

На правах рукописи



003446223

АБЛЕЗГОВА ОЛЕСЯ ВИКТОРОВНА

**Нормы «lex mercatoria» в правовом регулировании
международного коммерческого оборота**

Специальность 12 00 03 – гражданское право, предпринимательское право,
семейное право, международное частное право

**Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

Москва – 2008

18 СЕН 2008

Работа выполнена на кафедре международного права Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Российская академия правосудия»

Научный руководитель: доктор юридических наук, профессор
Татьяна Николаевна Нешатаева

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор
Иван Семенович Зыкин

кандидат юридических наук
Диана Эриховна Столетова

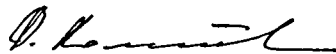
Ведущая организация: Бурятский государственный университет

Защита состоится «26» сентября 2008 г. в 12 часов 00 минут на заседании диссертационного совета Д 170.003.02 при Российской академии правосудия по адресу. 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, 69-А, зал диссертационного совета

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Российской академии правосудия.

Автореферат разослан «__» _____ 2008 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета



С П. Ломтев

I ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ДИССЕРТАЦИОННОЙ РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. XX столетие ознаменовалось бурным всплеском международных экономических отношений, что привело к увеличению объемов мировой торговли и ускорению товарооборота между контрагентами из различных государств. Однако на фоне динамичных изменений отношений в международном коммерческом обороте, правовое регулирование данных отношений не подвергалось радикальной трансформации. Продолжали действовать традиционные средства – коллизионные и материально-правовые нормы национального законодательства участников спора либо нормы международных договоров.

Любые активно развивающиеся явления требуют адекватного регулирования, поскольку при отсутствии такового невозможно достижение целей, которые преследуют участники международного коммерческого оборота. При этом механизм регулирования должен соответствовать, с одной стороны, интересам рынка, а, с другой, – потребностям самих участников торговых отношений.

Объективной реальностью сегодняшнего дня является неспособность национальных законодательств полностью урегулировать весь спектр отношений, возникающих в процессе осуществления международного коммерческого оборота. Именно по этой причине перед исследователями указанных проблем справедливо возник вопрос: каким образом и какими способами необходимо осуществлять регулирование международного коммерческого оборота.

Ответ был найден при обращении к историческим корням регулирования международной торговли, что привело к возрождению концепции *lex mercatoria* на современном этапе.

В российской юриспруденции указанная проблема не получила должного рассмотрения. Поэтому, актуальность настоящего исследования состоит в том, что оно является первой попыткой рассмотрения *lex mercatoria* с точки зрения возможности практического применения негосударственных невластных регуляторов международной торговли. Впервые был представлен детальный анализ зарубежной доктрины.

ны и практики, а также сформулировано собственное понимание сущности столь неоднозначного явления как *lex mercatoria*

Для России процессы, происходящие на арене международной торговли, имеют особое значение. Переговоры по вступлению нашей страны во Всемирную торговую организацию находятся на завершающем этапе. Открывая границы для иностранного капитала, следует ожидать еще большего увеличения объемов международной торговли. Российские предприниматели, заключая контракты со своими зарубежными партнерами, должны быть готовы принять «правила игры», используемые на международном уровне. Поэтому, содержание данного исследования станет актуальным, в том числе и для российских участников внешнеэкономической деятельности, поскольку раскрывает сущность, понятие и основные источники *lex mercatoria*

Исходя из этого, целью диссертационного исследования стало установление роли норм *lex mercatoria* в правовом регулировании отношений, складывающихся в международном коммерческом обороте. Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

- 1 проведение историко-юридического анализа особых методов регулирования международной торговли,
- 2 выявление наличия или отсутствия связи современной концепции *lex mercatoria* с одноименным правовым явлением средневековья,
- 3 определение понятия и сущности современного *lex mercatoria*,
- 4 исследование состава и правовой природы источников *lex mercatoria*, а также их соотношения с правом,
- 5 анализ порядка применения норм *lex mercatoria* в процессе разрешения споров международным коммерческим арбитражем

Объектом исследования выступили частноправовые отношения, возникающие в связи с осуществлением международного коммерческого оборота

Предметом исследования в работе явилось содержание нормативных актов, международных соглашений, арбитражных решений, а также доктрины по вопросам регулирования международного коммерческого оборота

Методология исследования. При написании диссертации были применены общие научные методы анализа и синтеза, методы наблюдения и сравнения, индукции и дедукции. Для достижения целей автор использовал также частные научные методы, характерные для юридической науки: метод определения (относительно понятия «lex mercatoria», понятия «источник lex mercatoria»), метод классификации (источников lex mercatoria, отношений, входящих в предмет регулирования), системно-структурный метод (lex mercatoria рассматривается как система, которая состоит из совокупности элементов (источников), непосредственно регулирующих отношения, возникающие в международном коммерческом обороте), функциональный метод (сущность lex mercatoria исследована через функции), исторический метод (lex mercatoria рассмотрено в процессе развития), сравнительно-правовой метод (исследование осуществлено с привлечением нормативного и теоретического материала, сформированного в разных правовых системах). Таким образом, метод исследования носит комплексный характер.

