

Не стоит забывать, что одним из основных требований к юристам в современном мире становится использование понятного и простого языка. И, как следствие, говоря о функциональном стиле юридического языка, мы должны учитывать, что стиль юридического языка – простой стиль, стиль языка хорошо образованного специалиста.

*Окришвили Тимур Георгиевич,
аспирант кафедры теории и
истории государства и права
Казанского федерального
университета, Россия, г. Казань*
*Гусева Юлия Витальевна, студентка
Института права Института права
ФГБОУ ВПО «Тамбовский
государственный университет имени
Г.Р. Державина», Россия, г. Тамбов*

ГЛАВА 13. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЧАСТНОПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ, ОСЛОЖНЕННЫХ ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ: ФОРМЫ И СПОСОБЫ

В условиях углубляющегося международного сотрудничества вопросы регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, являются весьма актуальными. В свете кардинального изменения экономических и политических условий в нашей стране, реформы российского международного частного права, необходимости осмысления вновь накопленного международного опыта, возникновения целого комплекса новых задач, данная проблематика, безусловно, нуждается в углубленном анализе. Целью написания работы было: выявить формы и способы регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом, а также рассмотреть основные концепции «lex mercatoria», его воздействие на данные отношения.

Прежде всего, следует выделить, что социальное регулирование – целенаправленное воздействие на поведение людей.¹ К средствам социального регулирования относятся, прежде всего, социальные нормы: правовые, моральные, корпоративные, обычаи и т.д.;

¹ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Наркомюст РСФСР, 1924.

индивидуальные предписания, властные веления, меры физического, психического, организационного принуждения и т.д. Важная роль в социальном регулировании принадлежит правовому регулированию.

Вообще термин «регулирование» (правило) обозначает упорядочение, налаживание, приведение чего-либо в соответствие с чем-либо. Без эффективного правового регулирования немыслима сама государственность. Правовое регулирование – это целенаправленное воздействие на поведение людей и общественные отношения с помощью правовых (юридических) средств.¹ Конечная цель правового регулирования – создание системы упорядоченных общественных отношений.²

Выделяют следующие способы регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом:³

1. Коллизионно-правовой;
2. Унификация материальных норм частного права.

Первым является коллизионно-правовой способ, сущность которого заключается в выборе компетентного правопорядка для разрешения конкретного дела. Во внутреннем праве государств есть особые нормы – коллизионные, которые содержат правила выбора права: они тем или иным образом указывают, право какого государства должно быть применено для урегулирования отношения с иностранным элементом.

Важно обратить внимание на то, что коллизия права обусловлена двумя причинами. Первая, и главная причина, по мнению Кудашкина, кроется в сущностном качестве самого предмета международного частного права.⁴ Являющиеся его предметом частноправовые отношения лежат в сфере действия частного права, имеющего национальный характер. Наличие в таком отношении иностранного элемента связывает его с частным правом не одного государства, а нескольких – потенциально оно может быть урегулировано правом каждого государства, которому принадлежит тот или иной его элемент. Вторая причина, которую выделяет Ануфриева, юридическая – частное право разных государств отличается, подчас существенно, по своему содержанию: одни и те же

¹ Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М.: Наука, 1984.

² Монастырский Ю.Э. Некоторые вопросы разрешения споров на основе иностранных законов // Законодательство и экономика. 1994. № 19/20.

³ Международное частное право: современные проблемы / Под ред. проф. М. М. Богуславского. М., 1994. 398 с.

⁴ Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. — М.: Волтерс Клувер, 2004., 215 с.

вопросы по-разному решаются в праве разных государств.¹ В результате возникает коллизия права, заключающаяся в том, что одним и тем же фактическим обстоятельствам может быть дана различная юридическая оценка и в итоге, в соответствии с правом разных государств, может быть дан разный ответ на один и тот же вопрос.²

Например, гражданин России во Владивостоке заключил с японским гражданином договор о совместной хозяйственной деятельности. Однако в связи с тем, что японская сторона не выполнила своих обязательств, российский гражданин понес убытки. На его требование возместить убытки японский контрагент ответил, что в момент заключения договора ему еще не было 20 лет, по японскому законодательству он был недееспособным и поэтому договор был недействительным. Российский гражданин обратился в суд Владивостока с исковым требованием, в котором указал, что договор был заключен на территории России, а по российскому гражданскому праву гражданская дееспособность в полном объеме возникает в 18 лет и поэтому ссылка японской стороны на недействительность договора в связи со своей недееспособностью юридически несостоятельна. Как видно, однозначного ответа на возникшие вопросы нет.

