**Сазонов А. и Алексеева Е.**

**Международные обычаи и обыкновения. Принципы УНИДРУА. Типовые проформы. Доктрина lex mercatoria**

**Международные обычаи и обыкновения**

2

В международном праве, под обычаем понимается сложившееся на практике правило поведения, за которым признается обязательная юридическая сила. Наряду с этим традиционным видом обычаев в международном праве в качестве обычая стали признаваться правила, зафиксированные первоначально либо в международных договорах, либо в резолюциях международных совещаний и организаций. Правовым называют обычай, применение которого санкционировано нормами права. Иногда за нарушение обычных правил поведения может применяться юридическая ответственность.

Кроме того, обычаями, признаваемыми в качестве источников международного частного права, являются и *торговые обычаи.*

В отличие от обычая единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике, но не имеющее юридической силы, именуют *обыкновением*. Правовой обычай может быть источником права как национального, так и международного (публичного) права. Поэтому при решении вопроса, является ли обычай источником международного частного права, нужно исходить от того, о каком обычае идет речь.

Правила, источником которых является обычай, носят преимущественно материально-правовой характер.

В национальном праве источником является, так называемый санкционированный обычай, то есть сложившееся в практике правило, за которым государство признает юридическую силу. В современных условиях санкционированный обычай крайне редко выступает в качестве источника права. Исключением являются некоторые развивающиеся страны (например, африканские страны), где обычное право до сих пор сохраняет сильные позиции, особенно в частноправовой сфере. Следовательно, в той мере, в какой обычай выступает в качестве источника национального права, он может быть и источником международного частного права. Чаще всего это имеет место в предпринимательской, коммерческой деятельности, которая регулируется гражданско-правовыми нормами в следующей последовательности: 1 - императивными нормами законов и подзаконных актов; 2 - соглашением сторон (договорными условиями); 3 - диспозитивными нормами законов и подзаконных актов; 4 - обычаями делового оборота; 5 - гражданским законодательством по аналогии.

Кроме того, законодатель устанавливает, что в любом случае обычаи делового оборота не применяются, если они противоречат обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договорным условиям.

3

Обычаи делятся на международные (главным образом торговые) и внутригосударственные.

Правила *международного торгового или делового оборота* сложились не в отношениях между государствами, а в отношениях между физическими и юридическими лицами разных государств в предпринимательской сфере. Особенно велико их значение в области международной торговли, в области международного торгового мореплавания и в области международных денежных расчетов.

Международный торговый обычай будет обязателен в случаях, когда: **1.** нормы права непосредственно отсылают к нему; **2.** стороны при заключении договора ссылаются на определенный обычай.

Обычаи международного делового оборота могут приобрести юридическую силу, если государства признают за ними это качество. Это возможно в двух вариантах: либо индивидуально государством и тогда международный торговый обычай становится санкционированным обычаем и в таком качестве – источником национального права; либо совместно государствами в форме международного договора или в форме международно-правового обычая и в таком качестве он становится источником международного (публичного) права.

Так же, как и при санкционировании национального обычая, законодатель не только признает юридическую силу за обычаем международного делового оборота, но и определяет сферу его применения и место в иерархии правовых норм.

Учитывая значительную роль обычаев международного делового оборота в регламентации международных экономических связей и трудность установления их содержания и применения (в силу их неписаного характера), многие международные организации изучают, обобщают и публикуют своего рода своды обычаев по определенным группам вопросов. Некоторые такие публикации получают признание.

В МЧП существует такая правовая категория как «обыкновение». Достаточно часто обыкновения именуются торговыми обычаями, обычаями торгового оборота или обычаями делового оборота.

**Обыкновение** - сложившееся в результате многократного повторения и применяемое в отношениях между частными лицами разных государств правило поведения, которое не санкционировано государством в качестве общеобязательного. В силу отсутствия юридической силы оно не является источником

Обыкновения применяются в предпринимательской деятельности, как правило, в международной торговле, международном торговом мореплавании и при международных расчетах. Для того чтобы обыкновения регулировали частноправовые отношения с иностранным элементом, необходимо прямое волеизъявление их участников. Например, указание в договоре на применение к нему того или иного обыкновения1.

4

Существует несколько кодификаций международных обыкновений:

• Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов

(Инкотермс) 2000 г.2;

• Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 1993 г.3;

• Унифицированные правила по инкассо 1995 г.4;

• Йорк-Антверпенские правила об общей аварии 1994 г.

