассматриваются в качестве обычаев международной торговли, придерживаются, в частности: Т.П. Лазарева: Лазарева Т.П. Цена как условие договора международной купли-продажи // Проблемы международного частного права. С. 102; С.В. Николюкин: Николюкин С.В. Внешнеторговые сделки и обычаи в международном коммерческом обороте. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2009. С. 172; Г.Ю. Федосеева: Федосеева Г.Ю. Международное частное право. Учебник. М.: Остожье, 1999. С. 131; В.А. Кабатов: Кабатов В.А. Применимое право при разрешении споров в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ // Хозяйство и право. 1998. № 6. С. 109.

³⁶⁹ DiMattco L.A. The Law of International Contracting. Kluwer Law International, The Hague, 2000. P. 209.

³⁷⁰ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 г. // М.: Междунар. отношения. 2003. С. vii.

характеристики Принципов в качестве акта неофициальной кодификации, в том числе (но не только) обычаев международной торговли.

Принципы международных коммерческих договоров были разработаны при участии российских специалистов Международным институтом унификации частного права в Риме (сокращенное название – УНИДРУА) и впервые опубликованы в 1994 году на английском языке³⁷¹. По словам Н.Г. Вилковой, они представляют полностью новый универсальный подход к праву международной торговли, поскольку не являются ни контрактом, согласовываемым коммерческими предприятиями, ни международной конвенцией, подлежащей ратификации подписавшими ее государствами³⁷². Принципы УНИДРУА – именно такой документ, который имеет неформальный характер и не является источником в традиционном (позитивистском) смысле, поскольку не представляет собой результат непосредственного проявления воли государства, хотя он и принят международной межправительственной организацией³⁷³. Такая характеристика Принципов роднит их с источниками транснационального «мягкого права», не имеющими обязательной юридической силы, но в то же время оказывающими существенное регулятивное воздействие на трансграничные частноправовые отношения. М. Бонеллем Принципы рассматриваются в качестве свода основополагающих правил, сочетающих смесь традиций и инноваций³⁷⁴.

Согласно преамбуле Принципы устанавливают общие нормы для международных коммерческих договоров. Они подлежат применению в случаях:

1) если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этими принципами;

³⁷¹ В настоящее время действует последняя редакция Принципов 2010 года.

³⁷² Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: «Статут», 2004. С. 207.

³⁷³ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2006. С. iv.

³⁷⁴ Bonell M.J. An International Restatement of Contract Law. 3rd ed., New York, 2005. P. 14.

- 2) когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», «обычаями и обыкновениями международной торговли» или аналогичными положениями;
- 3) для решения вопроса, возникающего в случае, когда оказывается невозможным установить соответствующую норму применимого права;
- 4) для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов;
- 5) если будут служить моделью для национального и международного законодательства.

Установление подобного перечня случаев применения Принципов позволяет сформулировать вывод о том, что в самом тексте Принципов, как и в актах неофициальной кодификации, находят выражение присущие обычаям международной торговли специфические функции: функция восполнения пробелов международных договоров, функция толкования условий международных коммерческих контрактов. Об этом свидетельствует и анализ международной арбитражной практики, где подчеркивается, что в ряде случаев Принципы УНИДРУА могут применяться для восполнения пробелов и толкования отдельных положений Венской конвенции 1980 года³⁷⁵. Более того, ряд зарубежных авторов указывают на то, что Принципы использовались также в целях осуществления толкования ряда других международных документов и, в частности, Межамериканской конвенции по коммерческому арбитражу 1975 года, Европейской конвенции по вопросам юрисдикции и исполнения судебных решений по гражданским и торговым делам 1986 года³⁷⁶.

Как отмечает А.С. Комаров, «на сегодня имеется немало судебных и арбитражных решений, в которых Принципы УНИДРУА

³⁷⁵ См. об этом подробнее: Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 213-214; Дело, рассмотренное в 1996 году арбитражем ad hoc, созданным в Риме // http://www.juristlib.ru/book_5650.html. Дата посещения: 09.10.2010.

³⁷⁶ См. подробнее. Bonell M.J. UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. Uniform Law Review. Vol. XII. 2004-1. P. 15.

были использованы для толкования и восполнения национального права, подлежащего применению к спорному правоотношению в соответствующих случаях. Интересно отметить, что такая практика получила распространение даже, несмотря на то, что подобная возможность их применения не была прямо предусмотрена в Преамбуле Принципов УНИДРУА в редакции 1994 года»³⁷⁷.

В практике МКАС при ТПП РФ также имеет место достаточно частое обращение к Принципам УНИДРУА. При этом вполне справедливым будет отметить такую особенность в их применении, как ориентирование при вынесении судом решения на Принципы как на постепенно приобретающие статус (характер) торговых обычаев, широко применяющихся в международном коммерческом обороте³⁷⁸.

Анализируя в целом практику обращения МКАС к Принципам УНИДРУА, М.П. Бардина пишет: «МКАС, применяя Принципы УНИДРУА без соглашения сторон, обращался к ним не как к альтернативе выбора подлежащего применению права конкретного государства, а как к положениям, приобретающим характер обычаев делового оборота в международном коммерческом обороте. При этом положения Принципов УНИДРУА применялись не к регулированию прав и обязанностей сторон по договору в целом, а при решении конкретного вопроса, возникавшего в процессе рассмотрения спора, который не регулировался применимым правом, либо для толкования положений международных конвенций»³⁷⁹.

В области торгового мореплавания наиболее известной кодификацией обычаев являются Йорк-Антверпенские правила об общей

³⁷⁷ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2006. С. xii.

³⁷⁸ См. об этом: Дело МКАС при ТПП РФ № 229/1996 // Розенберг М.Г. Арбитражная практика МКАС при ТПП РФ за 1996-1997 гг. М.: Статут, 1998. С. 152-153; Дело МКАС при ТПП РФ № 302/1996 // Розенберг М.Г. Практика МКАС при ТПП РФ за 1999-2000 гг. М.: Статут, 2002. С. 141-147.

³⁷⁹ Бардина М.П. Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем // Международное публичное и международное частное право. 2003. № 5. С. 22.

аварии (York-Antwerp Rules), разработанные Международным морским комитетом и действующие в последней редакции 2004 года.

Структурно Правила делятся на три части: 1) два вводных правила (Правило толкования и Основное правило); 2) семь литерных правил (A-G); 3) 22 цифровых правила. Правило толкования гласит, что общая авария регулируется литерными правилами лишь в том случае, если она не подпадает под Основное правило и цифровые правила. Иными словами, литерные правила применяются тогда, когда расходы и пожертвования возникли при обстоятельствах, не предусмотренных цифровыми правилами. Столь своеобразная структура Правил сближает их с рассмотренными выше документами МТП, каждый из которых отличается уникальностью и неповторимостью способа изложения содержащихся в них обычных правил. Подобно документам МТП Йорк-Антверпенские правила представляют собой кодифицированный свод обычаев международного торгового мореплавания и не могут отождествляться с ними. С формально-юридической точки зрения эти Правила являются лишь отражением существующих обычаев, касающихся общей аварии.

Таким образом, еще раз подчеркнем, что рассмотренные выше акты неофициальной кодификации не следует полностью отождествлять с обычаями международной торговли. Данные документы, являясь источниками транснационального «мягкого права», представляют собой один из способов кодификации обычаев международной торговли и придания им письменной формы, которые созданы в целях удобства и упрощения процесса использования обычаев в трансграничном торговом обороте, обеспечивая тем самым их единообразное толкование. Появление подобных документов свидетельствует о все возрастающем в науке и практике интересе к обычаям международной торговли и позволяет судам, опираясь на обычаи, выносить решения при урегулировании международных коммерческих споров.

§ 4. Современные тенденции развития обычаев международной торговли

В настоящее время в науке международного частного права вполне справедливо обосновывается концепция, согласно которой категория «применимое право» подлежит расширительному толкованию и поэтому должна включать в себя не только право в его классическом понимании как национальное право определенного государства, но и любые иные правовые регуляторы контрактных отношений, в том числе обычаи международной торговли. Основные аргументы в обоснование актуальности данной концепции ее сторонники³⁸⁰ черпают из положений таких международных актов, как Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 года и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года.

Так, в частности, ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже гласит: стороны могут по своему усмотрению устанавливать с общего согласия право, подлежащее применению арбитрами при решении спора по существу. Если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, арбитры будут применять закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую

³⁸⁰ Бардина М.П. Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем // *Международное публичное и международное частное право*. 2003. № 5. С. 19; Бардина М.П. Выбор сторонами применимых «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем // *Международные отношения и право: взгляд в XXI век: Материалы конференции в честь Заслуженного деятеля науки РФ, д.ю.н., профессора кафедры международного права юридического факультета СПбГУ Л.Н. Галенской*. С.-П., 2009. С. 354; Комаров А.С. Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // *Вестник ВАС РФ*. 2007. № 10. С. 15; Розенберг М.Г. *Международная купля-продажа товаров*. М., 2003. С. 27; Комаров А.С. *Венская конвенция 1980 г. Принципы УНИДРУА // Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров. К 10-летию ее применения Россией / Сост. М.Г. Розенберг*. М., 2001. С. 13. Следует отметить также, что в направлении расширительного толкования категории «нормы права» развивается и национальное законодательство ряда европейских государств (Италия, Швейцария, Германия). Так, к примеру, в 1986 году в законодательство Нидерландов была введена ст. 1054 ГПК, при этом в объяснительном меморандуме правительства подчеркивалось, что выражение «нормы права» включает не только национальные нормы права, но и *lex mercatoria*.

