

ДОГОВОРЫ КОММЕРЧЕСКОГО ПРАВА

АКТЫ ЧАСТНОПРАВОВОЙ УНИФИКАЦИИ В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ДОГОВОРНОГО ТОРГОВОГО ПРАВА

УЧЕБНОЕ ПОСОБИЕ ДЛЯ ВУЗОВ

Ответственный редактор — **В. А. Белов**

Книга доступна на образовательной платформе «Юрайт» urait.ru,
а также в мобильном приложении «Юрайт.Библиотека»

Москва ■ Юрайт ■ 2021

УДК 347.73(075.8)

ББК 67.404я73

Д59

Ответственный редактор:

Белов Вадим Анатольевич — доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова.

Договоры коммерческого права. Акты частноправовой унификации в системе источников договорного торгового права : учебное пособие для вузов / В. А. Белов [и др.] ; ответственный редактор В. А. Белов. — Москва : Издательство Юрайт, 2021. — 336 с. — (Высшее образование). — Текст : непосредственный.

ISBN 978-5-534-14599-1

Настоящее издание представляет собой сборник статей — третий в серии «Договоры коммерческого права» — посвященных вопросам общего понятия актов частноправовой унификации (актов soft law или new lex mercatoria [NLM]) и их места в системе источников права торговых (коммерческих) договоров. В статьях рассматривается ряд ключевых проблем, касающихся оснований и условий их применения, источника обязательности, соотношения их правил с нормами национального законодательства; особый очерк посвящен правилам актов частноправовой унификации об оспаривании коммерческих договоров по мотиву их совершения под влиянием заблуждения; кроме того, в сборнике впервые публикуются русские переводы нескольких актов ЧПУ — морских законов Олерона, Висби и Ганзейских городов, а также Кодекса английского договорного права.

Для студентов юридических вузов и факультетов, изучающих гражданское и торговое (коммерческое) право, а также для всех интересующихся.

УДК 347.73(075.8)

ББК 67.404я73

Все права защищены. Никакая часть данной книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме без письменного разрешения владельцев авторских прав.

ISBN 978-5-534-14599-1

© Коллектив авторов, 2021

© ООО «Издательство Юрайт», 2021

Оглавление

Авторский коллектив	6
Торговые договоры и акты МЧПУ (вместо предисловия)	7
Основания и практика применения актов <i>lex mercatoria</i> международными коммерческими арбитражами, иностранными и российскими государственными судами	25
§ 1. Основания применения актов <i>lex mercatoria</i> международными коммерческими арбитражами, государственными судами	28
§ 2. Практика применения актов <i>lex mercatoria</i> в практике иностранных арбитражных учреждений.....	41
§ 3. Практика применения <i>lex mercatoria</i> зарубежными государственными судами	49
§ 4. Практика применения <i>lex mercatoria</i> российским международным коммерческим арбитражем и российскими государственными судами	58
Заключение.....	68
Соотношение правил нового <i>lex mercatoria</i> и диспозитивных норм национального права	70
Глава 1. Правовая природа <i>new lex mercatoria</i>	70
§ 1. Основные теории <i>new lex mercatoria</i>	70
§ 2. Торговые обычаи как исходный материал <i>new lex mercatoria</i> ...	77
§ 3. Природа норм обычного права.....	82
§ 4. Постановка проблемы конкуренции диспозитивных норм государственного и обычного происхождения: столкновение национального и транснационального правопорядка.....	89
Глава 2. Либеральная трактовка <i>new lex mercatoria</i>	91
§ 1. Методологический аспект.....	91
§ 2. Ценность учения Ф. А. Хайека для анализа <i>new lex mercatoria</i> : критика «Чистого учения о праве» Г. Кельзена.....	94
§ 3. Приложение учения Ф. А. Хайека к <i>new lex mercatoria</i> : либерализм против конструктивизма	104
Правила негосударственного регулирования торговых договоров в их соотношении с позитивным коммерческим правом	118
§ 1. Место правил негосударственного регулирования торговой деятельности в механизме правового регулирования ..	118

§ 2. Действие правил негосударственного регулирования торговой деятельности.....	133
§ 3. Социальная легитимация правил негосударственного регулирования торговой деятельности	144
§ 4. Систематизация и учет правил негосударственного регулирования торговой деятельности при формировании позитивного коммерческого права.....	148