 Общей чертой обыкновения и правового обычая является их общественное происхождение. Различий между обычаями и обыкновениям значительно больше:

1.     Правовой обычай носит характер правовой нормы, обыкновения имеют вспомогательный характер. Обыкновение может трансформироваться в правовой обычай при условии  санкционирования со стороны государства.

2.     Обыкновение складывается на основе практики применения, в основе обычая лежит правило, которое формирует поведение.

3.     Правовой обычай санкционируется государством, которое обеспечивает правовой обычай санкцией. Обыкновение не имеет санкции.

4.     Правовой обычай является разновидностью норм, поэтому носит общеобязательный характер. Обыкновение не имеет обязательный характер, поэтому субъекты права могут предусмотреть в договоре иные правила поведения.

5.     Применение обыкновения предполагает наличие осведомленности сторон о наличии такого обыкновения.

6.     Правовой обычай консервативен, практически не изменяется. Обыкновение является более гибким регулятором, так как может корректироваться под конкретную ситуацию.

Таким образом, обыкновения, в отличие от правовых обычаев, носят вспомогательный характер. Можно отметить двойственный характер обыкновения, с одной стороны обыкновения не являются источником права, с другой стороны, обыкновения могут иметь значения для разрешения спорных ситуаций в судебном порядке (например, для обоснования поведения). Основное назначение обыкновений, проявляется в том, что они служат своеобразным образцом поведения, которое впоследствии создает основу для формирования определенных стандартов.

5

**Принципы УНИДРУА**

Принципы УНИДРУА - одни из наиболее известных и авторитетных сводов единообразных правил международной торговли в настоящее время. Будучи негосударственной кодификацией, разработанной авторитетной межправительственной организацией с учетом сложившегося международного опыта по созданию единообразных инструментов регулирования международных коммерческих отношений, Принципы УНИДРУА отражают совершенно новый подход к унификации частноправовых отношений, так как не являются напрямую ни правилами, согласованными сторонами международного коммерческого договора, ни международной конвенцией, требующей ратификации государств.

Принципы УНИДРУА представляют собой свод общих норм для международных коммерческих договоров, который может быть разделен на две части: содержащую общие нормы, пригодные для регулирования любых международных коммерческих отношений (как то: «свобода договора» (ст. 1.1.), «добросовестность и честная деловая практика» (ст. 1.7.), «обычаи и практика» (ст. 1.9.)); и содержащую нормы, посвященные порядку заключения договора, его исполнения, действительности, представительству, последствиям неисполнения договора, уступке прав по договору, исковой давности.

Свод ориентирован на самый широкий круг договоров, используемых в международной торговой практике: купли-продажи, агентские договоры, договоры об оказании услуг, выполнении работ, инвестиционные, концессионные соглашения и пр. Однозначно изъяты из сферы действия Принципов УНИДРУА потребительские договоры.

Несмотря на свой международный характер, Принципы УНИДРУА можно использовать и во внутреннем коммерческом обороте. В частности, путем включения отдельных его норм в договор либо определение Принципов УНИДРУА как неотъемлемой части договора путем соответствующей ссылки.

Первоначально опубликованные в 1994 г., Принципы УНИДРУА стали достаточно активно использоваться в практике международной коммерческой деятельности, что послужило причиной для переработки документа и опубликования его новой редакции в 2004 г. Новая редакция Принципов УНИДРУА, принятая спустя 10 лет после первой официальной публикации Принципов в 1994 г., привнесла новые разделы в свод, практически не затронув содержательную часть документа.

Причины популярности Принципов УНИДРУА заключаются в том, что, во-первых, документ отличается высоким юридико-техническим уровнем, и, во-вторых, то, что разработчики Принципов -- представители не только разных правовых систем, но и придерживающиеся разных научных концепций, правовых традиций.

6

Данные Принципы достаточно часто применяются на практике как источник права, в частности, в случаях, когда стороны внешнеторгового контракта делают прямую ссылку на применение данного документа к отношениям по договору либо указывают на применение к контракту общих принципов права, lex mercatoria или международных торговых обычаев, что исключает применение внутреннего национального законодательства одной из сторон договора.

Положения этого формально не обязательного документа стали трактоваться в современном международном обороте как вспомогательный источник частного права и основание для вынесения судебных и арбитражных решений по коммерческим спорам. Ряд такого рода решений был вынесен МКАС при ТПП РФ. Причины такого развития следует усматривать как в авторитете подготовившей Принципы организации и его авторов, так и в наличии в этом документе подробной и гибкой регламентации, отражающей как положения имеющихся международных договоров, так и новейшую практику в этой области.