арбитры сочтут в данном случае применимой. В обоих случаях арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями. Аналогичное правило предусмотрено также ст. 28 Типового Закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года и нормами ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 года, устанавливающих:

1) третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора;

2) при отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми;

3) во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

В приведенных положениях обращает на себя внимание оперирование категорией «нормы права», а не «право», давшее ряду ученых основание предположить, что в данном случае речь идет о возможности контрагентов внешнеэкономической сделки избрать в качестве применимого не только определенный национальный правовой порядок, но и нормы, которые не являются частью национального права, а относятся, к примеру, к транснациональному праву или современному *lex mercatoria*³⁸¹. Обоснованность заявленного постулата обнаруживается, в частности, в материалах разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ, подтверждающих, что смысл и цель использования в тексте данного закона термина «нормы права» заключалась в том, чтобы тем самым дать возможность сторонам предусматривать в качестве *lex contractus* не только нормы, составляющие часть какой-либо национальной правовой системы, но также и правовые нормы, разработанные на международном уровне

³⁸¹ Бардина М.П. Определение права, применимого к существу спора, в практике МКАС // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию МКАС при ТПП РФ / Отв. ред. А.С. Комаров. М.: Спарк, 2002. С. 21.

(нормы, содержащиеся в конвенциях или аналогичных юридических текстах, разработанных на международном уровне, даже если они еще не приобрели обязательной силы в качестве права определенного государства)³⁸². Аналогичный вывод следует также и из анализа пункта 35 Пояснения Типового закона ЮНСИТРАЛ, устанавливающего, что, обращаясь к выбору «норм права» вместо «права», Типовой закон предоставил сторонам больший простор выбора относительно избрания права, применимого к существу спора, в котором они могут согласиться, например, на нормы права, разработанные международным форумом, но еще не инкорпорированные в какую-либо национальную правовую систему³⁸³. На данное обстоятельство указывает и А.С. Комаров: использование в Типовом законе ЮНСИТРАЛ термина «нормы права» (rules of law) вместо термина «право» (law) сделано с тем, «чтобы дать ясно понять, что свобода выбора сторон не ограничена только выбором какой-либо национальной системы права, но и включает в себя выбор норм права, не имеющих национальной принадлежности, или норм наднационального характера»³⁸⁴.

С учетом изложенного выше вполне очевидной, по нашему мнению, представляется возможность рассматривать в качестве подобных «норм права», избранных сторонами как применимое к существу спора право, также и обычаи международной торговли. Неслучайно в связи с этим пунктом 36 Пояснения Типового закона ЮНСИТРАЛ уточняется: из п. 4 Типового закона следует, что во всех случаях, включая и арбитраж *ex aequo et bono*, третейский суд разрешает спор в соответствии с условиями контракта и учитывая применимые торговые обычаи³⁸⁵.

³⁸² Комментарий к части третьей ГК РФ / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 315-316.

³⁸³ International Commercial Arbitration: UNCITRAL Secretariat Explanation of Model Law // <http://faculty.smu.edu/pwinship/arb-24.htm>. Дата посещения: 08.09.2010.

³⁸⁴ См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 г. // М.: Междунар. отношения. 2003. С. vii-viii.

³⁸⁵ International Commercial Arbitration: UNCITRAL Secretariat Explanation of Model Law // <http://faculty.smu.edu/pwinship/arb-24.htm>. Дата посещения: 08.09.2010.

Нормы ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, ст. 28 Типового Закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» являются далеко не единственным основанием применения обычаев международной торговли к контрактным условиям. Дополнительно данное обстоятельство подтверждается положениями регламентов наиболее известных международных коммерческих арбитражей. Например, ст. 17 Арбитражного регламента Международной торговой палаты (Париж) закрепляет, что арбитраж обязан принимать во внимание, наряду с положениями контракта, соответствующие торговые обычаи³⁸⁶. Почти полностью текст указанной статьи воспроизводится в § 13 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ³⁸⁷ и в ст. 16 Регламента по арбитражу и примирению Международного арбитражного суда Федеральной палаты экономики Австрии (Венские правила)³⁸⁸: арбитраж принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

Профессор К. Драхозал, изучив арбитражные правила 44 институциональных арбитражей, предлагает классифицировать их на две группы в зависимости от наличия или отсутствия в таких правилах обязательного требования учитывать обычаи международной торговли: 1) первая группа объединяет правила 32 международных коммерческих арбитражей, обязывающие арбитров учитывать торговые обычаи, применимые или относящиеся к спору; 2) во вторую группу включены правила 12 международных коммерческих арбитражей, не требующих, но и не запрещающих арбитрам руково-

³⁸⁶ Регламенты международных арбитражных судов: Сборник / Сост. Л. Н. Орлов, И. М. Павлов. М., 2001. С. 69.

³⁸⁷ Приказ Торгово-промышленной палаты РФ от 18 октября 2005 г. № 76 «О регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ» // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 2. С. 33-56.

³⁸⁸ Регламенты международных арбитражных судов: Сборник / Сост. Л. Н. Орлов, И. М. Павлов. М., 2001. С. 350.

дствоваться торговыми обычаями³⁸⁹. Как следует из изложенного, практически во всех арбитражных правилах установлено требование учитывать при вынесении судом решения обычаи международной торговли.

Несомненным доказательством, свидетельствующим о возможности применения обычаев международной торговли в качестве правовой основы для разрешения международных коммерческих споров, является практика МКАС при ТПП РФ.

Анализ практики МКАС показал, что суд в большинстве случаев применяет обычаи, содержащиеся в различного рода сборниках или сводах и, в первую очередь, в Правилах Инкотермс. Примечательны в связи с этим дела № 255/1994, решение от 11 июня 1997 года; № 226/2001 решение от 12 ноября 2003 года; № 62/1998, №406/1998, №16/1999 и другие, в которых спор был урегулирован путем обращения суда к отдельным торговым терминам Инкотермс, в том числе и в отсутствие ссылки на них в самом контракте. В целом, как подчеркивает Н.Г. Вилкова, применение Инкотермс в практике МКАС имеет место в двух случаях: во-первых, когда для разрешения спора, возникшего между сторонами договора международной купли-продажи товаров, необходимо обращение к конкретному торговому термину; во-вторых, когда такого непосредственного обращения не требуется, однако Инкотермс принимаются во внимание для оценки выполнения стороной своих обязанностей³⁹⁰.

Следует отметить, что в законодательстве некоторых государств Инкотермс придана сила закона. Так, к примеру, в Испании Правила наделены законной силой применительно к импортным операциям, в Ираке – в отношении всех внешнеторговых сделок. На Украине данному документу не так давно была также придана

³⁸⁹ Drahozal C.R. Arbitration by the Numbers: The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration. Arbitration International. Vol. 22, № 2. 2006. P. 122.

³⁹⁰ Вилкова Н.Г. Торговые обычаи в практике МКАС при ТПП РФ // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Сборник статей. М.: Спарк, 2002. С. 74-75.

сила закона, а именно, было установлено, что при заключении субъектами предпринимательской деятельности договоров, в том числе внешнеэкономических, предметом которых являются товары, применяются Инкотермс³⁹¹. В целом исследователи указывают, что всего около 50 стран в настоящее время рассматривают Правила в качестве закона³⁹².

Такая позиция законодателя недвусмысленно подтверждает факт обретения нормами, содержащимися в обычаях международной торговли, силы норм законов и в этом смысле может рассматриваться как тенденция перехода обычаев из категории негосударственных регуляторов в источники государственного регулирования ВЭС, постепенной трансформации обычаев в формальный источник права.

В практике МКАС в качестве свода обычных норм применяются также Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (дела № 229/1996, №302/1996, № 11/2002). Как применимое к существу спора право Принципы УНИДРУА были квалифицированы по ряду дел, рассмотренных Международным арбитражным судом при МТП³⁹³, а также национальными судами зарубежных государств³⁹⁴. Вместе с тем, следует отметить, что практика применения Принципов УНИДРУА как акта неофициальной кодификации обычаев международной торговли, избранных судом в качестве применимого к существу спора права, не столь разнообразна и многочисленна. По-видимому, данное обстоятельство обусловлено во многом противоречивой природой самих Принципов и

³⁹¹ Декрет Президента Украины от 4 октября 1994 года.

³⁹² Зеленин А.Д., Рыбаков С.А. Некоторые вопросы применения Инкотермс в договорной практике // Арбитражные споры. 2004. № 4 (28). С. 143-150.

³⁹³ См., к примеру: Дело ICC № 9797/СК/AER/ACS от 28.07.2000. В кн.: Bonell M.J. A 'Global' Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles. Arbitration International. Vol. 17, No. 3. 2001. P. 249-252.

³⁹⁴ См., к примеру: Решение от 30 июня 1997 (Federal Court of Australia) // <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/001103a3.html>. Дата посещения: 15.01.2011; Решение от 24 января 1996 года (Court of Appeal of Grenoble). В кн.: Bonell M.J. The UNIDROIT Principles and Transnational Law // <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2/htm>. Дата посещения: 15.01.2011.

отсутствием единообразного подхода к квалификации данного документа в качестве свода обычных правил.