Теоретическую основу настоящего исследования составляют работы известных советских и российских цивилистов, коллизнистов и теоретиков права: С.С. Алексеева, Л.П. Ануфриевой, М.И. Байтина, С.В. Бахина, А.П. Белова, М.М. Богуславского, Г.М. Вельяминова, Н.Г. Вилковой, Л.Н. Галенской, Г.К. Дмитриевой, В.Г. Ермолаева, В.В. Ершова, А.Н. Жильцова, И.С. Зыкина, Г.Г. Иванова, В.А. Кабатова, Е.В. Кабатовой, В.А. Канашевского, Б.Р. Карабелникова, А.С. Комарова, В.М. Корельского, В.М. Корецкого, С.Б. Крылова, В.В. Лазарева, В.И. Леушина, Л.А. Лунца, А.Л. Маковского, К.И. Мальшева, А.В. Малько, Г.В. Мальцева, П.И. Матузова, Н.И. Марьшевой, Д.И. Мейера, В.П. Мозолина, А.И. Муранова, С.А. Муромцева, В.А. Мусина, Т.Н. Нешатаевой, И.Б. Новицкого, Л.В. Петровой, В.Д. Первалова, И.С. Перетерского, В.С. Позднякова, И.А. Покровского, В.Ф. Попондопуло, Д.Ф. Рамзайцева, М.Г. Розенберга, О.Н. Садикова, А.Г. Светланаова, О.В. Сивакова, Е.А. Суханова

ва, Ю К Толстого, В Л Толстых, В А Удинцева, Г Ю Федосеевой, Р О Халфиной, П П Цитовича, А Ф Черданцева, Г Ф Шершеневича и др (всего более 170 источников на русском языке)

Большую роль в развитии рассматриваемой концепции сыграли разработки зарубежных специалистов в области международного частного права – Ю Базедова, Дж Бамудо (G Bamodu), К Бергера (K Berger), Г Бермана (H Berman), М Бонелла (M Bonell), П Борхеса (P J Borchers), Дж Бэрона (G Baron), М Брунетти (M Brunetti), В Вилкинсона (V Wilkinson), Э Галларда (E Gaillard), Б Голдмана (B Goldman), А Гольдштейна (A. Goldstajn), Р Давида, Ф Дассера (F Dasser), Дж Деломе (G Delaume), И Дэрэйнса (Y. Derains), Р Зиммерманна (R Zimmermann), Ф Канна (P Kahn), Т Карбоне (T Carbonneau), С Кауфмана (C Kaufman), Х Кетца, Ж Крука (J R Crook), П Лагарда (P Lagarde), Е Лангена (E Langen), О Ландо (O Lando), А Лоунфельда (A Lowenfeld), Ф де Лу (F De Ly), П Майера (P Mayer), А Ф Манируззмана (Abul F M Maniruzzaman), Ф Манна (F A Mann), М Мустила (M Mustill), Ч Молино (C Molineaux), К Д Мосс, П Най (P Nygh), Дж Нинг (J Ning), Ф Османа (F Osman), Ж Паульсона (J Paulsson), М Прайльза (M Pryles), Э Рабеля (E Rabel), Х Смита (H Smit), С Стоукера (C Stoecker), Г Тойбнера (G Teubner), У Тетлея (W. Tetley), А Тынеля, Я Функа, Ф Фучара (F Fouchard), К Хайета (K Hight), В Хвалей, Дж Хоннольда (J Honnold), Н Хорна (N Horn), Б Хоффманна (B Hoffmann), К Цвайгера, Дж Чешира, Ж Шапира, К Шмиттгоффа (K Schmitthoff) и др

Помимо специальных монографий, непосредственно посвященных проблемам *lex mercatoria*, автором использовались статьи по указанной проблематике на английском, французском, немецком, итальянском и испанском языках (всего более 160 источников на иностранных языках)

Нормативной основой исследования явились

1 Международные договоры – Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г, Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., Конвенции ООН об иско-

вой давности в международной купле-продаже, Европейская конвенция о внешне-торговом арбитраже 1961 г и др

2 Действующее российское законодательство – Гражданский кодекс РФ, Гражданский процессуальный кодекс РФ, Арбитражный процессуальный кодекс РФ, Кодекс торгового мореплавания РФ, Закон РФ от 7 июля 1993 г «О международном коммерческом арбитраже» и др

3 Акты рекомендательного характера, разработанные международными организациями Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципы европейского договорного права, Принципы транснационального гражданского процесса, Правила транснационального гражданского процесса, типовые законы ЮНСИТРАЛ, акты Международной торговой палаты и др

4 Обычай и обыкновения, применяемые в международной торговле

Эмпирической базой исследования послужила практика ведущих мировых центров по разрешению международных коммерческих споров В частности, было использовано более 10 решений Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (г Москва), более 20 решений Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (г. Париж), а также решения Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Швейцарии (г Лозанна), Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (Швеция), Лондонского международного третейского суда, Международного арбитражного суда Федеральной палаты экономики (Вена, Австрия) и др

Научная новизна исследования заключается в определении правовой природы норм *lex mercatoria* и выявлении их роли в правовом регулировании международного коммерческого оборота Кроме того, наряду с изучением норм *lex mercatoria* в тесной взаимосвязи с национальным, международным частным и международным правом, доказана возможность рассмотрения *lex mercatoria* в качестве самостоятельного регулятора международных коммерческих отношений

В результате проведенного исследования на защиту выносятся следующие положения:

1 На протяжении всей истории развития торговых отношений существовал особый метод регулирования таких отношений, сущность которого сводилась к саморегуляции. Причиной его существования является чрезвычайная динамичность и многообразие международных коммерческих отношений, влекущие неэффективность национально-правового регулирования.