Необходимо отметить, что наличие в данном гражданском правоотношении российского и японского элементов связывает его как с российским, так и с японским гражданским правом: согласно п. 1 ст. 21 ГК РФ гражданская дееспособность в полном объеме возникает по достижении восемнадцатилетнего возраста³, а ст. 3 ГК Японии 1898 г.⁴ (со многими поправками он действует и в настоящее время) устанавливает возраст гражданского совершеннолетия «полных двадцать лет». Вопрос о том, дееспособен японский гражданин или нет, а значит, действителен договор или нет, может быть решен по-разному в зависимости от того, по российскому или японскому праву он будет рассматриваться.

Таким образом, коллизия права - это объективно возникающее явление. Оно порождается двумя причинами: наличием иностранного элемента в частнопроводном отношении и различным содержанием

¹ Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-ех т. - М., 2002., 198 с.

² Муранов А.Н. К вопросу об «обходе закона» в проекте раздела VII «Международное частное право» части третьей ГК РФ / Юрист. 1997. №5,6., 54-79 с.

³ Закон РФ «Гражданский кодекс Российской Федерации» (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (с изм., внесенными Федеральным законом от 21.07.05 № 109-ФЗ). // СЗ РФ. 2005. - № 30 (ч. II). ст. 21 п. 1.

⁴ Категория шиканы в гражданском праве: история и современность / Яценко Т.С. - М.: Статут, 2003. - 157 с.

частного права разных государств, с которыми это отношение связано.

В приведенном нами выше примере иск был предъявлен в российском суде. Прежде чем рассмотреть его по существу, необходимо преодолеть коллизию права и ответить на так называемый коллизионный вопрос: право какого государства - российского или японского - должно быть применено для рассмотрения искового требования, то есть выбрать право.¹ Ответить на этот вопрос, собственно, как и на любой другой, суд обязан с применением норм российского права. Иначе говоря, в российском праве необходимо найти такую норму, которая бы и обосновывала ответ на возникший коллизионный вопрос. Такая норма и называется коллизионной нормой.

Данный пример относится к гражданско-правовым отношениям. В России коллизионные нормы по этим отношениям содержатся в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. (далее - Основы 1991 г.) в разделе VII «Правоспособность иностранных граждан и юридических лиц. Применение гражданского законов иностранных государств и международных договоров». Согласно п. 4 ст. 160 Основ 1991 г. гражданская дееспособность иностранных граждан и лиц без гражданства в отношении сделок, совершаемых в России, определяется по российскому закону.² В рассматриваемом деле спор возник о дееспособности иностранца по поводу договора, заключенного на территории России. Поэтому все, что связано с дееспособностью японского гражданина (возраст 17 наступления полной гражданской дееспособности, частичная дееспособность и ее объемы и т. д.), должно рассматриваться по российскому праву. В данном случае коллизия права, коллизионный вопрос решается в пользу российского права: суд обязан для рассмотрения предъявленного иска выбрать гражданское право Российской Федерации.

Таким образом, целесообразно отметить, что выбор права, а, следовательно, и коллизионно-правовой способ регулирования, осуществляется посредством коллизионных норм, которые и содержат предписание о том, право какого государства надо применить.

¹ Муранов А.Н. К вопросу об «обходе закона» в проекте раздела VII «Международное частное право» части третьей ГК РФ / Юрист. 1997. №5,6., 54-79 с.

² Основы Гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. (утв. ВС СССР 31 мая 1991 г. N 2211-I) ст. 160 п. 4

Этот способ называют также отсылочным.¹ Коллизионная норма, указывая компетентный правовой порядок, как бы отсылает для определения прав и обязанностей участников отношения к праву определенного государства. Причем коллизионная норма может отослать как к отечественному праву, так и к иностранному.

Отметим мнение Кудашкина, который считает, что с отсылочным характером коллизионного способа связана еще одна его особенность. При его применении умозрительно выделяется две стадии регулирования: 1-ая - выбор права с помощью коллизионной нормы (решение коллизионного вопроса); 2-ая - применение материальных норм избранного частного права для определения права и обязанностей сторон, что является конечной целью выбора права.² Поэтому данный способ регулирования не прямой, а опосредованный: регулирование по существу осуществляется материальными нормами частного права того государства, которое избрано посредством коллизионной нормы.