В арбитражной практике нередки случаи обращения к обычаям международной торговли, не нашедшим закрепления в различных актах неофициальной кодификации, но, несмотря на это, широко применяемым в трансграничной торговле в качестве источника регулирования соответствующих отношений. Так, в частности, Федеральный арбитражный суд Московской области признал в качестве сложившегося международного торгового обычая право стороны контракта на уменьшение цены природного газа в соответствии с контрактными условиями³⁹⁵. В 1934 году Международным арбитражным судом при МТП было рассмотрено дело № 543, решение по которому было вынесено с учетом обычая, предусматривающего, что молчание стороны сделки в случае изменения условий поставки означает ее согласие на пролонгацию контракта³⁹⁶. В другом случае суд принял во внимание следующий обычай: если вексель, выдаваемый покупателем во исполнение обязательства по оплате товара по договору международной купли-продажи, содержит дату оплаты иную, чем дата оплаты, предусмотренная договором, то дата исполнения обязательства по оплате товара откладывается до даты выставления векселя к оплате³⁹⁷. Как заключает О.В. Фонотова, в практике арбитражного суда при МТП нередко обычаи международной торговли используются для восполнения пробелов применимого национального права. В ряде иных случаев арбитры прямо ссылаются на обычаи международной торговли без обращения к национальному праву³⁹⁸.

На обычаи международной торговли как на применимое право ориентируются также иностранные национальные суды, в том чис-

³⁹⁵ См. к Постановление ФАС МО от 12.02.2009 № КА-А40/276-09 // СПС «ГАРАНТ».

³⁹⁶ См.: Дело № 543 от 10 марта 1934 года. В кн.: Fouchard P. L'Arbitrage Commercial International. Paris, 1965. P. 432.

³⁹⁷ См.: Дело ICC № 8324/1995 // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/9583241.html>. Дата посещения: 15.01.2011.

³⁹⁸ Фонотова О.В. Указ. соч. С. 46.

ле Дании³⁹⁹, Финляндии⁴⁰⁰, а также США⁴⁰¹. Как правило, при рассмотрении спора, в котором требуется обращение к обычаям, американские суды при вынесении решения опираются на другие подобные дела, в которых был описан обычай. Таким образом, нормы обычного права в результате их применения судами превращаются в норму прецедентного права и становятся частью общего права. При этом, чтобы доказать, что решение, вынесенное в соответствии с национальным правом, соответствует международным стандартам, судья оправдывает применение права, установленного суверенным законодателем ссылками на право, разработанное учеными, которое воплощает правопорядок международного делового сообщества. Это происходит потому, что в вопросах международной торговли суверенный законодатель значительно менее компетентен и авторитетен, чем ученые – знатоки *lex mercatoria*, авторы Принципов УНИДРУА⁴⁰².

Отмеченная единообразная и систематическая практика обращения международных коммерческих арбитражей и национальных третейских судов при вынесении решений к обычаям международной торговли позволяет выделить следующую тенденцию их развития, а именно, избрание обычаев в качестве применимого к существу спора права.

³⁹⁹ См.: Дело от 15 февраля 2001 г. (Danish Supreme Court) // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010215d1.html>. Дата посещения: 15.01.2011.

⁴⁰⁰ См.: Дело от 29 января 1998 г. (Helsinki Court of Appeals) // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980129f5.html>. Дата посещения: 15.01.2011.

⁴⁰¹ Так, в одном из дел, рассмотренном американским судом, суд согласился с тем, что большие контейнеры могут перевозиться на палубе без уведомления об этом, поскольку перевозчик представил серьезные свидетельства о том, что в итальянском порту погрузки существует соответствующий обычай. Приводится по: Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 461. А в деле Женевской фармацевтической корпорации против Адвокатской компании (Geneva Pharmaceutical Tech. Corp. v. Barr Labs.) американский суд, руководствуясь «промышленными обычаями», пришел к выводу, что термин «коммерческое количество» является вполне определенным в соответствии с обычаями торгового оборота. Приводится по: DiMattco L. A., Dhooge L., Greene S., Maurer V., Pagnattaro M. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence // *Northwestern Journal of International Law and Business*. 2004. № 34. P. 338.

⁴⁰² Кукин А.В. Практика применения Принципов УНИДРУА // *Законодательство и экономика*. 1999. № 12. С. 17.

Обоснованность формулирования данной тенденции подкрепляется, помимо арбитражной практики, положениями национально-го законодательства большинства зарубежных стран, предусматривающими применение торговых обычаев. Так, Швейцарский Гражданский кодекс в ст. 1 содержит правило, согласно которому в случае отсутствия соответствующих норм в законе судья обязан принимать решение в соответствии с обычным правом. Статья 1046 Гражданского процессуального кодекса Франции устанавливает, что при рассмотрении споров, затрагивающих интересы участников международной торговли, арбитры применяют нормы права, выбранные сторонами, а также обычаи международной торговли. Аналогичная норма закреплена в праве Дании и Финляндии.

В качестве применимого права обычаи международной торговли могут быть избраны сторонами и согласно законодательству Англии, США. В соответствии с правом данных государств, чтобы правило поведения стало в итоге обычаем, оно должно длительно применяться, и в силу длительности применения того или иного правила поведения возникает презумпция знания обычая всеми лицами, действующими в данной сфере деятельности или проживающими на данной территории⁴⁰³.

По пути признания обычаев, в том числе в сфере международной торговли, в качестве применимого права пошли и некоторые страны Содружества Независимых Государств. Так, в ч. 1 ст. 6 Закона Украины «О внешнеэкономической деятельности» предусматривается: «Субъекты внешнеэкономической деятельности при составлении текста внешнеэкономического договора (контракта) имеют право использовать известные международные обычаи, рекомендации международных органов и организаций, если это не запрещено прямо и в исключительной форме этим и другими законами Украины»⁴⁰⁴. Такая норма закона позволяет контрагентам ли-

⁴⁰³ Гражданское и торговое право зарубежных государств. Указ. соч. С. 84.

⁴⁰⁴ Закон Украины «О внешнеэкономической деятельности» от 16.03.1991 года // ВВРУ. 1991. № 29. Ст. 377.

бо полностью воспроизвести содержание обычая в тексте контракта, либо путем соответствующей ссылки инкорпорировать в договор известную кодификацию обычаев международной торговли.

В ряде стран СНГ международные торговые правила и обычаи, в том числе документированные в публикациях МТП, прямо признаются в качестве источника правового регулирования не только трансграничных, но и внутренних, национальных, отношений. Причем, как показывает анализ законодательства стран-членов Содружества, в наибольшей мере такая закономерность характерна для сферы финансово-расчетных и, в первую очередь, аккредитивных или инкассовых отношений, международная практика сотрудничества по которым была обобщена МТП в виде Унифицированных правил (Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Унифицированные правила по инкассо).

Так, согласно ст. 918 ГК Туркменистана, если не согласовано иное, права и обязанности сторон определяются по утвердившимся обычаям документарного аккредитива или документарного инкассо в международном обороте. Закон Украины от 5 апреля 2001 года № 2346-III «О платежных системах и переводе денег в Украине» предусматривает, что общие принципы функционирования платежных систем Украины, помимо законов и нормативных правовых актов Национального банка Украины, регулируются Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов МТП, Унифицированными правилами по инкассо МТП, Унифицированными правилами по договорным гарантиям МТП и иными международно-правовыми актами по вопросам перевода денег (ст. 2). В соответствии с Банковским кодексом Республики Беларусь от 25 октября 2000 года действие международных правил и обычаев распространяется на внутренние аккредитивы в качестве договорного условия – в случае отсылки на них в тексте аккредитива (абз. 3 ст. 266). Закон Киргизской Республики от 23 июля 2002 года № 123 «Об аккредитивах» закрепляет: любая из сторон аккредитива (плательщик, банк-эмитент, исполняющий банк, полу-

чатель и любое лицо, назначенное получателем) может по договоренности с другой стороной определять условия аккредитива. В случае неполного определения условий аккредитива применяются условия, предусмотренные правилами Международной торговой палаты (п. 2 ст. 4); при открытии аккредитива должны быть соблюдены минимальные требования к форме и условиям аккредитива, определенные ГК Киргизской Республики, данным Законом, другими законами и нормативными актами Киргизской Республики, а также Правилами МТП (п. 3 ст. 4).

Таким образом, специальные правовые акты стран СНГ в ряде случаев, не регулируя отношения по существу, содержат прямые отсылки к обычаям международной торговли (в том числе опубликованным в документах МТП), признавая их в качестве источника правового регулирования внутренних расчетных отношений.

Характерно, что в ряде случаев отечественные суды также обращаются к обычаям международной торговли для урегулирования споров, вытекающих из так называемых «внутренних» гражданско-правовых договоров, не осложненных иностранным элементом⁴⁰⁵.

Изложенное выше позволяет выделить еще одну тенденцию развития обычаев международной торговли – расширение сферы их действия и стремление распространить ее не только на трансграничные торговые отношения, но и на внутринациональный оборот применительно к гражданско-правовым сделкам, лишенным традиционного для МЧП иностранного элемента. Как нам представляется, с введением с 1 января 2011 года в действие новой редакции сборника Инкотермс 2010, предусматривающей возможность применения Правил не только в договорах международной купли-продажи товаров, но и во внутринациональных контрактах того же рода, такая практика станет регулярной.

В литературе по международному частному праву указывают и на другую особенность применения иностранными судами обы-

⁴⁰⁵ См., к примеру: Постановление Пленума ВАС РФ от 25 марта 1997 года № 4670/96 // СПС «Гарант».

чаев, возникающих в трансграничном торговом обороте, которая заключается в том, что суды не требуют доказательств существования такого правила с незапамятных времен⁴⁰⁶. Данное обстоятельство, как нам представляется, заслуживает лишь положительной оценки, поскольку в значительной мере упрощает применение обычаев международной торговли на практике. Хотя в научной среде данная позиция разделяется далеко не всеми учеными.