2 *Lex mercatoria* – это совокупность правил поведения, выработанных участниками международного коммерческого оборота в ходе осуществления своей деятельности и применяемых при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем.

3. Сферой применения норм *lex mercatoria* становится совокупность отношений, складывающихся в международном коммерческом обороте, в том числе непосредственные торговые отношения (отношения, возникающие в процессе осуществления торговых операций), и отношения, выполняющие вспомогательную функцию.

4 Система источников *lex mercatoria* состоит из совокупности негосударственных невластных регуляторов международной торговли, т.е. правил поведения, а также актов, не имеющих общеобязательной юридической силы, которые становятся обязательными для субъектов международного торгового оборота в случае прямого или косвенного отказа от применения норм национального права какого-либо государства. Характерной особенностью норм *lex mercatoria* является их международная природа. Вырабатываются эти нормы международным деловым сообществом в процессе его деятельности.

5. Вовлечение в процесс правового регулирования норм *lex mercatoria* осуществляется при применении обычаев международной торговли, использовании норм *lex mercatoria* при выработке нормативных актов, а также в случае признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

6. Установление содержания норм *lex mercatoria* происходит при помощи международной коммерческой арбитражной практики, наделяющей такие нормы регулятивными свойствами, поскольку все чаще и чаще возникает возможность раз-

решения международных коммерческих споров без применения национального права стран-участниц спора, а только на основании норм *lex mercatoria*

В настоящее время *lex mercatoria* становится более эффективным регулятором международного товарооборота, нежели традиционное коллизионное регулирование, нормы *lex mercatoria* вырабатываются и санкционируются на применение самими участниками. В связи с этим, предлагается признать возможность использования при разрешении спора не только коллизионного метода, и норм *lex mercatoria*

7 При рассмотрении международным коммерческим арбитражем спора из договора, содержащего ссылку на *lex mercatoria*, отказ от использования *lex mercatoria* в качестве применимого права является недопустимым, поскольку искажает волю сторон в выборе норм, на основании которых должен быть разрешен их спор

Практическая значимость исследования.

Данное диссертационное исследование может способствовать развитию теории международного частного права, поскольку возникают предпосылки для развития концепции *lex mercatoria* в российской юридической науке

Материалы и выводы настоящего исследования могут быть применены при подготовке специалистов в области международного частного права. Работа может быть использована для разработки специального курса, посвященного проблемам *lex mercatoria*, для специальностей «Юриспруденция» и «Международные отношения»

Кроме того, содержащийся в диссертации анализ международных норм (например, обычаев международной торговли) может быть использован в практической деятельности участниками международного коммерческого оборота

Материалы настоящего исследования могут стать значимыми и для судебных органов Российской Федерации, поскольку автор раскрывает порядок применения норм *lex mercatoria* при рассмотрении споров, возникающих из международного товарообмена

Апробация результатов научного исследования. Основные положения диссертации были изложены в докладах на научно-практических конференциях, в том

числе международных и всероссийских, которые проходили в городах Екатеринбург, Киеве, Москве, Самаре, Саратове. По теме диссертационного исследования опубликовано 9 научных публикаций.

Положения диссертации были использованы в научно-педагогической деятельности соискателя в рамках преподавания курсов «Международное частное право», а также «Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности»

Структура диссертационной работы и ее содержание подчинены целям и задачам исследования, которые и определили логику изложения. Работа состоит из введения, трех глав и заключения

II. ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновываются актуальность темы, цели, задачи, теоретико-методологическая основа и эмпирическая база исследования, раскрывается научная новизна, практическое значение работы, формулируются положения и выводы, выносимые на защиту

Первая глава «Формирование методов правового регулирования международного коммерческого оборота» состоит из двух параграфов

Изучение истории становления международных торговых отношений, *в первом параграфе «Предпосылки зарождения особых методов правового регулирования международного коммерческого оборота»*, приводит к выводу о наличии предпосылок для последующего формирования *lex mercatoria* еще в период в ранней античности (V – IV вв. до н.э.)

Расцвет Римского государства (III – II вв. до нашей эры) привел к изменению жизненного уклада, постепенно происходила замена натурального хозяйства товарным производством. Сложившееся в древности гражданское право (*jus civile*) перестало соответствовать возникшим более сложным и разнообразным отношениям. Это привело к становлению новой схемы регулирования – право народов (*jus gentium*). Изучение правовой природы *jus gentium* позволило прийти к выводу, что

«право народов» является немаловажным элементом в истории становления *lex mercatoria*.