Коллизионно-правовой - исторически первый способ регулирования в международном частном праве.³ Первые правила, а затем и первые доктрины, относящиеся к сфере международного частного права, появились тогда, когда стали возникать многочисленные коллизии права в результате развития взаимоотношений между государственными образованиями, в которых сложились свои, обособленные, с достаточно четкими различиями, нормы частного права. Эти правила, получившие название коллизионных норм, применялись для решения проблем, возникающих из коллизии разноместных законов.⁴ В течение долгого времени международное частное право существовало и развивалось только как коллизионное право. В некоторых странах (например, в Англии, США, ФРГ, Японии) такая позиция по отношению к международному частному праву сохранилась и по настоящее время, там оно называется коллизионным.⁵ Немаловажно, что в последнее время и в отечественной юридической науке стали возрождаться взгляды, ограничивающие международное частное право исключительно коллизионными нормами.

¹ Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник / Под ред. А.Б. Венгерова. М., 2005., 284 с.

² Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. — М.: Волтерс Клувер, 2004., 215 с.

³ Алексеев С.С. Общая теория права: Учебник / Под ред. С.С. Алексеева. Т.1. М., 1997., 217 с.

⁴ Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-ех т. -М., 2002., 198 с.

⁵ Международное частное право: современные проблемы / Под ред. проф. М. М. Богуславского. М., 1994. 398 с.

Несмотря на свою традиционность, применение коллизионно-правового способа связано с большими трудностями юридико-технического характера. Некоторые из них обусловлены национальным характером коллизионных норм. Так же как и нормы частного материального права, коллизионные нормы разных государств неизбежно отличаются по своему содержанию: они по-разному решают коллизионные вопросы при регулировании однородных отношений с иностранным элементом. В результате выбор права при одной и той же совокупности фактических обстоятельств может быть разным в зависимости от того, по коллизионным нормам какого государства он будет осуществляться.

В рассмотренном выше примере коллизионный вопрос решался в российском суде по российским коллизионным нормам, и он был решен в пользу российского гражданского права. Если бы исковое требование было предъявлено в японском суде, то, применив свою коллизионную норму, устанавливающую, что дееспособность определяется по законам государства, гражданином которого лицо является, японский суд решил бы коллизию в пользу японского права. Причем, от решения коллизионного вопроса в конечном итоге зависит решение дела по существу. Описываемое явление носит название «коллизии коллизий», т. е. коллизии коллизионных норм, и является деструктивным фактором в организации международного делового оборота.¹

Расхождение в содержании материального частного и коллизионного права различных государств приводит к появлению так называемых «хромающих отношений».² Это такие отношения, которые по праву одного государства являются юридически действительными, законными, а по праву другого государства они - незаконны и не порождают никаких юридических последствий. Такие отношения возникают в практике довольно часто, осложняя реализацию международных деловых связей.

Сложность коллизионно-правового способа регулирования связана с возможным применением иностранного права: коллизионная норма может отослать как к собственному праву, так и к иностранному. В последнем случае суд или иной правоприменительный орган будет обязан в силу предписаний отечественной коллизионной нормы рассмотреть дело на основе иностранного гражданского права. Судьи *ex officio* (в силу занимаемой

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Междунар. отношения, 1996. 374 с.

² Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. — М.: Волтерс Клувер, 2004., 215 с.

должности) применяют и знают свое собственное право, иностранное право они знать не обязаны. Как показывает практика, установить содержание и квалифицированно применить нормы иностранного права довольно сложно.

Мы считаем, что осуществление коллизионного способа регулирования затрудняется и тем, что многие государства либо вообще не имеют системы коллизионных норм, либо она слабо развита. Правда, в последнее время набирает силу процесс создания и совершенствования, национальных коллизионно-правовых норм. В ряде стран были приняты новые законы или подготовлены проекты. Например, в 1978 г. был принят Закон о международном частном праве в Австрии; в 1979 г. - Закон о международном частном праве в Венгрии; в 1982 г. - Закон о разрешении коллизий между законами и нормами иностранного права в Югославии, Закон о международном частном праве и процессе в Турции; в 1986 г. - Закон о новом регулировании в области международного частного права в ФРГ; в 1987 г. - Закон о международном частном праве в Швейцарии; в 1995 г. - Закон о реформе итальянской системы международного частного права; подготовлены и обсуждены проекты соответствующих законов в Бельгии, Франции и других странах.¹ Тем не менее, эта проблема и до сих пор остается острой.