Как известно, на сегодняшний день сложились две теории относительно природы знания субъектом, участвующим в трансграничной торговле, о существовании обычая: 1) субъективная теория, согласно которой стороны связаны только теми обычаями, о которых они имели представление в момент заключения контракта. Для признания силы того или иного обычая согласно данной теории необходимо доказать знание другой стороны о соответствующем правиле (данная теоретическая модель закреплена в законодательстве Германии, Австрии, США); 2) объективная теория, сторонники которой утверждают, что для сторон обязательны любые обычаи, объективно существующие в той или иной отрасли международной торговли (указанная модель отражена в законодательстве Франции, Бельгии). Объективная теория исходит из принципа профессиональной компетентности участников международной торговли, что следует трактовать как отсутствие необходимости доказывать указанный факт⁴⁰⁷.

Несмотря на отличия, обе теории не противоречат выводу о волевом избрании сторонами того или иного обычая в качестве применимого к их отношениям (или отказа от существующего обычая в качестве применимого для этих сторон)⁴⁰⁸. Вместе с тем, в литературе подчеркивается, что в настоящее время в международном обороте на первый план выходит не столько субъективный критерий (фактическое знание или незнание обычая определенным

⁴⁰⁶ Гражданское и торговое право зарубежных государств / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М.: Международные отношения, 2004. С. 71.

⁴⁰⁷ Аблезгова О.В. Обычаи международной торговли как основные источники *lex mercatoria* // Журнал российского права. 2008. № 4. С. 110.

⁴⁰⁸ Аблезгова О.В. Там же.

лицом), сколько объективный – широкая известность и постоянство соблюдения обычая⁴⁰⁹. Таким образом, декларируется, что фактическое знание обычая не обязательно, значение имеет то, что сторона, будучи профессионалом в данной сфере международной торговли, должна была знать о существовании обычая⁴¹⁰.

Наиболее характерными примерами применения обычая международной торговли независимо от фактического знания о нем являются следующие: 1) обычай, существующий на определенном товарном рынке, может быть применен к лицам, заключающим контракт на этом рынке, независимо от знания его такими лицами; 2) даже, если лицо выступает на рынке не самостоятельно, а через агента, подразумевается, что оно дало агенту полномочия осуществлять свою деятельность в соответствии с обычаями, действующими на данном финансовом рынке⁴¹¹.

Основываясь на изложенной позиции, вполне возможным представляется указание на такую тенденцию развития обычаев международной торговли, как отсутствие необходимости для сторон доказывать существование обычая в качестве фактического обстоятельства по делу.

В то же время подчеркнем, что арбитражная практика в рассматриваемом вопросе весьма противоречива. С одной стороны, имеют место случаи, по которым судом было вынесено решение без предъявления сторонам требования о доказывании существования того или иного обычая ввиду его общеизвестности. Показательны в связи с этим дела, решения по которым были вынесены с учетом обычая признания молчания в качестве свидетельства принятия предложенных условий об изменении договора⁴¹². С другой

⁴⁰⁹ Международное частное право. Учебник. В 2 т. Т.1: Общая часть / Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2011. С. 199.

⁴¹⁰ Там же. С. 199.

⁴¹¹ Международное частное право. Учебник / Под общ. Ред. Г.В. Петровой. М.: Издательство Юрайт, 2011. С. 91-92.

⁴¹² См.: Дело № 543 от 10 марта 1934 года. В кн.: Fouchard P. L'Arbitrage Commercial International. Paris, 1965. P. 432; См.: Дело от 5 июля 1995 г. (Appellate Court of Frankfurt) // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950705g1.html>. Дата посещения: 15.01.2011.

стороны, в практике МКАС при ТПП РФ имеются случаи, подтверждающие необходимость доказывания обычая в суде как одно из фактических обстоятельств по делу⁴¹³.

Из необходимости установления факта существования торгового обычая возникает вопрос: на кого будет возложено бремя доказывания обычая – на сторон, либо это будет обязанностью суда. Оба варианта находят применение в различных правовых системах. В английском и американском процессе содержание обычая входит в предмет доказывания, и бремя доказывания лежит на том лице, которое желает опереться на обычай⁴¹⁴. В странах континентального права традиционно суд *ex officio* выясняет содержание обычной нормы⁴¹⁵. Суд при этом должен использовать любые доступные источники информации: своды обычаев, справочники, отдельные справки, выдаваемые соответствующими организациями – торговыми палатами, биржами, торговыми ассоциациями и т.д., экспертные заключения сведущих в данной предпринимательской деятельности лиц.

Бывший председатель ВТАК Д.М. Генкин замечает, что наличие обычая может доказываться стороной по спору, а также устанавливаться арбитражной комиссией по собственной инициативе. Установленный обычай, по мнению указанного автора, является правовой нормой, применяемой к разрешению спора⁴¹⁶.

С общепринятой в науке позицией, устанавливающей необходимость доказывания существования обычая международной торговли, весьма трудно не согласиться. Вместе с тем, в контексте за-

⁴¹³ Дело МКАС при ТПП РФ № 107/2002 // Розенберг М.Г. Необходимость доказывания существования торгового обычая // *Эж-ЮРИСТ*. 2005. № 27. июль.

⁴¹⁴ См.: Чешир, Норт. *Международное частное право*. Гл. V. Пер. с англ. М.: Прогресс, 1982; Пучинский В.К. *Гражданский процесс США*. М.: Наука, 1979. С. 100.

⁴¹⁵ По праву Германии иностранное право подлежит доказыванию лишь в той мере, в какой оно не ясно судье. Судья не обязан ограничиваться материалами, представленными ему сторонами, а может пользоваться собственными источниками. То же в Швеции. См.: Чешир, Норт. *Указ. соч.* С. 150, прим. 5.

⁴¹⁶ Генкин Д.М. О работе Внешнеторговой арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате за 1957-1959 гг.: Сборник информационных материалов секции права ВТП. Вып. XI. М., 1961. С. 7.

явленной тематики настоящего исследования, с признанием обычаев международной торговли в качестве автономного источника права, равноценного по своей юридической силе национальным и международным источникам, такая необходимость, как нам представляется, в скором времени отпадет. Как следствие, преобладающей в вопросе природы знания субъектом о существовании обычая, окажется объективная теория. К тому же, определенные условия для восприятия данной теории российской правовой действительностью, по нашему мнению, уже созданы отечественным законодательством. Речь идет о ст. 1191 ГК РФ, устанавливающей порядок определения содержания норм иностранного права. Думается, что данная статья в порядке аналогии может быть применена и при установлении арбитражем содержания того или иного обычая международной торговли.

В заключение обратим внимание на такую тенденцию развития обычаев международной торговли, как применение их в практике разрешения международных коммерческих споров перед диспозитивными нормами национального или международного правопорядка.

На преимущественное применение обычаев международной торговли по сравнению с национальным законодательством указывает И.С. Зыкин: «...в праве Англии, США и Франции обычные правила могут применяться впереди тех норм закона и прецедента, от которых стороны могут отступать по своему соглашению. Что касается Франции, то там допускается также существование и применение обычаев, противоречащих императивным нормам закона. Таким образом, наличие соответствующей нормы в законе далеко не всегда является препятствием для применения обычного правила»⁴¹⁷.

Ряд зарубежных авторов придерживается аналогичных взглядов. Так, в комментарии к ст. 9 Венской конвенции 1980 года

⁴¹⁷ Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле // Юридические аспекты осуществления внешнеэкономических связей: Труды кафедры международного частного и гражданского права. М., 1979. С. 60.

Э. Бергстен с опорой на ее положения выстраивает следующую иерархию норм, регулирующих контрактные обязательства: 1) на первом месте находится контракт; 2) за ним следуют нормы обычаев международной торговли; 3) и лишь после обычаев подлежат применению нормы закона (в данном случае – Конвенции)⁴¹⁸.

Подобное толкование вопросов, связанных с применением торговых обычаев, является общепринятым в зарубежной юридической науке и практике. Профессор К. Драхозал отмечает в связи с этим: правила институциональных арбитражей и арбитражные законы, предписывающие арбитрам учитывать торговые обычаи, делают это безотносительно к национальному праву, из чего следует, что это предписание не является таким, которое всего лишь следует из внутреннего материального договорного права⁴¹⁹.

Справедливость изложенных научных доводов в поддержку выделенной тенденции подтверждает также практика Международного арбитражного суда МТП, где нередко встречаются решения, в которых обычаи международной торговли наделяются большей силой, чем диспозитивные нормы национального права и международных соглашений. Так, в одном из дел суд применил международные торговые обычаи как составную часть *lex mercatoria* вместо положений национального законодательства, определенного на основании коллизионных норм. При этом арбитраж указал, что закон страны продавца (*lex venditoris*) предусматривает слишком короткие сроки для проведения осмотра поставленного товара, что не соответствует общепринятым торговым обычаям, и использовал для решения дела соответствующие обычаи⁴²⁰. Аналогичное реше-

⁴¹⁸ Bergsten Eric E. Basic Concepts of the UN Convention on the International Sale of Goods. In: Das UNCITRAL-Kaufrecht zum Vergleich zum Österreichischen Recht. Peter Doralt ed., Vienna: Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1985. P. 20-21.

⁴¹⁹ Drahozal C.R. Op. cit. P. 109.

⁴²⁰ См.: Дело ICC № 5713/1989 // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/895713i1.html>. Дата посещения: 15.01.2011.

См. также комментарии данного дела: Petrochilos G. C. Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention // *Revue Hellenique de Droit International*. 1999. № 52. P. 201.

ние было принято арбитражем ad hoc в Буэнос Айросе в 1997 году, в котором суд отметил, что согласно п. 4 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже обычаи международной торговли имеют приоритет над любым национальным правом⁴²¹. Приоритет обычаев над нормами международных соглашений и, в частности, Венской конвенции, был подтвержден также в деле № 240 от 15 октября 1998 г., рассмотренном Австрийским Верховным судом⁴²², и в деле № 10 от 23 октября 1991 г., рассмотренном в Национальном коммерческом суде Аргентины⁴²³.