В XI – XII веках на смену «темных веков» истории приходит период политического, культурного и экономического (или коммерческого) Ренессанса. Именно Средневековье подарило новому методу регулирования международной торговли термин, используемый сегодня – *lex mercatoria*. Впервые в письменных источниках данный термин появляется примерно в конце XIII века (1280 г – трактат «Малая красная книга города Бристоля», 1290 г – Судебник Флета). Однако наибольшую известность и историческую ценность представляет монография Джерарда Малинеса «*Lex mercatoria or the Ancient Law-Merchant*» (Торговое право или древний купеческий закон), изданная в 1622 г в Лондоне.

Среди причин появления *lex mercatoria* автор выделяет положения исторического и правового характера:

К историческим причинам отнесены:

1) *экономическая* – бурное развитие торговли после периода почти полной стагнации товарообмена непосредственным образом отразилось на выработку норм, регулирующих процесс торговли,

2) *социальная* – возникает сословное обособление и определенная степень сплоченности части средневекового общества (купечества),

3) *политическая* – имела место заинтересованность королевской и феодальной власти в наличии постоянного источника поступления налогов и сборов.

Правовыми причинами зарождения *lex mercatoria* признаются:

1) *материально-правовая* – купечество осуществляло свою деятельность вне территориальных пределов государств и законы отдельной страны не могли стать основой правового регулирования торгового оборота,

2) *процессуальная* – возникает необходимость в выработке более эффективных процедур осуществления судопроизводства применительно к спорным торговым правоотношениям, при этом главным качественным критерием становится быстрота разрешения споров.

Характерными чертами средневекового lex mercatoria стали

- 1) космополитический характер,
- 2) основным источником выступал торговый обычай,
- 3) особое значение имел принцип справедливости,
- 4) существовала специальная процедура судопроизводства по торговым спорам

На основе анализа исторического материала, были выделены этапы становления особых методов регулирования международной торговли греческий (V - III вв до н.э), римский (III в до н.э – 212 г н.э), эпоха Средневековья (с XI в до XVI-XVII вв), новое время (XVIII – XIX вв)

Во втором параграфе «Возрождение и развитие концепции lex mercatoria в новейшее время» рассматривается история становления теоретических основ, ставших базисом для современной концепции lex mercatoria

Установлено, что ключевыми звеньями в цепочке предпосылок, которые привели к становлению современного lex mercatoria, являются масштабное развитие мировой экономики начала XX века, социально-политические настроения в обществе, царившие в начале XX века, усиление сплоченности международного делового сообщества и появление новых форм объединения интересов – международных организаций (МТП, УНИДРУА и др.) Кроме того, в послевоенный период происходит увеличение притязаний национальных законодателей одновременно с резким усилением объемов международной торговли. Следствием этого явилось формирование в научных кругах окончательной убежденности в необходимости «иных» форм регулирования международных торговых правоотношений. Это привело к окончательному оформлению к середине 60-х годов взглядов основоположников концепции современного lex mercatoria – Б. Голдмана, А. Голдштейна и К. Шмиттгоффа.

Во второй главе «Правовая природа современного lex mercatoria» анализируются мнения ведущих специалистов в области международного частного права на предмет lex mercatoria, формируется авторская точка зрения на сущность понятия lex mercatoria, исследуются основные характерные черты современного lex mercato-

ria, сфера применения данных норм, а также перспективы развития концепции *lex mercatoria*

В первом параграфе «Суцность современного lex mercatoria и его соотношение с правом» автор рассматривает доктринальные воззрения на понятие «*lex mercatoria*» и выделяется четыре группы мнений зарубежных ученых

1 *Lex mercatoria* – это транснациональное коммерческое (или торговое) право, которое претендует на роль автономного (или «третьего») правопорядка (Б Голдман, К Шмиттгофф, А Голдштейн, Ф де Лу, Г-П Каллисс и др),

2 *Lex mercatoria* – это совокупность норм, регулирующих международную торговлю, куда входят общие принципы права, обычные нормы, типовые контракты, а также положения международных конвенций и соглашений (О Ландо, Ф Дассер, Б Клемадес, С Плен и др),

3 *Lex mercatoria* – это обычай и обыкновения международной торговли. Применение данных норм носит факультативный характер и имеет место только в тех случаях, когда возникает необходимость устранения пробелов национального законодательства (В Парк, Ж Паульсон и др),

4 *Lex mercatoria* – это мифическая концепция, не обладающая достаточным уровнем стабильности и формальности для того, чтобы регулировать международную торговлю (П Лагард, Г Батиффоль, Дж Деломе, М Мустилл, Ф Манн, К Хайет и др)

Далее автор констатирует, что в настоящее время в российской доктрине отсутствует самостоятельное определение понятия «*lex mercatoria*» Некоторое исключение составляет работа Н А Карсаковой «Теория *lex mercatoria* в юридической доктрине и практике», где представлен анализ доктрины по проблеме *lex mercatoria*, рассмотрены особенности использования норм необязательной природы при разрешении споров в международном коммерческом арбитраже и национальных судебных органах и сделан вывод, что *lex mercatoria* не составляет «правовой системы» в свете понимания права, основанного на позитивистском подходе, который в целом поддерживается российской правовой наукой