Сложность перечисленных и некоторых других проблем возникающих при применении коллизионного способа регулирования, порождает серьезные, подчас непреодолимые, трудности в правовой регламентации частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Интересы развития международного делового оборота требуют совершенствования этого способа. С конца XIX в. начался процесс унификации, т. е. создания единообразных (унифицированных) коллизионных норм.² Унификация осуществляется в форме международных договоров, заключаемых между государствами. Последние берут на себя международно-правовое обязательство применять сформулированные в договоре единообразные коллизионные нормы по определенному кругу частноправовых отношений. Использование унифицированных норм снимает частично рассмотренные недостатки коллизионного способа: способствует ликвидации такого негативного явления, как «коллизия коллизий», уменьшает вероятность возникновения «хромяющих

¹ Вольф М. Международное частное право. М.: Гос. изд. иностр. лит., 1948. С. 188-192.

² Луц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. — С. 356—379

отношений», восполняет пробелы в национальном коллизионном праве.¹

Однако, несмотря на то, что унификация является более совершенной формой регулирования, она не получила большого распространения. Начавшийся в конце XIX века процесс унификации завершился принятием в 1902 и 1905 гг. пяти конвенций.²

Примером наиболее удачной унификации коллизионно-правовых норм является региональная унификация, предпринятая латиноамериканскими странами. На VI Панамериканской конференции в 1928 г. был принят договор, получивший название по имени его составителя известного кубинского юриста. Кодекс Бустаманте [8, с. 144]. По существу, это - единственная довольно полная унификация коллизионно-правовых норм (состоит из 437 статей). Правда, даже в своем регионе договор не получил всеобщего применения: его ратифицировали 15 государств Центральной и Южной Америки. (США не присоединились к нему.) Кодекс Бустаманте оказал серьезное влияние на развитие коллизионного права на всех континентах. Более широко унификация коллизионных норм происходит на двусторонней основе, как правило, в форме заключения договоров об оказании правовой помощи.³

Таким образом, отметим, что коллизионный способ регулирования в настоящее время осуществляется в двух правовых формах: национально-правовой (посредством национальных коллизионных норм, разработанных каждым государством в своем праве самостоятельно) и международно-правовой (посредством унифицированных коллизионных норм, разработанных государствами совместно в международных договорах). Обе формы относятся к одному способу регулирования - коллизионному, так как в обоих случаях коллизия права решается способом выбора права, отсылки к праву конкретного государства.

Второй способ регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, - *унификация материальных норм частного права*. Как уже отмечалось, одной из причин возникновения коллизии и проблемы выбора права являются различия в содержании частного права разных государств. Следовательно, коллизионную проблему можно снять, если будут созданы и применяться единообразные, одинаковые по своему содержанию правовые нормы. Это достигается посредством создания унифицированных (единообразных)

¹ Корецкий В.М. Избранные труды. В 2-х книгах. Киев: Наукова Думка, 1989.

² Луц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. — С. 213—222

³ Вольф М. Международное частное право. М.: Гос. изд. иностр. лит., 1948. С. 188-192.

материальных норм различных отраслей частного права, что снимает саму коллизионную проблему.¹ Такие нормы непосредственно применяются к отношениям с иностранным элементом, минуя коллизионную стадию, стадию выбора права. Поскольку унифицированные нормы по своей природе являются материальными правовыми нормами, устанавливающими права и обязанности участников частнопровых отношений, способ унификации называют так же материально-правовым.

Важно подчеркнуть, что обязательным условием унификации материального гражданского права как способа регулирования является использование международно-правовых форм (главным образом - международного договора). В процессе взаимодействия государств происходит взаимовлияние национальных правовых систем, в результате чего в частном праве разных государств встречаются одинаковые по содержанию правила. Такие совпадения могут быть значительными; встречаются в практике и полные текстуальные совпадения законов разных стран. Известным примером такого совпадения является гражданское право Франции и Бельгии: в обеих странах действует Кодекс Наполеона.²

Однако никакое фактическое совпадение, даже значительное, в частном праве разных стран не исключает возможности возникновения между ними коллизий и необходимости выбора права: формально совпадающие нормы позитивного права получают различную интерпретацию в реальной юридической практике, подвергаются изменениям и дополнениям, что приводит к различной регламентации однородных отношений. При фактическом совпадении материального права действие коллизионных норм сохраняется. Так, если возникает гражданское правоотношение, состоящее из французских и бельгийских элементов, то, несмотря на действие Кодекса Наполеона и во Франции и в Бельгии, нужно поставить коллизионный вопрос и решить, гражданское право какого государства (Франции или Бельгии) подлежит применению.³

Напротив, создание унифицированных материальных частнопровых норм при использовании международно-правовой формы (договор, обычай), в которой выражена согласованная воля договаривающихся государств к единообразному регулированию

¹ Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. № 2.

² Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М. 2004., 318 с.

³ Монастырский Ю.Э. Некоторые вопросы разрешения споров на основе иностранных законов // Законодательство и экономика. 1994. № 19/20.