По мнению М.Г. Розенберга, приоритет обычаев международной торговли над национальным правом при разрешении конкретного спора может быть оправдан еще и тем, что в ряде случаев применение диспозитивной нормы отечественного законодательства, которая имеет общий характер и не предназначена для регулирования отношений по внешней торговле, вместо обычая делового оборота, широко известного в международной торговле и постоянно соблюдаемого сторонами в договорах данного рода, привело бы к результатам, противоречащим общепринятой практике международной торговли, и не соответствовало бы намерениям сторон, хотя прямо ими не выраженным. Поэтому, применяя отечественное законодательство к отношениям международной купли-продажи, следовало бы исходить из приоритета обычая над диспозитивной нормой закона⁴²⁴.

⁴²¹ Bonell M.J. The UNIDROIT Principles and Transnational Law // <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2/htm>. Дата посещения: 15.01.2011.

⁴²² См.: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html>. Дата посещения: 15.01.2011.

⁴²³ См.: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911023a1.html>. Дата посещения: 15.01.2011.

⁴²⁴ Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М.: Статут, 2006. С. 42.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В контексте современного системно-интегративного подхода к категории «источник права», получившего развитие как антипод позитивистской концепции правопонимания, происходит эволюция системы нормативного регулирования трансграничной торговли, позволяющая выделить 2 класса источников, регламентирующих отношения по ВЭС:

1) источники государственного регулирования, включающие нормы государственного происхождения и формирующиеся как результат правотворческой деятельности законодательных органов государственной власти, напрямую исходящие от государства или группы государств (внутригосударственные и международные источники, содержащие коллизионные и материальные нормы);

2) источники негосударственного регулирования (источники неформального права), содержащие нормы негосударственного происхождения и создаваемые непосредственно лицами, не облеченными публично-властными функциями, предполагающие свойственное международному публичному праву равенство круга субъектов правотворчества кругу субъектов правоприменителей. Это так называемые самоорганизующиеся, самоуправленческие источники регулирования ВЭС, действующие как «автопойетическая» нормативная система.

Проведенная классификация источников регулирования ВЭС свидетельствует о необходимости постепенного отхода в международном частном праве от формального толкования категории «источник права» и раскрытия ее через призму эффективности/неэффективности правового регулирования. Неслучайно в связи с этим предлагается оперировать терминами «правовой регулятор» или «источник регулирования». Данные термины более предпочтительны и универсальны, поскольку отражают одновременно внешнюю (формальную) и внутреннюю (регулятивную) стороны такого многоаспектного явления, как право. С другой стороны,

данные термины позволяют отойти от узкой трактовки источника права как внешней формы объективизации исключительно государственной воли и рассматривать его в широком смысле как совокупность нормативных регуляторов, которые не исходят непосредственно от государства, а являются результатом общественной, невластной деятельности, носят социально детерминированный характер.

Обращение к источникам негосударственного регулирования и использование их в практике разрешения споров, вытекающих из ВЭС, обусловлено целым рядом факторов:

1) неэффективность, инертность, неприспособленность источников государственного регулирования к актуальным потребностям глобального торгового рынка, излишний формализм процедуры имплементации таких источников в практике;

2) действие принципа автономии воли как формы выражения диспозитивного метода воздействия на трансграничные частноправовые отношения. Существование автономии воли допускает возможность замещения государства негосударственным субъектом в нормотворческой деятельности, что позволяет трактовать ее в широком смысле – не только как возможность избрания сторонами в качестве применимого национального правопорядка определенного государства или международного права, но и как способность установления в качестве регулятора «внезаконодательной» нормы;

3) «контрактуализация» права и, как следствие, переход от межгосударственного к частноправовому инструментарию регулирования международных коммерческих контрактов;

4) выполнение рассматриваемой группой источников специфических, только им присущих функций: а) функции восполнения пробелов в праве (когда тот или иной негосударственный инструмент формируется участниками внешнеторговой деятельности с целью заполнения правового вакуума, который остается в результате государственного воздействия на международные экономические отношения); б) унифицирующей функции (суть которой вы-

ражается в том, что негосударственные регуляторы как нормы, международные по способу их формирования, обеспечивают универсальность, единообразие в регулировании внешнеторгового оборота, способствуя в конечном итоге разрешению правовых коллизий и выступая наряду с международным договором еще одной формой существования материально-правового способа (метода) международного частного права).

В наиболее концентрированном виде качество автопойетизма проявляется в обычаях международной торговли, что выражается, в частности, в особом невластном порядке формирования обычаев при минимальном участии со стороны государства, и позволяет рассматривать обычаи международной торговли в качестве источника негосударственного регулирования ВЭС.

Проведенный в рамках монографии анализ позволяет сформулировать следующие новые признаки обычаев международной торговли как источника права: специфический субъект нормотворчества – международное бизнес-сообщество; достаточность признания со стороны официальных властей (*opinio juris*); общественные, внегосударственные механизмы гарантирования применения (деловая репутация, практика международных коммерческих арбитражей, регистрация обычаев в торгово-промышленных палатах); особую роль в установлении таких традиционных критериев обычая, как устойчивость, единообразие, широкая известность, длительность существования практики, играют новые универсальные формы объективирования обычаев международной торговли – акты неофициальной кодификации, а также иные формы письменной фиксации обычаев, как правило, в неправовых источниках (Инкотермс, Принципы УНИДРУА, Унифицированные правила МТП и пр.).

Обычай международной торговли в процессе правоприменения выполняет следующие функции:

- функция первичного нормативного регулирования трансграничных торговых отношений – обычай непосредственно применяется для регулирования трансграничных торговых отношений по

существу, а также для определения подлежащего применению права в отдельных сферах торговли;

- функция восполнения пробелов международных договоров – применение обычая международной торговли в таком случае исключает необходимость обращения к праву, применимому в силу норм международного частного права;

- функция толкования условий международных коммерческих контрактов.

Ретроспективный анализ существующих взглядов российских и иностранных исследователей позволяет выделить два основных подхода к проблеме соотношения обычаев и обыкновений международной торговли: 1) классический (традиционный) подход, дифференцирующий указанные понятия, и 2) современный (нетрадиционный) подход, рассматривающий обычаи и обыкновения как тождественные друг другу категории.

В пользу нетрадиционного подхода к соотношению обычая и обыкновения международной торговли свидетельствует практика международных коммерческих арбитражей, в том числе МКАС при ТПП РФ по рассмотрению споров, вытекающих из внешнеэкономических сделок. Также на аутентичность обычая и обыкновения международной торговли указывает законодательство ряда зарубежных государств (Испания, США, Германия, Япония), нормы отдельных международно-правовых актов (ст. 9 Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года), в которых конструкция слова «обычай» используется фактически в значении термина «обыкновение». Необходимость выделения в самостоятельную категорию обычая международной торговли (*trade custom*) обусловлена, по большей части, морфологическими нюансами существительных *trade custom* и *trade usage* и, в частности, тем, что термин «обыкновение» (*trade usage*) в английском языке лишено формы прилагательного, что обуславливает использование в форме прилагательного понятия «обычай» (*trade custom*).

Исследование таксономического аспекта обычаев международной торговли показало, что в условиях существенной трансформации современных трансграничных торговых отношений и в контексте п. 1 ст. 1186 Гражданского кодекса РФ обычаи, содержащие коллизионные нормы, могут стать источником коллизионных норм в сферах: электронной торговли (обычай применения права государства организатора электронных торгов, права места получения электронно-цифровой подписи, права, избранного оператором электронной торговой площадки); строительного подряда (обычай, согласно которому качество используемых для строительства стройматериалов определяется по праву государства, в котором находится коммерческое предприятие подрядчика); трансграничных контрактов с участием государства (обычай, в соответствии с которым при отсутствии прямой ссылки сторон на применимое право отношения, вытекающие из данных соглашений, будут регулироваться правом стороны-государства), а также в новых трансграничных договорных конструкциях.

Инкотермс, Принципы УНИДРУА, Унифицированные правила МТП, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии, Условия страхования грузов Объединения лондонских страховщиков и иные подобные документы не следует полностью отождествлять с обычаями международной торговли. Данные документы, являясь источниками транснационального «мягкого права», представляют собой один из способов кодификации обычаев международной торговли и придания им письменной формы, которые созданы в целях удобства и упрощения процесса использования обычаев в трансграничном торговом обороте, обеспечивая тем самым их единообразное толкование.

На основе проведенного анализа международной, отечественной и зарубежной арбитражной практики применения обычаев международной торговли выделены следующие тенденции их развития:

- 1) избрание обычаев международной торговли в качестве применимого к существу спора права;

2) расширение сферы действия обычаев международной торговли и распространение ее не только на трансграничные торговые отношения, но и на внутринациональный оборот применительно к гражданско-правовым сделкам, лишенным традиционного для международного частного права иностранного элемента;

3) постепенная трансформация обычаев международной торговли в формальный источник права и придание им силы норм закона;

4) применение обычаев в практике разрешения международных коммерческих споров перед диспозитивными нормами национального или международного правопорядка;

5) отсутствие необходимости для сторон доказывать существование обычая в качестве фактического обстоятельства по делу. Условия для укрепления данной тенденции в российской правовой действительности, по нашему мнению, уже созданы отечественным законодательством: представляется, что ст. 1191 ГК РФ, устанавливающая порядок определения содержания норм иностранного права, может быть применена в порядке аналогии и при установлении арбитражем содержания нормы обычая международной торговли.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

I. Нормативные источники

1) Международные договоры, конвенции, иные международные акты:

1. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.).
2. Конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 14 июня 1974 г.).
3. Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (Гаага, 22 декабря 1986 г.).
4. Конвенция о представительстве при международной купле-продаже товаров (Женева, 17 февраля 1983 г.).
5. Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге (Оттава, 28 мая 1988 г.).
6. Конвенция УНИДРУА о международном факторинге (Оттава, 28 мая 1988 г.).
7. Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (Вашингтон, 18 марта 1965 г.).
8. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.).
9. Конвенция ООН о морской перевозке грузов («Гамбургские правила») (Гамбург, 31 марта 1978 г.).
10. Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского Парламента и Совета от 17 июня 2008 года.
11. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004.
12. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010.

13. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года.
14. Инкотермс 2010. Публикация ICC № 715 = Incoterms 2010. ICC Publication No. 715: правила ICC для использования торговых терминов в национ. и междунар. торговле.
15. Резолюция Института международного права 1957 г. об арбитраже в международном частном праве.
16. Резолюция Института международного права об автономии воли сторон международных контрактов между частными лицами и образованиями 1991 г.

2) Законодательство РФ:

17. Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ, часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (с изменениями от 12.03.2014) // Собрании законодательства Российской Федерации от 5 декабря 1994 г. № 32 ст. 3301, от 29 января 1996 г. № 5 ст. 410, от 3 декабря 2001 г. № 49 ст. 4552.
18. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ (с изменениями от 03.02.2014) // Собрание законодательства Российской Федерации от 3 мая 1999 г. № 18 ст. 2207.
19. Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации от 7 марта 2001 г. № 24-ФЗ (с изменениями от 03.02.2014) // Собрание законодательства Российской Федерации от 12 марта 2001 г., № 11 ст. 1001.
20. Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» (с изменениями от 23.07.2008) // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 19 августа 1993 г., № 33 ст. 1309.

21. Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (с изменениями от 03.12.2008) // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 12 августа 1993 г., N 32. ст. 1240.
22. Федеральный закон от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с изменениями от 23.07.2013) // Собрании законодательства Российской Федерации от 12 ноября 2007 г. N 46 ст. 5557.

3) Документы, материалы судебной и арбитражной практики:

23. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (утв. приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 г. № 76) // СПС «ГАРАНТ».
24. Постановление Правления ТПП РФ № 117-13 от 28.06.2001 // http://www.tpprf-mkas.ru/en/component/docman/cat_view/77---.
25. Приказ Торгово-промышленной палаты РФ от 18 октября 2005 г. № 76 «О регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ» // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 2.
26. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ» // СПС «ГАРАНТ».
27. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1996 г. № 10 «Обзор практики рассмотрения споров по делам с участием иностранных лиц, рассмотренных арбитражными судами после 1 июля 1995 года» // СПС «ГАРАНТ».
28. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 «Обзор судебно-арбитражной

практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» // СПС «ГАРАНТ».

29. Регламенты международных арбитражных судов: Сборник / Сост. Л. Н. Орлов, И. М. Павлов. М., 2001.

30. Дело № 62/1998 (решение от 30.12.1998 года) // Арбитражная практика МКАС при ТПП РФ за 1998 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 1999.

31. Дело №255/1994 (решение от 11.06.1997 года) // Арбитражная практика за 1996-1997 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 1998.

32. Дело №406/1998 // Практика МКАС при ТПП РФ за 1999-2000 г.г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002.

33. Дело № 100/2002 (решение от 14.05.2004 года) // <http://www.tpprf-mkas.ru/ru/practice/booksartcs>.

34. Дело № 229/1996 (решение от 05.06.1997 года) // Практика МКАС при ТПП РФ за 1999-2000 г.г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002.

35. Дело № 302/1996 (решение от 27.07.1999 года) // Арбитражная практика за 1996-1997 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 1998.

36. Дело № 16/1999 (решение от 17.09.2001 года) // Практика МКАС при ТПП РФ за 1999-2000 г.г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002.

37. Дело № 107/2002 (решение от 16.02.2004 года) // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001-2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2004.

38. Дело № 107/2002 (решение от 16.02.2004 года) // Розенберг М.Г. Необходимость доказывания существования торгового обычая // эж-ЮРИСТ. № 27. июль. 2005.

39. Постановление ФАС МО от 12.02.2009 № КА-А40/276-09 // СПС «ГАРАНТ».

40. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16 января 2001 года // СПС «ГАРАНТ».

41. Дело ICC № 543 от 10 марта 1934 года // Fouchard P. L'Arbitrage Commercial International. Paris, 1965.
42. Дело ICC № 8324/1995 // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/9583241.html>.
43. Дело ICC № 5713/1989 // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/895713i1.html>.
44. Дело ICC №7903 // Н.А. Grigera Nayn. Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers. 2001.
45. Дело ICC № 9797/СК/AER/ACS от 28.07.2000. В кн.: Bonell M.J. A «Global» Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles. Arbitration International. Vol. 17, No. 3. 2001.
46. Дело от 15 февраля 2001 г. (Danish Supreme Court) // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010215d1.html>.
47. Дело от 29 января 1998 г. (Helsinki Court of Appeals) // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980129f5.html>.
48. Дело № 240 от 15 октября 1998 г. (рассмотрено Австрийским Верховным судом) // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html>.
49. Дело № 10 от 23 октября 1991 г. (рассмотрено в Национальном коммерческом суде Аргентины) // <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/911023a1.html>.
50. Дело № 17 (ad hoc Arbitration in Auckland, New Zealand). В кн.: Dessemontet François. Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Law // Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2002.
51. Решение от 30 июня 1997 (Federal Court of Australia) // <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/001103a3.html>.
52. Решение от 24 января 1996 года (Court of Appeal of Grenoble). В кн.: Bonell M.J. The UNIDROIT Principles and Transnational Law // <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2/htm>.

II. Литературные источники

1) Литературные источники на русском языке:

1. Аблезгова О.В. Нормы "lex mercatoria" в правовом регулировании международного коммерческого оборота: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2008.
2. Аблезгова О.В. Обычаи международной торговли как основные источники lex mercatoria // Журнал российского права. 2008. № 4.
3. Аблезгова О.В. Обычаи международной торговли как основные источники lex mercatoria // Журнал российского права. 2008. №4.
4. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т.1.
5. Алимжан К.А. Обычай как источник права в правовой системе Республики Казахстан. Интернет-ресурс: <http://www.yurclub.ru/docs/civil/article73.html>.
6. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том 1. Общая часть: Учебник. М.: Издательство БЕК, 2002.
7. Бардина М.П. Выбор сторонами применимых «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем // Международные отношения и право: взгляд в XXI век: Материалы конференции в честь Заслуженного деятеля науки РФ, д.ю.н., профессора кафедры международного права юридического факультета СПбГУ Л.Н. Галенской. С.-Пб., 2009.
8. Бардина М.П. Определение права, применимого к существу спора, в практике МКАС // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию МКАС при ТПП РФ / Отв. ред. А.С. Комаров. М.: Спарк, 2002.
9. Бардина М.П. Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем // Международное публичное и международное частное право. 2003. № 5.
10. Бахин С.В. Правовые проблемы договорной унификации // Московский журнал международного права. 2002. № 1(45).

11. Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права): Дисс. ...канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2003.
12. Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). Спб.: Изд.-во «Юридический центр Пресс», 2002.
13. Бахин С.В. Субправо: новые тенденции в унификации международного права // Правоведение. 2002. №1(240).
14. Бевзюк Е.А. Комментарий к ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 08.11.2007 г. / Под ред. Морозова С.Ю. Система ГАРАНТ, 2010.
15. Безбородов Ю.С. Роль норм мягкого права в международно-правовом регулировании // Международное публичное и частное право. 2004. № 6(21).
16. Белкин А.А. Обычаи и обыкновения в государственном праве // Избранные работы 90-ых годов по конституционному праву. – Спб.: Юрид. центр «Пресс», 2003.
17. Белов А.П. Международное предпринимательское право. Практическое пособие. М., 2001.
18. Белов А.П. Применимое право во внешнеэкономических сделках // Право и экономика. 1988. № 9.
19. Белов А.П. Применение иностранного права Международным коммерческим арбитражем // Право и экономика. 2001. № 7.
20. Богуславский М.М. Международное частное право. Учебник. М.: Юристъ, 2006.
21. Богуславский М.М. Международное частное право: современные проблемы. Учебник. М.: ТЕИС, 1994.
22. Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. Учебное пособие для высших юридических учебных заведений. СПб., 2001.
23. Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М., 1976.

24. Вельяминов Г.В. Конференция ООН по торговле и развитию // Советский ежегодник международного права. 1969. М., 1970.
25. Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс). Учебник. М.: Волтерс Клувер, 2004.
26. Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов, 3-е изд. М.: Юриспруденция, 2000.
27. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий / Под ред. В.М. Кулешова. М.: Юрид. лит., 1994.
28. Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4.
29. Викторова Н.Н. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года: толкование и применение национальными судами государств: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2006.
30. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: «Статут», 2004.
31. Вилкова Н.Г. Международные правила толкования торговых терминов – Инкотермс 2000 // Государство и право. 2000. № 9.
32. Вилкова Н.Г. Правила толкования международных торговых терминов Инкотермс 2000: Правовое регулирование и практика применения. М.: Статут, 2008.
33. Вилкова Н.Г. Применение ИНКОТЕРМС в практике МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1.
34. Вилкова Н.Г. Торговые обычаи в практике МКАС при ТПП РФ // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Сборник статей. М.: Спарк, 2002.
35. Вильнянский С.И. Обычай и правила социалистического общежития. Ученые записки Харьковского юридического института. 1954. Вып. 5.
36. Виноградов П.Г. Очерки по общей теории права. СПб., 1915.

