



Электронное научное издание
«Ученые заметки ТОГУ»
2014, Том 5, № 4, С. 879 – 886

Свидетельство
Эл № ФС 77-39676 от 05.05.2010
[http://pnu.edu.ru/ru/ejournal/about/
ejournal@pnu.edu.ru](http://pnu.edu.ru/ru/ejournal/about/ejournal@pnu.edu.ru)

УДК 340.151

© 2014 г. **Н. П. Зарубина**, канд. юрид. наук,
Н. О. Пустельникова

(Тихоокеанский государственный университет, Хабаровск)

LEX MERCATORIA КАК ВНЕГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРАНСГРАНИЧНЫХ СДЕЛОК

В статье исследуются обычаи международной торговли как единообразные международные правила, которые не имеют обязательной юридической силы.

Ключевые слова: lex mercatoria, трансграничные отношения, международная торговля, обычаи торгового оборота.

N. P. Zarubina, N. O. Pustylnikova

LEX MERCATORIA AS NON-STATE REGULATION OF CROSS-BORDER TRANSACTIONS

The article examines the practices of international trade as a uniform international rules which are not legally binding.

Keywords: lex mercatoria, transnational trade relations, international trade, customs trade.

Двадцатое столетие ознаменовалось всплеском международных экономических отношений, что привело к увеличению объемов мировой торговли и ускорению товарооборота между различными государствами. Однако на фоне динамики изменений отношений в международном коммерческом обороте, правовое регулирование данных отношений не подвергалось изменению. Продолжали действовать традиционные методы — коллизионные и материально-правовые нормы национального законодательства участников спора либо нормы международных договоров.

В последнее время все отчетливее проявляется существование определенной группы отношений, регулирование которых выходит за рамки указанных уровней. Объективной реальностью сегодняшнего является неспособность национальных законодательств полностью урегулировать весь спектр отношений, которые возникают 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 [11].

Современное *lex mercatoria* — одно из самых противоречивых явлений в международном частном праве, вокруг которого ведутся многочисленные споры.

Сложность современного *lex mercatoria* заключается в том, что в доктрине отсутствует единое понимание сущности, природы и содержания этого явления. Современная теория *lex mercatoria* разрабатывается в доктрине права с 1950-х гг., но до сих пор учёные не смогли прийти к единому пониманию природы *lex mercatoria*, не смогли сформулировать точное определение, которое действительно отражало бы всю сущность данной теории, а не отдельные её компоненты.

Сегодня в зарубежной и отечественной науке выделяют несколько подходов к пониманию и сущности *lex mercatoria* [12]:

1. *Lex mercatoria* - это транснациональное коммерческое (или торговое) право, которое претендует на роль автономного (или «третьего») правопорядка (Б. Голдман, К. Шмиттгофф, А. Голдштейн, Г.-П. Каллис и др.); *Lex mercatoria* - это автономное право международной торговли, автономный правопорядок, зародившийся спонтанно сторонами внешнеэкономических сделок и существующий независимо от национальных правопорядков. Стороны могут при помощи контракта урегулировать свои отношения, используя тот источник права, который они сами выбирают. Одним из самых ярких представителей «автономного подхода» является профессор Б. Голдман. Он рассматривает *law merchant* как автономную систему права международного сообщества коммерсантов, существующую независимо от конкретных национальных систем [9]. Современные сторонники данной концепции исходят из достаточности применения *lex mercatoria* для разрешения международных коммерческих споров без необходимости использования национального права. *Lex mercatoria* имеет вненациональный характер.

2. *Lex mercatoria* — совокупность норм, достаточная для разрешения международных коммерческих споров, действующих альтернативно по отношению к национальному праву. Иными словами, *lex mercatoria* не является самодостаточной системой, регулирующей все аспекты международного коммерческого права. *Lex mercatoria* может служить в качестве альтернативы коллизионно-правовому методу, достаточно сложному и трудоемкому. Такую позицию высказывал, в частности, профессор А. Лоунфельд [10]. Представители этого подхода видят в *lex mercatoria* полезный инструмент для арбитров и судей в виде дополнительной возможности в

поиске применимого права.

3. *Lex mercatoria* практически полностью отвергается, а если и рассматривается, то как дополнение к применимому национальному праву, существующее в качестве консолидации обычаев и установившейся практики в международной торговле. Источники *lex mercatoria* применяются судами и арбитражами лишь как положения, косвенно включенные в контракт. Сторонники данной позиции критично относятся к *lex mercatoria* и не склонны считать его автономной системой. Данное явление существует в несколько ином статусе, например, как «субправо» или «параюридическая система» («*paralegal law*»).

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.).

В настоящее время в российской доктрине отсутствует самостоятельное определение понятия «*lex mercatoria*». Большинство российских исследователей в области международного частного права цитируют западные определения, снабжая их критическими замечаниями относительно неясной правовой природы рассматриваемой концепции.

Поэтому, из-за отсутствия самостоятельного определения понятия *lex mercatoria* в российской доктрине, предлагается подход к пониманию юридической природы *lex mercatoria* как совокупности правил поведения, которые выработаны участниками международного коммерческого оборота при осуществлении своей деятельности и которые применяются при рассмотрении споров между ними международным коммерческим арбитражем.