определенного вида отношений, снимает саму предпосылку возникновения коллизии и ликвидирует условия применения коллизионной нормы. Поэтому унификация материального права является выражением общего метода международного частного права, так как она по своей сути направлена на преодоление коллизии права. Нормы, созданные в результате унификации, входят в систему международного частного права.

Отметим, что унификация материального частного права, собственно как и унификация коллизионного права, возникла в практике международного частного права в конце XIX века.¹ Интенсификация развития экономических, научно-технических и прочих международных связей показала недостаточность коллизионно-правовых норм, которые опосредовали эти связи. Кроме указанных сложностей коллизионного способа регулирования побудительную роль к унификации сыграло то обстоятельство, что во внутреннем праве государств, к которому отсылали коллизионные нормы, часто не было правил для решения вопросов, возникающих в международном частном обороте. Национальное частное право, и прежде всего гражданское, оказалось непригодным для регулирования нарождающихся новых международных хозяйственных связей. Наибольшее применение унификация материального права имеет при регулировании торговых, производственных, научно-технических, транспортных отношений.

Унификация частного права - более совершенный способ регулирования. Его широкое внедрение может снять все недостатки коллизионно-правового способа и обеспечить гармонизированное регулирование частнопровых отношений международного характера. К сожалению, это только идеал, еще далекий от своего воплощения. Унификация предполагает высокий уровень сотрудничества государств, характеризующийся высокой степенью доверия.² Меняющийся в настоящее время характер межгосударственных взаимоотношений, проявляющийся в том числе в стремлении создать единое правовое пространство, европейское и мировое, может придать новый импульс процессу унификации права. А пока унификация не стала преобладающим способом регулирования, охватив в основном торговлю и то, что с ней тесно связано: перевозки, расчеты и т. д. Однако и здесь одновременно применяется коллизионный способ, иногда являющийся единственной

¹ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Наркомост РСФСР, 1924.

² Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 1996. С. 3-4.

возможностью для решения возникающих вопросов. В других же областях частных отношений: собственность, семейно-брачные, наследственные, деликтные и другие - по-прежнему господствует традиционный способ регулирования посредством коллизионных норм.

Считаем необходимым отметить, что материально-правовой способ регулирования в отличие от коллизионного, являющегося отсылочным способом, часто в литературе называют прямым способом регулирования. Здесь необходимо предостеречь от возможного неправильного толкования этого термина. Прямое регулирование в данном контексте используется только для сопоставления с коллизионным регулированием. Прямое регулирование означает такое регулирование, при котором не возникает коллизионный вопрос и не возникает проблема выбора права. Унифицированные нормы регулируют отношения прямо, минуя коллизионную стадию. В то же время унифицированные нормы применяются не прямо, не непосредственно, а через определенный национально-правовой механизм, который придает международно-правовой норме национально-правовую силу. В равной степени это относится к унифицированным коллизионным нормам.

Таким образом, международному частному праву присущи два способа регулирования: во-первых, коллизионно-правовой, который осуществляется в двух правовых формах - национальной и международной, и, во-вторых, материально-правовой, осуществляемый в международно-правовой форме. Оба они направлены на преодоление коллизионной проблемы, хотя и разными средствами. Именно это объединяет их в юридическую общность: они являются различным проявлением общего метода международного частного права. В процессе регулирования частных правоотношений, осложненных иностранным элементом, оба способа взаимодействуют, дополняя друг друга.

Чтобы полностью сформировать представление по данной тематике необходимо рассмотреть основные концепции «lex mercatoria», их роль в регулировании частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Нельзя не отметить, что в последние десятилетия получила широкое распространение теория, согласно которой в современном мире появилась некая совокупность юридических норм, обособленная от национальных систем права и регламентирующая внешнеэкономические операции. Для ее обозначения используется

термины: *lex mercatoria*, «транснациональное право», «транснациональное коммерческое право» или субправо.

Понятие *lex mercatoria* было известно в Средневековье и обозначало торговое (купеческое) право никак не связанное с государством и властью.¹ По мере возникновения современных государств и развития национального права оно полностью утратило свои позиции. Изменения в международной торговле, процессы глобализации, «отставание» национального права, которое не всегда в состоянии обеспечить справедливые юридические решения проблем, возникающих из международных коммерческих отношений привели к возрастанию роли обычаев международной торговли, особенно унифицированных, в текущей практике.