Использование Принципов УНИДРУА напрямую связано с деятельностью международного коммерческого арбитража. Если на уровне разрешения международного коммерческого спора государственным судом Принципы УНИДРУА могут рассматриваться, в частности, как документ, подтверждающий существование международного торгового обычая, или как документ, отражающий общие принципы, на которых основана Конвенция ООН о договоре международной купли-продажи, или как часть заключенного сторонами договора, то международный арбитраж имеет возможность применить данный документ помимо указанных случаев и в несколько ином качестве.

На практике международные коммерческие арбитражные суды, в частности, применяют Принципы УНИДРУА, когда:

Во-первых, стороны специально договорились об этом.

Во-вторых, в случаях, когда стороны договорились, что к контракту применяются: «общие принципы lex mercatoria» (general principles of lex mercatoria), «общепризнанные принципы международного коммерческого права» (generally accepted principles of international commercial law), «общие принципы международного контрактного права» (general principles of international contract law), «общие принципы справедливости» (general principles of equity), законы и нормы естественного права («laws and rules of neutral justice»).

В-третьих, для заполнения пробелов в национальном праве и для международного толкования национального права.

В-четвертых, для толкования и дополнения существующих международно-правовых унификационных документов, прежде всего Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров.

В-пятых, международные коммерческие арбитражи, руководствуясь нормами закона или соответствующими арбитражными регламентами, применяют Принципы УНИДРУА в случаях отсутствия выбора применимого права. В этом случае Принципы УНИДРУА применяются как «нормы права».

7

Современная доктрина международного частного права многих стран сегодня положительно относится к применению «норм права» в международном коммерческом арбитражном суде. Акты, регламентирующие деятельность международных коммерческих арбитражей, продолжая традицию Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г., зачастую содержат положения, предусматривающие возможность применения при разрешении спора «норм права».

Таким образом, если выбор Принципов УНИДРУА признается равным выбору применимого материального права, то соответствующие нормы Принципов, устанавливающие иной режим регулирования, будут иметь приоритет перед внутренними правовыми нормами.

В практике международных арбитражных судов ссылки на Принципы УНИДРУА встречаются, в частности, в договорах международной купли-продажи, страхования, строительного подряда, договорах о представительстве, транспортных договорах.

Одной из наиболее примечательных особенностей использования Принципов УНИДРУА является возможность их применения международным коммерческим арбитражем для регламентации международным коммерческим и в отсутствие соглашения сторон о праве, применимого к договору в качестве «норм права».

8

**Доктрина lex mercatoria**

Международное коммерческое право ***(lex mercatoria)*** входит в группу международно-правовых источников МЧП, однако не является его общим, "сквозным" источником. Источником коллизионных норм МЧП, международного семейного и международного наследственного права lex mercatoria считать нельзя. В незначительной степени оно может выступать источником международного вещного права, международного частного трудового права и международного деликтного права. Lex mercatoria - источник международного хозяйственного права - права международного делового оборота (международного договорного, валютного и транспортного права, права интеллектуальной собственности, трансграничной несостоятельности, международного коммерческого арбитража).

Основной смысл lex mercatoria - это автономная, обособленная от национальных правовых систем система регламентации международной торговли. По своей правовой природе она является негосударственным регулированием, предмет которого - все виды международных коммерческих операций. Lex mercatoria определяется как "мягкое, гибкое" право (в смысле рекомендательного характера его норм: участники правоотношения не связаны императивными государственными предписаниями). К этому понятию примыкают понятия "квазимеждународное право" и "право транснациональных корпораций".

В основе идеи lex mercatoria (международного коммерческого права, транснационального торгового права, права международного сообщества коммерсантов, права международного бизнес-сообщества) лежит международная торговая практика ("право купцов"), сложившаяся в Западной Европе в Средние века.

Современная теория lex mercatoria разрабатывается в доктрине права с 1950-х гг. Основные точки зрения относительно lex mercatoria в зарубежной доктрине:

1. Lex mercatoria - это автономное право международной торговли, зародившееся спонтанно и не имеющее отношения к национальному праву. Стороны могут при помощи контракта урегулировать свои отношения, используя тот источник права, который они сами выбирают1.

2. Это дополнение к национальной правовой системе в виде последовательной консолидации обычаев и обыкновений международной торговли. Lex mercatoria не существует в качестве права как такового1.

3. Любые юридические нормы должны проистекать из государственного суверенитета либо признаваться им. Lex mercatoria не отвечает этому требованию, поэтому у сторон нет возможности избрать правопорядок, не основанный на национальном праве.