Основной целью существования и развития всей системы *lex mercatoria* является упорядочение отношений, возникающих в международном коммерческом обороте.

Нормы *lex mercatoria* являются внесударственным регулированием трансграничных сделок. Стороны могут обратиться к *lex mercatoria* в следующих случаях:

- в случае прямой ссылки на них в контракте на основе автономии воли сторон
- в случаях, когда невозможно установить применимое право;
- для толкования и восполнения пробелов национально-правового и международно-правового регулирования.

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.ст. 5, 421 Гражданского кодекса РФ [7], ст. 346 Торгового кодекса Германии, ст. 1(2) Гражданского кодекса Швейцарии, ст. 3:11 Гражданского кодекса Нидерландов), 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 можно наглядно продемонстрировать 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* а также опираясь на п. 1 (а) ст. V Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, можно прийти 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 [3]. Указанные действия нужно считать необходимым рассматривать как нарушение принципа автономии воли.

Острые дискуссии вызывает также вопрос источников *lex mercatoria*. Одной из ключевых проблем рассматриваемой концепции является построение системы источников *lex mercatoria*.

Источником *lex mercatoria*, по аналогии с категорией «источник права», следует признавать внешнюю форму выражения воли участников международного коммерческого оборота.

Широкий спектр мнений на источники *lex mercatoria* можно классифицировать в зависимости от правовой силы регуляторов, включаемых в данное понятие [14].

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 сдержано, именуя источниками *lex mercatoria* международные торговые обычаи, обыкновения и общие принципы права (Ф. Дассер), общие принципы права и неcodифицированные торговые обычаи (Р. Гуд) либо только обычаи и обыкновения (А. Тынель, Я. Функ, В. Хвалей).

В связи с тем, что в доктрине существуют различные подходы к пониманию и определению сущности *lex mercatoria*, говорить о том, что в ближайшее время будет построена единая система источников *lex mercatoria* не представляется возможным. Т.е. до тех пор, пока учёные не придут к единому мнению в вопросе о сущности явления *lex mercatoria*, построить целую систему источников *lex mercatoria* невозможно.

Но при этом, на основе анализа теоретического и практического материала, можно прийти к выводу, что источниками *lex mercatoria* является совокупность 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 национального права какого-либо государства. Конкретными источниками признаются: обычаи и обыкновения международной торговли; заведенный порядок; практика международного коммерческого арбитража и иные нормы, выработанные участниками международных коммерческих отношений в процессе своей деятельности. К источникам также относятся акты рекомендательного характера, принимаемых различными международными организациями. На примере Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципов европейского договорного права, Инкотермс и т.д. Помимо всех вышеперечисленных источников, можно добавить еще такие источники как: 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.

Анализ практики ведущих арбитражных центров позволяет судить 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 от 05.06.2002 по делу N 11/2002).

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.

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 МКАС при ТПП РФ от 19.05.2004 по делу N 100/2002 МКАС, решение МКАС при ТПП РФ от 12.11.2004 по делу N 174/2003 МКАС).

В связи с этим, можно выделить еще одну проблему - проблему применения норм *lex mercatoria* при рассмотрении споров в международном коммерческом арбитраже.

Право арбитров применять международное *lex mercatoria* напрямую черпается ими из редакций регламентов некоторых ведущих арбитражных институтов, таких как Регламент Арбитражного суда МТП, ст. 21 которого устанавливает, что «При отсутствии соглашения сторон о применимом праве к существу спора, арбитры применяют нормы права, которые они сочтут подходящими» [5]. Дефиниция «нормы

права» толкуется многими арбитрами как возможность прямого применения вненациональных норм, таких как *lex mercatoria*. Вместе с тем, применяя указанный метод, арбитры рискуют тем, что вынесенное ими решение может быть отменено государственным судом по месту проведения арбитража или же в государственном суде может быть оспорено исполнение вынесенного ими решения по мотивам противоречия публичному порядку, а также явному выходу арбитража за пределы своей компетенции: Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г., как и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. и основанные на нем национальные законы, не предусматривают право арбитров самостоятельно применять *lex mercatoria* в качестве применимого права. Это могут сделать лишь стороны, но и в этом случае исполнение арбитражного решения может столкнуться с проблемами в странах, которые не признают *lex mercatoria* [2], [4].

При этом, возможность применения *lex mercatoria* предусматривается в Вашингтонской конвенции 1965 г., статья 42 которой гласит: "Арбитраж рассматривает спор согласно нормам права в соответствии с соглашением сторон... в случае отсутствия такого соглашения применяются... те нормы международного права, которые могут быть применимы" [1]. Наиболее определенным образом обращение к *lex mercatoria* закреплено в ст. 9 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным договорам (1994): "При определении применимого права суд принимает во внимание общие принципы международного коммерческого права, признаваемые международными организациями" [15].