Источниками *lex mercatoria* признаются различные документы: частная (неофициальная) кодификация, международные конвенции, модельные законы для государств, разработанные на международном уровне, международные обычаи и обыкновения, типовые контракты, и т. д., вплоть до конкретных арбитражных решений.² Основным вопросом является следующий - достаточно ли перечисленных выше источников для утверждения существования *lex mercatoria* как комплекса правовых норм, а самое основное - может ли ненациональная правовая система, выводимая из столь различных и неконкретизированных источников, быть определена как применимый транснациональный закон.

Можно выделить 3 основных трактовки этого термина:³

1. Наиболее «активная» концепция: *lex mercatoria* - автономный правовой порядок, формируемый добровольно сторонами, участвующими в международных экономических отношениях, и существующий независимо от национальных правовых систем.

2. *Lex mercatoria* рассматривается как свод правил, применимых для разрешения споров, выступающий в качестве альтернативы для применимого в данном случае национального закона.

3. *Lex mercatoria* воспринимается лишь как дополнение к применяемой правовой системе в виде последовательной консолидации обычаев и обыкновений международной торговли.

Как правило, в работах ученых, отстаивающих существование данного правового явления, если и дается его понятие, то в самом

¹ Общие принципы права / Обычаи делового оборота. *Lex Mercatoria*. http://www.miripravo.ru/laws/law_lex.htm

² Мосс Д. К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. М., 1996. С.52—53.

³ Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 1996. С. 3-4.

общем виде.¹ Для примера приведем определение, данное сторонником первой трактовки *lex mercatoria*, профессором Б. Голдманом (B. Goldman), который определяет его как «совокупность общих принципов и традиционных норм, существующих независимо либо разработанных в рамках международной торговли безотносительно к какой-либо конкретной национальной правовой системе».²

Еще одно определение, которое кажется более жизнеспособным: «*Lex mercatoria* ... отнюдь не самодостаточная система, охватывающая все аспекты международного торгового права, а, скорее, источник права, основанный на традиционной практике, конвенциях, прецедентах и множестве национальных правовых систем. Оно может предоставить альтернативу в случае коллизии законов, которая зачастую является надуманной и неубедительной, и избежать применения правил, не согласующихся с нуждами и обычными международными торговыми».³

Существуют определенные черты системы *lex mercatoria*, общие для всех его концепций, которые могут рассматриваться в их рамках либо как имеющиеся, либо как желательные. Вольф выделяет следующие:⁴

1. Система должна быть автономной. Это не означает, что такая система полностью независима от национального правового порядка и не контролируется национальной правовой системой через оговорку о публичном порядке либо через императивные нормы. Данная система ненациональна, но не «наднациональна». В рамках любой правовой системы на нее могут накладываться такие же ограничения, как и на случаи применения иностранного права.

С нашей точки зрения надо было бы говорить и о том, что система самодостаточна, то есть исключает национальную и международную юрисдикцию. Действительно, если какая-либо норма получила широкое признание на национальном и международном уровне, она вполне может быть воспринята *lex mercatoria*.

2. Система должна предусматривать правила, достаточные для разрешения спора. Для выполнения своей сущностной функции — разрешения спора, вытекающего из международных сделок, *lex*

¹ Международное частное право: современные проблемы / Под ред. проф. М. М. Богуславского. М., 1994. 398 с.

² Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Наркомост РСФСР, 1924.

³ Общие принципы права / Обычаи делового оборота. *Lex Mercatoria*. http://www.miripravo.ru/laws/law_lex.htm

⁴ Вольф М. Международное частное право. М.: Гос. изд. иностр. лит., 1948. С. 188-192.

mercatoria должно закреплять в своих нормах определенные правила. Такая система призвана выполнять функцию восполнения правового пробела и отвечать на вопросы, не урегулированные в контракте. Но даже с учетом данного утверждения подобная система не обязательно будет столь же полной, как правовая система государства.

Целесообразно отметить, что *lex mercatoria* должно рассматриваться как комплекс мер, существующих в контексте международной торговли, который, однако, не исключает возможности обращения к государственной системе для восполнения пробелов такого контекста. Речь не идет также об универсальности такой системы. Как отмечается, универсальность зависит от условий, в которых действуют стороны, однако такие условия могут быть весьма отличными для коммерсантов из мусульманских государств по сравнению с европейскими или североамериканскими.

3. *Lex mercatoria* — система права. Коль скоро это так, данная система должна содержать нормы, обязательные для сторон контракта и органа, разрешающего спор. Если такие нормы — только указания или принципы, выбор *lex mercatoria* для вынесения решения по спору лишает его обязательной силы. Полномочия арбитража в применении *lex mercatoria* не выйдут за рамки права действовать в качестве *amiable composition* («дружеского посредника» в разрешении спора). Впрочем, данное положение является предметом дискуссии. Активные сторонники «транснационального права» проводят серьезные различия между *amiable composition*, когда юридические правила могут быть проигнорированы, и решениями на основе *lex mercatoria*, где такие правила должны применяться, даже если они приведут к несправедливому результату.