Однако большинство российских исследователей в области международного частного права предпочитают цитировать западные разработки, снабжая их критическими замечаниями относительно неясной правовой природы рассматриваемой концепции

Автор настоящего исследования формирует собственное понимание правовой сущности рассматриваемого явления, указывая, что *lex mercatoria* – это совокупность правил поведения, выработанных участниками международного коммерческого оборота в ходе осуществления своей деятельности и применяемых при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем

Рассматривая соотношение и взаимосвязь *lex mercatoria* с правом, диссертант делает вывод, что, несмотря на достаточно аргументированные доводы сторонников «третьей правовой системы», *lex mercatoria* не может быть признано совокупностью правовых норм

Однако, не являясь правом, *lex mercatoria* создает базис для более эффективного правового регулирования. Нормы *lex mercatoria* являются, своего рода, «предправовыми» или «доправовыми». Право позволяет сторонам обращаться к *lex mercatoria* в том случае, когда отсутствуют нормативно-правовые предписания. В момент такого обращения происходит вовлечение *lex mercatoria* в правовое регулирование. Выделяются следующие способы вовлечения норм *lex mercatoria* в правовое регулирование международного коммерческого оборота

1 *Придание обычаю международной торговли статуса юридически обязательной нормы*. Обычаи международной торговли существуют, своего рода, в двух воплощениях. Прежде всего, обычай, как правило, сформировавшееся в деловой среде. И обычай как норма права, которая становится таковой, когда получает официальное одобрение государства. Таким образом, обычай является одновременно и источником права, и источником *lex mercatoria*.

Примеры подобного одобрения многочисленны как в национальном законодательстве (ст. 28 Закона РФ от 07 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»), ст. 5, 421 Гражданского кодекса РФ, ст. 346 Торгового кодек-

са Германии, ст 1 287 Гражданского кодекса Испании, ст 1(2) Гражданского кодекса Швейцарии, ст 3 11 Гражданского кодекса Нидерландов, ст 6 Торгового кодекса Чили), так и в международных актах (п 2 ст 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров)

2 *Использование норм lex mercatoria для создания нормативно-правовых актов* Формируясь как совокупность наиболее логичных для регулирования международной торговли правил, lex mercatoria аккумулирует наработки, которые впоследствии могут быть заимствованы национальным правом или универсальными международными соглашениями. Указанный процесс автор наглядно демонстрирует на примере формы международного коммерческого контракта

3 *Признание силы арбитражных решений, вынесенных на основании норм lex mercatoria* В том случае, когда стороны соглашаются на применение к возникшему спору норм lex mercatoria либо сам арбитраж приходит к выводу о необходимости использования таких норм, возникает ситуация, когда государство не может не признать силу арбитражного решения Государство, даровав сторонам возможность выбора применимого права, в виде признания силы принципа автономии воли, осуществляет придание обязательной силы решению, вынесенному с учетом реализации воли сторон

Рассмотрев практику признания арбитражных решений, вынесенных на основе норм lex mercatoria (например, решение по делу Norsolor v. Pabalk Ticaret Limited Sirketi – признано судами Франции и Австрии, решение по делу Compania Valenciana de Cementos Portland v Primary Coal Inc – судом Франции, решение по делу Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft v Shell International Petroleum Co Ltd – Палатой Лордов Великобритании, решение по делу Cubic Defense Sys, Inc – судом американского штата Калифорния и др), а также проведя анализ п 1 (d) ст V Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, автор приходит к выводу, что отказ в использовании lex mercatoria в качестве применимого права является недопустимым, поскольку искажает волю сторон в выборе норм, на основании которых должен быть разрешен их спор Указанные

действия автор считает необходимым рассматривать как нарушение принципа автономии воли.

Выделяются *характерные особенности норм lex mercatoria*

1 Нормы lex mercatoria имеют международный характер Национальное право разрабатывается для регулирования отношений, в том числе и коммерческих, в рамках одного правового поля, ограниченного суверенитетом соответствующего государства. Однако международная торговля не может возникать на основе воли определенного законодателя. Думается, не разумно пытаться подчинить отношения более широкого содержания (международные коммерческие отношения) регулятору, который ограничен пределами действия в рамках одной правовой системы. Ограниченность касается, прежде всего, механизмов упорядочения торговых процессов. Создавая нормы для внутренней торговли, национальный законодатель стремится разработать максимально эффективную систему норм именно внутреннего оборота, не учитывая при этом специфики осуществления той же деятельности, но в иных территориальных пределах.

2 Нормы lex mercatoria выработаны и действуют в рамках особого социума – международного делового сообщества Сформировавшись как сословие купцов, пройдя стадию класса буржуазии, в современном мире появляется новое социальное образование, которое следует именовать международным сообществом деловых людей (некоторые исследователи используют специальный термин – *societas mercatorum* – деловое (или коммерческое) сообщество).

Во втором параграфе «Сфера применения lex mercatoria» рассматривается совокупность отношений, регулируемых нормами *lex mercatoria*. Автор указывает, что основной целью существования и развития всей системы *lex mercatoria* является упорядочение отношений, возникающих в международном коммерческом обороте.