Современное национальное законодательство закрепляет привязку договорных обязательств к *lex mercatoria*: "Применяются... нормы, обычаи и принципы международного торгового права... общепринятые коммерческие обыкновения и практика..." (ст. 30 Закона о МЧП Венесуэлы). Многие страны (Нидерланды, ФРГ, Швеция) признают возможность обращения к "вненациональным" правовым системам в ходе разбирательства спора международным коммерческим арбитражем. В ГПК Франции установлено, что в третейском разбирательстве могут применяться нормы, не относящиеся к национальному праву: "Арбитр разрешает спор в соответствии с правовыми нормами, выбранными сторонами, а при отсутствии такого выбора - в соответствии с правовыми нормами, которые он сочтет подходящими к данному делу" [6].

В российском законодательстве закреплён противоположный подход. Закон о МКА (международный коммерческий арбитраж) предусматривает: "Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства" [8]. Но поскольку РФ интегрирована в международные процессы и сейчас происходит унификация и гармонизация норм права, приведение их в соответствие с нормами международного права, то необходимо дополнить ст. 28 Закона о МКА положением о том, что нормы *lex mercatoria* будут применяться в определенных случаях при рассмотрении споров в МКАС.

Несмотря на определенные проблемы, которые существуют на данный момент, хотелось бы отметить, что в настоящее время можно выделить некоторые перспективы в развитии концепции *lex mercatoria*. Безусловно, 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. 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 [11].

Стоит отметить, что заинтересованность в нормах lex mercatoria стала активизироваться вместе с развитием процесса унификации в международном частном праве. Последний призван породить единообразные материально-правовые нормы, исключая необходимость применения коллизионных норм. Казалось бы, что унификация способна преодолеть все те трудности, решение которых делает популярным нормы lex mercatoria, следовательно, интерес к lex mercatoria должен «угасать». Но этого не происходит. Различия в нормах национальных правовых систем весьма серьезно осложняют международный коммерческий оборот. Устранение же указанных препятствий превращается в настоящее время в одну из самых актуальных задач. Опыт реализации международных конвенций выявил недостаточную эффективность международно-правовой унификации в силу сложности разработки представителями различных правовых систем единообразных правил, длительного времени, необходимого для ратификации международных конвенций, ограниченного числа участников [13].

Анализ современных регуляторов трансграничных торговых отношений позволяет выделить важную тенденцию: взаимопроникновение правового и неправового методов регулирования [13]. Количественный рост числа норм приводит и к качественным изменениям: уменьшению числа пробелов, повышению степени мобильности регулятивных механизмов, появлению комбинированных механизмов регулирования и пр. Как следствие, именно в сфере международной торговли процессы унификации, гармонизации, адаптации приносят наиболее ощутимые результаты.

Таким образом, lex mercatoria представляет собой универсальный регулятор отношений, значимость которого будет усиливаться в связи с развитием международной торговли.

Список литературы

- [1] Вашингтонская конвенция 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами. URL: <http://www.lawrussia.ru> (дата обращения 12.11.2014)
- [2] Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г. [Электронный ресурс]. – URL: <http://garant.ru> (дата обращения 12.11.2014)
- [3] Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (принята 10 июня 1958 г. в Нью-Йорке). [Электронный ресурс]. – URL: <http://garant.ru> (дата обращения 20.11.2014)
- [4] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 год (с изм. от 2006 г.). [Электронный ресурс] : - URL: <http://www.uncitral.org>
- [5] Арбитражный регламент ICC 2012 и Регламент ДПС от 01.01.2012 г. [Электронный ресурс]. – URL: <http://garant.ru> (дата обращения 12.11.2014)
- [6] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) от 21.03.1804 (с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2011). [Электронный ресурс]. – URL: <http://base.consultant.ru> (дата обращения 12.11.2014)
- [7] Гражданский кодекс РФ. Части первая, вторая, третья и четвертая: текст с изм и доп. на 25.05.2013 г. - М.: Эксмо, 2013. - 652 с.
- [8] Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 г. [Электронный ресурс]. – URL: <http://base.consultant.ru> (дата обращения 12.11.2014)

- [9] Goldman B. The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria// Contemporary Problems in International Arbitration. Law ed. London, 1986. P. 113-126 / Цит по: *Багин С.В. Правовые проблемы договорной унификации* // Московский журнал международного права. 2002. - № 1(45). - С. 129 - 143
- [10] Lowenfeld A. Lex mercatoria: An Arbitrator's View/ Lex mercatoria: An Arbitration. New York: Transnational Juris Publications, 1990. P. 50 / Цит. по: Канашевский В.А. Концепция «lex mercatoria» в международном частном праве// Российский ежегодник международного права. 2008. - С. 226-227.
- [11] Аблезгова, О. В. Порядок применения норм lex mercatoria международным коммерческим арбитражем // *Хозяйство и право*. - 2007. - № 12. - С. 109-113
- [12] Канашевский В.А. Концепция «lex mercatoria» в международном частном праве// Российский ежегодник международного права. 2008. С. 226-227;
- [13] Мажорина М. В. К вопросу о современном lex mercatoria. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://studiijuridice.md>
- [14] Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. — 688 с.
- [15] Международное частное право: Учебник/ Гетьман-Павлова И.А. - Экспо, 2011. - 1000 с.