Мы считаем, что в исследованиях по данному вопросу можно выделить следующие принципы *lex mercatoria*:

- договоры должны соблюдаться (*pacta sunt servanda*);
- договоры должны исполняться добросовестно (*bona fide*);
- наступление форс-мажорных обстоятельств может служить основанием для неисполнения обязательств;
- экспроприация должна сопровождаться адекватной компенсацией;
- недействительность контрактов, нарушающих добрые нравы, и др.

М. Богуславский приводит также принцип допустимости расторжения контракта стороной в случае существенного нарушения его партнером.¹

¹ Международное частное право: современные проблемы / Под ред. проф. М. М.

Среди источников *lex mercatoria* указывают так называемые международное законодательство и международный торговый обычай.¹ Первое включает международные конвенции, типовые законы, разрабатываемые на международном уровне в качестве модели для национальных нормативных актов. В понятие обычая вкладывается более широкое (по сравнению с национальными системами) содержание. Это обычаи, обыкновения, типовые контракты и общие условия, своды единообразных правил. Особенно часто упоминаются документы Международной торговой палаты и, в первую очередь, правила ИНКОТЕРМС (*ИНКОТЕРМС — сборник международных торговых терминов с толкованиями, составленный на основании опыта мировой торговой практики*), а также Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (*УНИДРУА - Международный институт по унификации частного права в Риме; межправительственная организация, созданная в 1926 г. В число членов входит и РФ. Издает ежегодник. УНИДРУА были подготовлены проекты конвенций по целому ряду вопросов (международной купле-продаже товаров, представительству, перевозкам грузов и пассажиров, а также по иным вопросам)*), базис которых составляет международный торговый обычай, причём правила УНИДРУА обобщают наиболее важные положения. Благодаря публикации принципов УНИДРУА правила международной торговли приобрели системность, что позволило говорить о *lex mercatoria*, как самостоятельной регулирующей системе. Далее это положение было закреплено в Принципах Европейского контрактного права (1995г.).²

Аргументы противников существования «транснационального права» сводятся к следующим двум положениям:

- 1) *lex mercatoria* не существует в качестве права как такового;
- 2) его содержание слишком расплывчато и неопределенно.

(1). Данное мнение исходит из того, что все юридические нормы должны проистекать из государственного суверенитета либо признаваться им. *Lex mercatoria*, естественно, такому требованию не отвечает. Следовательно, делается вывод о том, что если стороны приходят к соглашению о регулировании их отношений негосударственными правилами, данный выбор ничтожен, и

Богуславского. М., 1994. 398 с.

¹ Общие принципы права / Обычаи делового оборота. *Lex Mercatoria*. http://www.miripravo.ru/laws/law_lex.htm

² Сироткина О.В. Принципы европейского договорного права: история создания, статус и основные положения // Сборник научных трудов. Серия "Право", выпуск № 1. - СевКавГТУ, Ставрополь, 2003. - С. 23.

применимое право определяется исходя из традиционных критериев. Более того, при соглашении сторон о применении *lex mercatoria* арбитражной инстанцией ее решение не является обязательным к исполнению с точки зрения национального суда.¹

С нашей точки зрения подобные аргументы игнорируют реальность. Система норм может действовать достаточно эффективно, даже не будучи правом в полном смысле слова. Пример — система мусульманского права по отношению к тем государствам, где подобное право не воспринимается как таковое. Однако справедливым кажется утверждение о том, что последнее слово в определении последствий соглашения о применении *lex mercatoria* (как и в вопросе признания арбитражных решений на его основе) принадлежит национальному суду.

(2). «Транснациональное право» не является упорядоченной, согласованной и достаточно полной совокупностью юридических правил, содержание которых с должной степенью может быть установлено заинтересованными лицами. Высказывается опасение, что обращение к общим принципам права носит искусственный характер и создает лишь видимость упорядоченной системы. Данный аргумент, пожалуй, наиболее серьезный в критике *lex mercatoria*. Однако можно возразить, что классическая система выбора права также полна неопределенностей, не исключает нюансов и разночтений. Ее очевидный недостаток — возможность судей применить какую-либо «национальную тенденцию» и тем самым дезориентировать стороны применением нормы *lex fori* (закона суда), даже если они выбрали в качестве применимого право иного государства.