Обращается внимание, что недопустимо сужать понятие *lex mercatoria* до способа регулирования торговли в узком смысле, т.е. как процесса обмена товарами. Сделки, совершаемые в международном коммерческом обороте, могут включать куплю-продажу, перевозку, страхование, банковские операции, сделки с собствен-

ностью, в том числе касающиеся интеллектуальной собственности, и иные подобные сделки

При этом такие отношения следует рассматривать как совокупность двух групп коммерческих отношений

1) отношения, возникающие в процессе осуществления торговых операций (непосредственные торговые отношения),

2) отношения, возникающие по поводу совершения торговых сделок (отношения, опосредующие торговый оборот) и выполняющие обслуживающую (вспомогательную) функцию при осуществлении непосредственных торговых отношений

В третьем параграфе «Перспективы развития концепции lex mercatoria» автор пытается проследить прогрессирующую роль норм lex mercatoria в регулировании международного коммерческого оборота

Вслед за идеями Л Гумпловича, Д А Керимова, М М Ковалевского, диссертант указывает на объективные предпосылки для изменения понятия «право», на необходимость корректирования теоретических воззрений в связи с динамичными изменениями, происходящими в современном мире

Безусловно, в настоящее время, пока еще разрозненные нормы lex mercatoria не обладают достаточной степенью определенности. Тем не менее, имеет место проявление некоторых тенденций к возможному формированию «третьего правопорядка», границы которого будут определяться не территорией, как это имеет место в отношении права определенного государства, а волей международного делового сообщества

Обращено внимание на то, что, несмотря на доктринальную невозможность признания lex mercatoria «правом» или «правовой системой», международная арбитражная практика уже сейчас рассматривает lex mercatoria как достаточно эффективный регулятор международной торговли, поскольку все чаще возникает возможность разрешения споров на основании норм lex mercatoria без применения национального права участников спора, но с учетом публичного порядка и сверхимперативных норм

Третья глава «Источники *lex mercatoria* и порядок их применения» посвящена одной из ключевых проблем рассматриваемой концепции – построение системы источников *lex mercatoria*. Прежде всего, раскрывается понимание данной проблемы в отечественной и иностранной доктрине (*первый параграф Сравнительный анализ понятия источников lex mercatoria*).

Источником *lex mercatoria*, по аналогии с категорией «источник права», автор предлагает признать внешнюю форму (или объективизацию) выражения воли участников международного коммерческого оборота

Широкий спектр мнений на источники *lex mercatoria*, диссертант классифицирует в зависимости от правовой силы регуляторов, включаемых в данное понятие

К первой группе причисляются исследователи, которые придерживаются всеобъемлющего подхода к определению источников *lex mercatoria* и включают в это понятие международные соглашения, общие принципы права, международные торговые обычаи и обыкновения, типовые контракты, акты международных организаций, арбитражные решения и т.д. (Б. Голдман, К. Шмиттгофф, Ф. де Лу, А. Голдштейн, О. Ландо, А.А. Мережко)

Вторая группа исследователей несколько ограничивает широту источников *lex mercatoria*, включая туда общие принципы права, международные торговые обычаи и арбитражные решения (например, Ж. Паульсон)

Наконец, третья группа ученых рассматривает понятие источников еще более сдержанно, именуя источниками *lex mercatoria* международные торговые обычаи обыкновения и общие принципы права (Ф. Дассер), общие принципы права и некодифицированные торговые обычаи (Р. Гуд) либо только обычаи и обыкновения (А. Тынель, Я. Функ, В. Хвалей)

На основе анализа теоретического и практического материала, автор приходит к выводу, что источниками *lex mercatoria* является совокупность негосударственных невластных регуляторов международной торговли, т.е. правил поведения, также актов, не имеющих общеобязательной юридической силы, которые становятся обязательными для субъектов международного торгового оборота в случае пря

мого или косвенного отказа от применения национального права какого-либо государства. Конкретными источниками признаются обычаи и обыкновения международной торговли, заведенный порядок, типовые контракты, практика международного коммерческого арбитража и иные нормы, выработанные участниками международных коммерческих отношений в процессе своей деятельности

Во втором параграфе «Обычаи и обыкновения международной торговли как источники lex mercatoria» рассматривается процесс складывания обычаев первоначально они вырабатываются как неправовые социальные нормы, а далее происходит их трансформация в нормы правовые. Данный процесс имеет место в силу признания за ними способности к регулированию общественных отношений, однако сущности обычая такая ситуация не изменяет. Обычай – это нормы, сложившиеся без учета воли национального законодателя.

Обычай международной торговли рассматривается как правило поведения, обладающее широкой известностью и обязательностью для профессиональных участников определенной сферы международного коммерческого оборота, вне зависимости от наличия или отсутствия ссылки на него в контакте. Выделяются *характерные признаки обычаев международной торговли*: 1) обычаями являются те правила поведения, которые складываются в результате их многократного единообразного применения, 2) правила носят универсальный характер применительно к той или иной области международного товарооборота, 3) указанные правила сохраняются в течение длительного периода времени в постоянном, неизменном виде, 4) правила обладают широкой известностью в той или иной сфере международной коммерческой деятельности применительно к контрактам определенного вида, 5) участие в международной коммерческой деятельности предполагает автоматическое принятие указанных правил в качестве регулятора, даже если не было прямо выраженного согласия на их использование.