9

В российской доктрине международное коммерческое право не признавалось вплоть до конца 1980-х гг. (вследствие государственной монополии внешней торговли). Только в начале 1990-х гг. состоялось признание lex mercatoria как части международного права и источника МЧП. Lex mercatoria понимается как особый правопорядок, отличный от национального и международного права, автономная система3. Это не означает, что lex mercatoria полностью независимо от национального правопорядка и представляет собой самодостаточную систему, исключающую национальную и международную юрисдикцию. Система lex mercatoria имеет ***вненациональный, но не наднациональный характер.***

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". Регламент Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты определяет, что при отсутствии соглашения сторон о выборе права арбитраж применяет закон или правовые нормы, которые считает наиболее подходящими. Упоминание о национальном праве в Регламенте отсутствует.

В российском законодательстве закреплен противоположный подход. Закон о МКА предусматривает: "Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства".

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (1961) указывает, что "стороны могут по своему усмотрению устанавливать с общего согласия право, подлежащее применению арбитрами при решении дела по существу. Если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, арбитры будут применять закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой" (ст. 7). Приведенная формулировка подразумевает, что арбитры вправе обращаться только к национальному законодательству.

Возможность применения lex mercatoria предусматривается в Вашингтонской конвенции 1965 г.: "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". 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".

10

Основа lex mercatoria - резолюции-рекомендации международных организаций по вопросам внешней торговли (общие условия поставок, договоры присоединения, типовые контракты, типовые законы). Эти документы исходят не непосредственно от государств, а создаются международными организациями. Участие государств в этом процессе ограничено, их воля выражается опосредованно: постольку, поскольку государства являются членами международных организаций. Нормативная основа негосударственного регулирования внешней торговли имеет рекомендательный характер, не обладает обязательной юридической силой; правила, принципы и нормы lex mercatoria - это открытый перечень.

Характеристика системы lex mercatoria как "негосударственного регулирования" не может иметь абсолютного характера. Если речь идет о документах ООН, УНИДРУА, ЮНСИТРАЛ, необходимо учитывать межправительственный характер таких организаций, участие представителей государств в разработке всех документов. Если речь идет о документах МТП и других международных неправительственных организаций, необходимо принимать во внимание, что их использование всегда осуществляется в рамках государственного правопорядка. Ни один контракт не может говорить о своей собственной действительности, и ни одна правовая система не предоставляет абсолютной свободы договаривающимся сторонам, чье соглашение в любом случае подчинено публичному порядку и императивным нормам.

Разрешая автономию воли, государство допускает возможность выбора сторонами не только какой-либо национально-правовой системы, но и определенных вненациональных регуляторов. Одновременно, устанавливая императивные нормы, государство определяет те положения, которые стороны не вправе изменить или отменить. Никакое государство не допустит регламентации, противоречащей установленному национальному правопорядку.

11

Применительно к lex mercatoria можно говорить о "негосударственном регулировании" только как об установленной государством свободе договора (включая выбор права, применимого к контракту).

Разрозненные акты и документы, составляющие lex mercatoria, в основном не связаны между собой, могут дублировать друг друга или друг другу противоречить. В связи с этим нельзя утверждать lex mercatoria как целостную правовую систему. Lex mercatoria - это параюридическая система, существующая практика, которая действенна точно так же, как и настоящий закон. Оно функционирует на периферии юридического процесса и является "мягким", но не "слабым" правом.

Правила lex mercatoria носят рекомендательный характер, выработаны практикой; они наиболее удобны и приспособлены к международной торговле и могут быть изменены по желанию сторон. Однако в системе "мягкого" права существуют и императивные положения, которые не могут быть изменены соглашением сторон. Это основополагающие принципы регулирования международного торгового оборота и поведения его участников:

* принцип добросовестности;
* принцип разумности;
* принцип обязательного соблюдения договоров;
* честная деловая практика.

Разработка Принципов УНИДРУА уменьшила неопределенность lex mercatoria. Принципы УНИДРУА могут применяться, если стороны согласились, что их контракт будет регулироваться "общими принципами права", "lex mercatoria" или аналогичными положениями. Принципы рассматриваются как материализация и кодификация lex mercatoria. В комментариях к Принципам указано: если ранее ссылки на lex mercatoria подвергались критике в связи с их неопределенностью, то теперь можно обратиться к "систематизированному и четко сформулированному своду норм". Обращение к Принципам УНИДРУА "несет в себе большую правовую определенность, чем отсылка к terra incognita под названием lex mercatoria".