Хотим обратить внимание на то, что *lex mercatoria* не только фиксируется международными организациями и судами, но они фактически создают его, определяя содержание норм и кодифицируя их. Механизм реализации норм *lex mercatoria* базируется, в основном, на принципе самоконтроля, роль санкций выполняют исключение из организаций, риски подрыва деловой репутации, составлением «черных» списков и т.п.

Следует сказать, что в области коммерческого арбитража некоторые страны признают *lex mercatoria*. Наиболее определённо это проявляется во французском законодательстве, где арбитраж свободен в его выборе согласно ст. 1496 Гражданского процессуального

¹ Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы). Автореф. дисс. на соискание учен. степ. канд. юрид. наук. Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД РФ. М., 1998.

кодекса. Российский Закон о международном коммерческом арбитраже, основанный на типовом законе ЮНСИТРАЛ (*Комиссия ООН по праву международной торговли - (ЮНСИТРАЛ) - вспомогательный орган Генеральной Ассамблеи ООН, создана в 1966 г. в целях содействия развитию права международной торговли. ЮНСИТРАЛ подготовила, среди прочих актов, Конвенцию об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. и Протокол о поправках к ней 1980 г., Конвенцию о морской перевозке грузов 1978 г., Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.*), содержит формулировку, допускающую применение транснациональных норм: «Третейский суд разрешает спор в соответствии с нормами права, которые стороны избрали в качестве применимого по существу спора» (п. 1 ст. 28).¹ Наиболее чётко в пользу использования *lex mercatoria* высказывается Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г.² Множество международных конвенций не признаёт возможности применения *lex mercatoria* в качестве применимого права. Например, Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г.³ прямо предусматривает применение только норм национального права. Что касается правоприменительной практики, то например, в отечественной существуют случаи применения Принципов УНИДРУА:

В ходе арбитражного разбирательства по делу 116/199 (решение по которому было вынесено в январе 1997 г.) стороны (российская и гонконгская организации) договорились о разрешении спора в соответствии с Принципами, причём в решении МКАС при ТПП РФ (*Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации - ведущий в России и странах Восточной Европы третейский суд по разрешению коммерческих споров международного характера, преемник Внешнеторговой арбитражной комиссии, образованной при Всесоюзной торговой палате в 1932 году*) указал, что принципы УНИДРУА применяются как право, регулирующее договор сторон.

На основе проведенного исследования можно констатировать, что в настоящее время недостаточно внимания уделено правовому регулированию частноправовых отношений, осложненных

¹ Закон РФ о Международном Коммерческом Арбитраже от 7.07.1993 г. N 5338-I (в ред. от 03.12.2008 N 250-ФЗ). «Российская газета», N 156, 14.08.1993

² Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (академический курс): Учебник. М.: Волтерс Клувер, 2004. 496 с.

³ Николокин С.В. Международный коммерческий арбитраж. М.: Юстициформ, 2009. 216 с.

иностранном элементом. В условиях глобализации данному вопросу должно уделяться все больше внимания. Однако есть и положительные моменты в правовом урегулировании вопроса: *lex mercatoria*... которая отнюдь не самодостаточная система, охватывающая все аспекты международного торгового права, а, скорее источник права, основанный на традиционной практике, конвенциях, прецедентах и множестве национальных правовых систем. Оно может представлять альтернативу в случае коллизии законов, которая зачастую является надуманной и неубедительной, и избежать применения правил, не согласующихся с нуждами и обычными международными нормами.

Развивая и совершенствуя систему правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, можно увеличить эффективность деятельности органов государственной власти, а путем принятия новых законов, учитывая при этом недостатки старых – восполнить пробелы в законодательстве.

*Придворова Мария Николаевна,
к.ю.н., доцент Института права
ФГБОУ ВПО «Тамбовский
государственный университет имени
Г.Р. Державина», Россия, г. Тамбов*

ГЛАВА 14. ЗНАЧЕНИЕ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ДЛЯ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА В ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Принципы гражданского права выступают в качестве руководящих идей для регулирования гражданско-правовых отношений и при разрешении споров. Принцип свободы договора является не только идеей, но и гражданско-правовой нормой, зафиксированной в п.1 ст.1 ГК РФ, поэтому его реализацию можно рассматривать в аспекте нормативно закрепленного правила поведения и правового принципа, имеющего практическую реализацию.

В частности, с учетом закрепленных в ст. 421 ГК РФ законоположений принято выделять четыре главных элемента, составляющих свободу договора (проявлений свободы договора): 1) свобода в решении вопроса, заключать или не заключать договор; 2)