37. Вопленко Н.Н. Источники и формы права: Учеб. пособие. Волгоград: Изд.-во ВолГУ, 2004.
38. Генкин Д.М. О работе Внешнеторговой арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате за 1957-1959 гг. // Сборник информационных материалов секции права ВТП. Вып. XI. М., 1961.
39. Генкин Д.М. О работе Внешнеторговой арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате за 1957-1959 г.г. // Сборник информационных материалов Секции права ВТП, выпуск XI. М., 1967.
40. Гражданское и торговое право зарубежных государств / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М.: Международные отношения, 2004.
41. Гетьман- Павлова И.В. Международное частное право. Учебник. М.: Изд.-во Эксмо, 2005.
42. Гражданское право В 4 т. Т. 1: Общая часть / Под ред. Е.А. Суханова. М.: «Волтерс Клувер», 2008.
43. Гранат Л.Н. Источники права // Юрист. 1998. № 9.
44. Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дисс. ...канд. юрид. наук. Самара, 2000.
45. Долинская В.В. Частноправовые формы и методы экономического саморегулирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2.
46. Ерпылева Н.Ю. Международное коммерческое право: новеллы правового регулирования международных контрактных обязательств // Адвокат. 2005. № 6, 8, 9.
47. Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: Учебник. М.: Юрайт, 2011.
48. Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М.: Издательство НОРМА, 2001.
49. Зеленин А.Д., Рыбаков С.А. Некоторые вопросы применения Инкотермс в договорной практике // Арбитражные споры. 2004. № 4 (28).

50. Зубарева Н.В. Реализация и применение международных частноправовых унифицированных норм рекомендательного характера // Журнал международного частного права. 2000. № 4(30).
51. Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М.: Междунар. отношения, 1994.
52. Зыкин И.С. Внешнеэкономические отношения: теория и практика правового регулирования: Дисс. ...докт. юрид. наук. М., 1991.
53. Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле: понятие, применение, формирование, применимое право и типовые контракты. М.: «Международные отношения», 1983.
54. Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 1979.
55. Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле // Юридические аспекты осуществления внешнеэкономических связей: Труды кафедры международного частного и гражданского права. М., 1979.
56. Иванюк О.А. Источник права: проблема определения // Журнал российского права. 2007. № 9.
57. Каминка А.И. Очерки торгового права / Под ред. и с пред. В.А. Томсинова. М.: «Зерцало», 2007.
58. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: основные регуляторы, их соотношение и взаимодействие: Дисс. ...докт. юрид. наук. М., 2009.
59. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки. Правовое регулирование. М.: Международные отношения. 2005.
60. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер. 2008.
61. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтерс Клувер. 2010.
62. Канашевский В.А. Концепция «lex mercatoria» в международном частном праве// Российский ежегодник международного права. СПб., 2008.

63. Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. Изд. 2-е доп. М.: Междунар. отношения. 2009.
64. Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. М.: Междунар. отношения. 2006.
65. Канашевский В.А. Международные (межгосударственные) обычаи как регуляторы частноправовых отношений // Государство и право. 2008. № 7.
66. Канашевский В.А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 8.
67. Канашевский В.А. Нормы международного права и гражданское законодательство России. М.: Междунар. отношения, 2004.
68. Караваева Я.Н. Понятие обычая делового оборота в российском и зарубежном гражданском праве // Научные труды Вятского социально-экономического института: Сборник научных статей. Киров: Изд-во ВСЭИ, 2004. Вып. 3.
69. Комаров А.С. Венская конвенция 1980 г. Принципы УНИДРУА // Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров. К 10-летию ее применения Россией / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2001.
70. Комаров А.С. Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // Вестник ВАС РФ. 2007. № 10.
71. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М.: Юрайт, 2004.
72. Комментарий к части третьей ГК РФ / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.
73. Корецкий В.М. Избранные труды: В 2 кн. / Под ред. В.Н. Денисова. Киев: Наук. дума, 1989. Кн. 1.
74. Краснов С.Ю. Обычно-правовое регулирование имущественных отношений у донских казаков во 2-ой половине XIX века (историко-правовой аспект): Дисс. ...канд. юрид. наук. Волгоград, 2003.

75. Ксенофонтова М.В. Современные международные экономические отношения. // Труды Оренбургского института. Вып. 8. Оренбург, 2007.
76. Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международных коммерческих обычаев как источников международного частного права // Право и экономика. 2007. № 8.
77. Кукин А.В. Практика применения Принципов УНИДРУА // Законодательство и экономика. 1999. № 12.
78. Лазарева Т.П. Влияние актов международной частноправовой унификации на национальное законодательство стран СНГ (на примере расчетных отношений) // Журнал российского права. 2001. № 5 (май).
79. Лившиц Р.З. Теория права. Учебник. М.: Издательство БЕК, 1994.
80. Ло Хаоцай. Возвышение общественного правления требует развития мягкого законодательства // Международное публичное и частное право. 2010. № 6 (57).
81. Лукашук И.И. Международное «мягкое» право // Государство и право. 1994. № 8/9.
82. Лукашук И.И. Нормы международного права. М.: Издательство «Спарк», 1997.
83. Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М.: Юрид. лит., 1972.
84. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М.: «Юрид. лит.», 1973.
85. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М.: «Юрид. лит.», 1975.
86. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М.: Спарк. 2002.
87. Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. Учебник. М.: Юрид. лит., 1984.
88. Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. 1998. № 2.

89. Мажорина М.В. Место права международной торговли в системе регулирования международных торговых отношений // *Lex russica*. 2009. № 3.
90. Мажорина М.В. Система регулирования международных торговых отношений // *Российское право в Интернете*. 2009. № 4.
91. Малкин О.Ю. Автономия воли во внешнеэкономических сделках: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2005.
92. Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Дисс. ...канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002.
93. Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // *Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики*. Ростов н/Дону, 1999.
94. Мата О.В. *Lex mercatoria* в качестве применимого права внешнеэкономического контракта // *Третейский суд*. 2004. № 3 (33).
95. Матвеева Т.В. К вопросу о «мягком праве» в регулировании международных частнопровых отношений // *Государство и право*. 2005. № 3.
96. Международное регулирование внешнеэкономической деятельности / Под общ. ред. В.С. Каменкова. М.: Изд.-во дел. и учеб. лит., 2005.
97. Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2010.
98. Международное частное право. Учебник / Под общ. ред. Г.В. Петровой. М.: Издательство Юрайт, 2011.
99. Международное частное право. Учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2011.
100. Мекка О., Штыкова Н. Применение судами обычаев делового оборота и торговых обыкновений // *Российская юстиция*. 2001. № 9.
101. Мережко А.А. Транснациональное торговое право (*lex mercatoria*). К.: Таксон, 2002.
102. Морозова Л.А. Теория государства и права. Учебник. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Эксмо, 2008.

103. Мун П.-Г. Глобальные вызовы человечеству: доклад Генеральной Ассамблее ООН / П.-Г. Мун // Спасение. 2008. № 11.
104. Муравский В.Н. Актуальное право: происхождение, сущность, источники, соотношение с законом. Екатеринбург, 2004.
105. Наумкина В.В. Обычай как источник права. Красноярск, 2006.
106. Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс в трех частях. М.: ОАО «Издательский дом «Городец», 2004.
107. Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М., 1998.
108. Нижечек В.И. Советское право в системе нормативного регулирования социалистических общественных отношений. Иркутск, 1973.
109. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1959.
110. Общая теория государства и права: Учебник для студентов юридических специальностей вузов / Под ред. М.В. Цвика, В.Д. Ткаченко, О.В. Петришина. Х.: Право, 2002.
111. Общая теория права человека / Под ред. Е.А. Лукашевой. М., 1996.
112. Общая теория права: Курс лекций / Под общ. ред. проф. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993.
113. Павлович Я.А. Независимые документарные обязательства: науч.-практич. изд. М.: Волтерс Клувер, 2006.
114. Покровская В.В. Организация и регулирование внешнеэкономической деятельности. Учебник. М.: Юристъ, 2000.
115. Порфирьева Е.К. Унификация правового регулирования условий внешнеэкономических контрактов в международном частном праве: Дисс. ...канд. юрид. наук. Х., 2000.
116. Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности / Под ред. д.ю.н., профессора А.С. Комарова. М.: ООО «Издательско-Консалтинговая Компания «ДеКа», 2001.

117. Правотворчество в СССР / Под ред. А.В. Мицкевича. М.: Юридическая литература, 1974.
118. Проблемы общей теории прав и государства: учеб. для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д-ра юрид. наук, проф. В.С. Нерсесянца. М.: НОРМА, 2004.
119. Прохачев А.В. Обычай в системе форм права: вопросы теории: Дисс. ...канд. юрид. наук. Ростов-на-дону, 2002.
120. Рамзайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи: Сборник / Под ред. М.В. Нестерова и К.К. Бахтова. М.: Внешторгиздат, 1958.
121. Ровный В. В. Ровный В. В. Обычай в частном праве. Иркутск, 2004.
122. Ровный В.В. Обычай в современном обороте / Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права / Под ред. В.Ф. Попондопуло, О.Ю. Скворцова. Сборник научных статей. Выпуск 5. М.: «Волтерс-Клувер», 2005.
123. Розенберг М.Г. Арбитражная практика за 1996-1997 гг. М.: Статут, 1998.
124. Розенберг М.Г. Венская конвенция 1980 г. в Практике МКАС при ТПП РФ // Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров. К 10-летию ее применения Россией / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2001.
125. Розенберг М.Г. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года // Закон. 1995. № 12.
126. Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 2003.
127. Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 3-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2006.
128. Розенберг М.Г. Необходимость доказывания существования торгового обычая // эж-ЮРИСТ. 2005. № 27. июль.