Автор указывает, что ведущие центры международного коммерческого арбитража признают обычай в качестве важнейшего элемента в регулировании международных торговых отношений (§ 26 Регламента Международного коммерческого ар-

битражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, ст 17 Арбитражного регламента Международной Торговой Палаты (Париж), ст 16 Регламента по арбитражу Международного арбитражного суда Федеральной палаты экономики Австрии и др)

Обращается внимание на то, что обычаем международной торговли следует признавать правило поведения, обладающее широкой известностью и обязательностью для профессиональных участников определенной сферы международного коммерческого оборота, вне зависимости от наличия или отсутствия ссылки на него в контракте. В настоящее время мировая практика идет по пути признания принципа профессиональной компетентности, в силу которого стороны обязаны соблюдать любые обычаи, *объективно существующие* в той или иной отрасли международной торговли. Это подтверждается многочисленными арбитражными решениями (например, решение Морского и Коммерческого суда Копенгагена от 31 января 2002 г по делу Dr S Sergeev Handelsagentur v DAT-SCHAUB A/S)

В третьем параграфе «Акты неофициальной унификации как источники норм lex mercatoria» рассматривается правовая природа и значение для регулирования международных коммерческих отношений актов рекомендательного характера, принимаемых различными международными организациями. На примере Принципов международных коммерческих договоров (ред 1994 и 2004 гг), Принципов европейского договорного права, Инкотермс, Унифицированных правил для регулирования отдельных видов расчетов, разработанных МТП, Йорк-Антверпенских правил об общей аварии и иных актов освещаются новейшие тенденции в практике применения данных норм.

Кроме того, анализируется соотношение Принципов международных коммерческих договоров и Принципов европейского договорного права, Принципов международных коммерческих договоров и Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, в результате чего автор приходит к выводу о большей способности к регулированию международного товарооборота актов неофициальной унификации по сравнению с международными договорами.

В четвертом параграфе «Иные источники lex mercatoria» рассматривается правовая природа таких понятий как заведенный порядок, типовые, стандартные контракты, а также арбитражная практика

Под заведенным порядком автор понимает определенную модель поведения, сложившуюся между сторонами международного коммерческого контракта и неоднократно применяемую в однородных ситуациях в течение определенного периода времени. Подтверждение подобной позиции обнаруживается в различных национальных законодательствах (п. 2 ст. 431 ГК РФ, ст. 213 ГК Украины, ст. 125 Закона о договорном праве КНР, § 1-205 Единообразного торгового кодекса США), а также судебной практике (решение Французского апелляционного суда от 13 сентября 1995 г. и др.)

Другими источниками lex mercatoria признаются типовые контракты, формуляры, стандартные условия договора, которые получают все большее и большее распространение. Основной целью использования данных форм регулирования коммерческих отношений является стремление сторон к увеличению динамики товарообмена.

Одним из важнейших элементов в структуре источников lex mercatoria является практика международного коммерческого арбитража. Совокупность решений принимаемых международным коммерческим арбитражем на основе lex mercatoria формирует особую группу норм, именуемую некоторыми исследователями – lex mercatoria arbitralis. К показателям эффективности деятельности международного коммерческого арбитража отнесены два факта: 1) увеличение объема работы мировых арбитражных центров (если в период с 1977 по 1981 гг. Международный арбитражный суд при МТП разбирал около 243 запросов на рассмотрение спора, то с начала 2000 г. ежегодно принимает почти 600 запросов в год), 2) появление новых центров разрешения международных коммерческих споров (например, в Гонконге, Лос-Анжелесе, Мельбурне, Ванкувере и др.)

Отмечается, что международная природа источников имеет ряд преимуществ применительно к регулированию торгового оборота – осуществление регулирования

исключительно на основе универсальных материальных норм и принципа автономии воли; быстрота разработки и практического внедрения норм *lex mercatoria*, содержание норм *lex mercatoria* адекватно потребностям динамично развивающегося торгового оборота

Указанные обстоятельства, по мнению автора, убедительно доказывают, что конвенционный, а, тем более, коллизионный метод уже не способны к эффективному регулированию. Именно поэтому, новые методы регулирования, такие как *lex mercatoria*, становятся универсальными применительно к целям современного коммерческого оборота

Анализ практики ведущих арбитражных центров *в пятом параграфе «Порядок применения норм lex mercatoria»* позволил сделать вывод о применении норм *lex mercatoria* при наличии определенных условий в следующих случаях

1 При наличии прямой ссылки на lex mercatoria в международном коммерческом контракте В указанной ситуации имеет место форма прямого отказа от использования национального права какой-либо страны путем закрепление в договоре прямой ссылки на *lex mercatoria* или аналогичные положения (решение МКАС при ТПП РФ по делу № 11/2002, решение Международного арбитражного суда при МТП по делу № 7110)