129. Розенберг М.Г. Обзор практики разрешения споров МКАС при ТПП РФ за 2003-2004 гг. Интернет-ресурс: <http://www.tpprf-mkas.ru/ru/practice/booksartcs>.
130. Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999-2000 гг. М.: Статут, 2002.
131. Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2003 г. М.: Статут, 2004.
132. Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001-2002 гг. М.: Статут, 2004.
133. Розенберг М.Г. Практика разрешения споров в МКАС при ТПП РФ // Хозяйство и право. 2005. № 6.
134. Рубанов А.А. Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // Советский ежегодник международного права. М., 1987.
135. Спиридонов Л.И. Теория государства и права: Учебник. М.: Проспект, 2000.
136. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 1997.
137. Тихомиров Ю.А. Нормативное регулирование: взлет или кризис? // Журнал российского права. 2006. № 4.
138. Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М., 2000.
139. Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дисс. канд. юрид. наук. Саратов, 1999.
140. Тункин Г.И. Основы современного международного права. М., 1956.
141. Фоновина О.В. Применение Инкотермс в международном и внутреннем торговом обороте. М.: Зерцало, 2008 // СПС Гарант.
142. Царегородская Е.В. Правовой обычай: сущность и механизм действия: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2004.
143. Царегородская Е.В. Структура правового обычая в истории правовой мысли // Правоведение. 2007. № 1 (270).

144. Цитович П.П. Учебник торгового права. Вып. I. Киев, 1891 // СПС Гарант.
145. Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. Пер. с англ. С.Н. Андриановой / Под ред. М.М. Богуславского. М., ПРОГРЕСС, 1982.
146. Чичнева Е.А. Актуальные проблемы современного права, или новое правовое мышление // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2001. №2.
147. Чубарь А.А. Инкотермс 2000: новые положения и проблемы применения в Украине // Правила Инкотермс 1990-2000: Комментарии и аналитические материалы. Киев: Юстиниан, 2002.
148. Шапира Ж. Международное право предпринимательской деятельности. М., 1993.
149. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (издание 9-ое, второе посмертное). М., Московское научное издательство, 1919 г. // СПС «Гарант».
150. Шихата И. Правовая реформа. Теория и практика. М., Белые альвы, 1998.
151. Шумилов В.М. Международное публичное экономическое право. Учебное пособие. М.: НИМП, 2002.
152. Щекина Е.А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. Монография. Х.: МП «Крок», 2007.

2) Литературные источники на иностранных языках:

153. A Language We All Understand // Export Trade. Nov./ Dec. 1999.
154. Bainbrige S. Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention // Virginia Journal of International Law. 1984. № 8.
155. Baxter R. International Law in "Her Infinite Variety" // International and Comparative Law Quarterly, 1980. Vol. 29. Part 4.

156. Berger K.P. International economic arbitration. Boston: Kluwer law and taxation publishers deventer, 1993.
157. Berger K.P. The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // Law and Policy in International Business. 1997. № 4.
158. Berger K.P. Transnational Commercial Law in the Age of Globalisation // Saggi, conferenze e seminari 42. Roma, 2001.
159. Berman H.J., Dasser F.J. The “New” Law Merchant and the “Old”: Sources, Content, and Legitimacy // Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant.
160. Black’s Dictionary of Law / by Bryan A. Garner. Thomson West, 2004.
161. Bonell M.J. An International Restatement of Contract Law. 3rd ed., New York, 2005.
162. Bonell M.J. The UNIDROIT Principles and Transnational Law // <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2/htm>.
163. Brunner Cristoph. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-performance in International Arbitration. Kluwer Law International BV. The Netherlands, 2009.
164. Building Contract Dictionary / by D. Chappell, D. Marshall, S. Cavender & the Estate of Vincent Powell-Smith, 2001.
165. Calliess G.P. Frankfurt/Main Reflexive Transnational Law. The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private // Zeitschrift Rechtssoziologie. 2002. Heft 2.
166. Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law / Henry Gabriel. NY USA. Oceana Publications, Inc., 2004.
167. DiMattco L.A. The Law of International Contracting. Kluwer Law International, The Hague, 2000.
168. Drahozal C.R. Arbitration by the Numbers: The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration. Arbitration International. Vol. 22, № 2. 2006.

169. Dupuy R.-J. *Droit Declaretoire et Droit Programmatoire: De la coutume sauvage a la "Soft Law"*. L'elaboration du droit international public. Paris, 1975.
170. Elcin Mert. *The Applicable Law to International Commercial Contracts and the Status of Lex Mercatoria – with a Special Emphasis on Choice of Law Rules in European Community*. LL.M. in International and Comparative Law, 2006.
171. Felemegas John. *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge, 2007.
164. Frenkel T. *Without Law, but not Lawless* // *Duke Journal of Comparative and International Law*. 1998. № 2.
165. Friedman Lawrence M., *American Law in the 20th Century*, New Haven: Yale University Press, 2002.
166. Gailard Emmanuel. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?* *Arbitration International*. – Volume 17, Number 1, 2001.
167. *Gale Encyclopedia of American Law*. Vol. 10. Gale Group, 2010.
168. Gold J. *Strengthening in Soft International Law of Exchange Arrangements* // *The American Journal of International Law*, 1983. Vol. 77. №3.
169. Goldman B. *The Applicable Law: General Principles of Law – Lex Mercatoria* // *Contemporary Problems of International Arbitration* / In J. Lee (ed) *Contemporary Problems of International Arbitration*. London, Center for Commercial Law Studies, 1986.
170. Goldstajn A. *Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention* // *International Sales of Goods: Dubrovnik Lectures*. – Peter Sarcevic and Paul Volken eds.: Oceana Publ., 1986.
171. Goode R. *Usage and its Reception in Transnational Commercial Law* // *New Developments in International and Consumer Law*. The In-

ternational Academy of Commercial and Consumer Law and the contributors severally. Hart Publishing, Oxford, UK, 1998.

172. Goode R. The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration // *Arbitration International*. 2001. № 1. Vol. 17.

173. Highet K. The Enigma of the Lex Mercatoria // *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant. Revised Edition* / ed. Carbonneau. Kluwer Law International. 1998.

174. Houtte H.V. The Law of International Trade. London: Sweet and Maxwell, 1995.

175. Kassis A. L'arbitre, les conflits et la lex mercatoria // *Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international* / Antaki N. & Prujiner F., editors. 1986.

176. Kaufmann-Kohler G. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity // *Journal of International Dispute Settlement*. 2010. № 2 Vol.1.

177. Klabbers J. The Redundancy of Soft Law // *the Nordic Journal of International Law*, 1996. 65 (2).

178. Lando O. The Law Applicable to the Merits of the Dispute // *Essays on International Commercial Arbitration*. Boston. London.: Sarcevic, 1991.

179. Lowenfeld A. Lex Mercatoria: An Arbitrator's View / In Carbonneau (ed.) *Lex Mercatoria: An Arbitration*. New York, Transnational Juris Publications. 1990.

180. New Developments in International and Consumer Law. The International Academy of Commercial and Consumer Law and the contributors severally. Hart Publishing, Oxford, UK, 1998.

181. Roberts J. International Sale of Goods. In *International Transactions. Trade and Investment, Law and Practice*, Ed. by Wilde M., The Law Book Company Limited, Melbourne, 1993.

182. Sanson Michelle. *Essential International Trade Law*. Cavendish Publishing Limited, UK, 2002.

183. Sciedl-Hochenweldern H. *International economic law. Collected course*. H., 1988.

184. Shelton D. Law. Non-Law and the Problem of “Soft Law”. In: Shelton D, editor. Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international system. Oxford: Oxford University Press, 2000.
185. Shmitthoff Clive M. Select Essays on International Trade Law / edited by Chia-Jui Cheng. Kluwer Academic Publishers. 1988.
186. Simma B. Concent: Strains in the Treaty System. The Structure and Process of International Law / Ed. By Macdonald R., Johnston D. The Hague, 1983.
187. Slaughter A.M. International Law in a World of Liberal States // European Journal of International Law. 1995.
188. Spanolge J. A. Incoterms and UCC Article 2 - Conflict and Confusion. 31 Int'l Law. 111, 113 (1997).
189. Starke J. Introduction to International Law, 10-th ed., 1989.
190. Teubner G. Breaking Frames. Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria // European Journal of Social Theory 5(2). 2002.
191. Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society // Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State. Brookfield: Dartmouth, 1997.
192. Text of Secretariat Commentary on article 8 of the 1978 Draft (draft counterpart of CISG article 9) // <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-09.html>.
193. Walt S. Novelty and the Risks of Uniform Sales Law. 39 VA. J. Int. L. 671 (1999).

Научное издание

А. А. Дьяконова

**ОБЫЧАЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
В СИСТЕМЕ РЕГУЛИРОВАНИЯ
ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СДЕЛОК**

МОНОГРАФИЯ

ISBN 978-5-4417-0382-6



ООО ИПК «Университет»
460007, г. Оренбург, ул. М. Джалиля, 6.
E-mail: ipk_universitet@mail.ru
Тел./факс: (3532) 90-00-26

Подписано в печать 19.06.2014 г.
Формат 60x84¹/₁₆. Бумага писчая.
Усл. печ. листов 13,2. Тираж 300 (1-ый завод – 30). Заказ 139.

Отпечатано с готового оригинал-макета
в редакционно-издательском отделе
Оренбургского института (филиала)
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