2 При отсутствии в международном коммерческом контракте указания на выбор применимого права Подобную ситуацию предлагается рассматривать как форму косвенного отказа сторон от использования норм национального права какой-либо страны. Поскольку, если бы стороны имели намерение подчинить свои отношения праву конкретного государства, то соответствующая ссылка была бы закреплена в договоре. В противном случае стороны, вероятно, либо не смогли согласовать, какой именно правовой системе подчинить договор, либо не посчитали возможным вообще привязывать свой контракт к определенной национально-правовой системе (решения Международного арбитражного суда при МТП по делу № 7375 от 05 июня 1996 г ; делу № 8220 от 27 сентября 1996 г)

3 Применение lex mercatoria наряду с национальным законодательством и международными нормами Если стороны выбрали в качестве применимого права какую-либо национально-правовую систему, то нормы lex mercatoria также могут использоваться. Целью их применения в такой ситуации будет: 1) устранение пробелов национального законодательства, а также международных конвенций, соглашений и иных актов, 2) интерпретация, толкование договорных условий, 3) толкование, дополнение положений, закрепленных в праве конкретной страны, в соответствии с целями международной торговли (решение Международного арбитражного суда при МТП по делу № 7365, решение арбитража ad hoc от 10 декабря 1998 г., рассмотренное в Буэнос-Айресе, решения МКАС при ТПП РФ по делу № 100/2002 от 19 мая 2004 г., по делу № 217/2002 от 06 сентября 2002 г., делу № 174/2003 от 12 декабря 2004 г.)

Особо обращается внимание, что при рассмотрении международным коммерческим арбитражем спора с применением норм lex mercatoria необходимо учитывать публичный порядок и сверхимперативные нормы права стран участников спора (решение Международного арбитражного суда при МТП по делу № 5485 от 18 августа 1987 г.), а также международный (или транснациональный) публичный порядок (решения Международного арбитражного суда при МТП по делам № 6474, № 9479)

Сделав в контракте ссылку на lex mercatoria, стороны ожидают применения соответствующих норм, а не выбор какого-либо национального права с помощью коллизионных норм. Возникновение обратных ситуаций, по мнению диссертанта, может оказаться опасным для будущего международного коммерческого арбитража. Когда арбитры позволяют себе исключать или заменять правила, предусмотренные сторонами в качестве применимого права, решение, выносимое вопреки воли сторон, неминуемо влечет за собой утрату доверия к институту коммерческого арбитража со стороны международного делового сообщества.

В заключении излагаются основные результаты исследования и делаются теоретические выводы.

Основные положения диссертационного исследования отражены в опубликованных автором по теме диссертации научных работах. В изданиях, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки РФ, были опубликованы следующие статьи

1 Обычаи международной торговли как источники *lex mercatoria* // Журнал российского права – 2008 – № 4 – С 107-112

2 Порядок применения норм *lex mercatoria* международным коммерческим арбитражем // Хозяйство и право – 2007 – № 12 – С 109-113

В иных изданиях представлены следующие работы

3 К вопросу о правовой природе *lex mercatoria* (торгового права) // Актуальные проблемы современной юридической науки и практики Сборник научных трудов – Саратов Изд-во Саратовского государственного университета Саратов, 2006 – С 124-128.

4. Концепция *lex mercatoria* в международном частном праве // Материаль международной межвузовской научной конференции студентов и аспирантов «Внешнеэкономическая политика как механизм реализации национальных интересов» – Киев Изд-во Украинской академии внешней торговли Киев, 2006 – С 192-195

5. Феномен «*lex mercatoria*» в международном частном праве // Материаль международной межвузовской конференции аспирантов и студентов «Традиции и новации в системе современного российского права» – М. Изд-во Московской государственной юридической академии, 2006 – С 235-236

6 Перспективы развития концепции «*lex mercatoria*» в международном частном праве // Материаль международной межвузовской научной конференции «Традиции и новации в системе современного российского права» – М. Изд-во Московской государственной юридической академии, 2005 – С 139-141

7. *Lex mercatoria* как универсальный регулятор международной торговли. Актуальные проблемы частноправового регулирования. Материаль международной научной конференции молодых ученых – Самара: Универс-групп, 2005 – С. 423-426

8 Негосударственные формы правового регулирования внешнеэкономической деятельности // Материалы международной научно-практической конференции «Правовые проблемы регулирования экономических отношений», проводимой в рамках Международного научного конгресса «Проблемы качества экономического роста» – Самара Изд-во Самарской государственной экономической академии, 2004 – С 6-8.

9 Участие в международном коммерческом обороте как предпосылка формирования правовой культуры в РФ // Материалы Международной межвузовской конференции аспирантов и студентов «Формирование российской правовой культуры в период становления рыночной экономики» – М Изд-во Московской государственной юридической академии, 2004 – С 98-101

АБЛЕЗГОВА ОЛЕСЯ ВИКТОРОВНА

**Нормы «lex mercatoria» в правовом регулировании
международного коммерческого оборота**

**Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук**

Оперативная полиграфия
Российской академии правосудия
Тираж 150 экз.