**Условия оспаривания торгового договора коммерсантом
по мотиву впадения в заблуждение: российская
правоприменительная практика в свете положений актов
NLM**

Введение	168
§ 1. Терминология и общее описание условий, необходимых для аннулирования договора в связи с заблуждением одной из сторон	170
§ 2. Существенный характер заблуждения	174
§ 3. Причастность контрагента к заключению договора под влиянием заблуждения	185
§ 4. Извинительность заблуждения	198
§ 5. Заблуждение относительно будущих обстоятельств	206
§ 6. Заблуждение, касающееся вопросов права.....	209
Заключение.....	213

**Древние морские законы Олерона, Висби и Ганзейских
городов, «still in force» (введение и русский перевод)**

Законы Олерона	221
Морские законы Висби	239
Морские законы Ганзейских городов	252

**Кодекс английского договорного права (1966—1972):
происхождение, структура и содержание (вступительная
статья и русский перевод)**

ЧАСТЬ I. ДЕЙСТВИТЕЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ.....	285
Заключение соглашения	285
Содержание	290
Исполнение	293
Нарушение	297
Присуждение к исполнению в натуре	300
Убытки	303
Реституция	307
Акты установления фактов	310
Соотношение средств правовой защиты	310
ЧАСТЬ II. ДЕФЕКТНЫЕ ДОГОВОРЫ.....	311
Договоры, противоречащие публичному порядку	311
Договоры, не соответствующие формальностям	314
Договоры лиц, не обладающих полной дееспособностью	316

Договоры, совершенные в отсутствие свободного согласия	320
Договоры, заключенные под влиянием общей ошибки.....	323
Договоры, исполнение которых перестало быть возможным	325
ЧАСТЬ III. ДОГОВОРЫ И ТРЕТЬИ ЛИЦА.....	328
Многосторонние договоры	328
Договоры, заключенные через агентов	330
Договоры, создающие права и обязанности для третьих лиц.....	331
Передача договорных прав и обязанностей	333

Авторский коллектив

Белов Вадим Анатольевич — доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова;

Мухлисов Тимур Тагирович — магистр права, выпускник кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова;

Нектов Артем Витальевич — бакалавр права, магистрант кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова;

Панарина Мария Михайловна — кандидат юридических наук, выпускник кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, доцент Департамента теории права и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»;

Родионов Владимир Игоревич — магистр права, выпускник кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, адвокат Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры».

Составитель, редактор и автор вступительной статьи

Белов Вадим Анатольевич — доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова.

Торговые договоры и акты МЧПУ (вместо предисловия)

Настоящая — третья — книга, выходящая в серии «**Договоры коммерческого права**», посвящена проблематике *актов частноправовой унификации* норм торгового (коммерческого) права, в первую очередь — унификации *международной* (МЧПУ).

На первый взгляд может показаться, что избранная тематика несколько не укладывается в первоначально намеченную собственно договорную торгово-правовую направленность наших сборников. Действительно, где *торговые договоры*, а где — *акты МЧПУ*! Торговые (коммерческие) договоры — это *юридические факты*, а акты МЧПУ — один из *источников* торгового (коммерческого) права, к тому же источник *негосударственного* (т. е. весьма специфического для нашей страны) происхождения и применения. Факты и — источники! — реальности, между которыми лежат, как наверняка скажут, дистанции огромного размера. При *таком* подходе под «договорной» вывеской можно будет рассмотреть, пожалуй, все что угодно — любые юридические институты, конструкции и вообще реалии правового мира.

Мы полагаем, что подобное впечатление обманчиво (а, стало быть, провоцируемые им упреки имеют лишь поверхностный, чисто внешний характер). В его основе едва ли не чисто филологическое противопоставление терминов, не учитывающее, ни, с одной стороны, той специфики, которой отличаются *договоры*, используемые не в общегражданском быту, а именно в *торговом* (коммерческом) обороте, с другой — того *своеобразия*, которым отличаются *акты частноправовой унификации* как *источники права*. Мы уже имели случай излагать наши воззрения по этим вопросам¹; не повторяя их подробно, напомним только их концентрированную суть.

Посмотрим на ситуацию сперва «со стороны» **торговых (коммерческих) договоров**. Благодаря своему *типическому содержанию*, а также *массовой, изо дня в день повторяющейся практике заключения и исполнения*, они формируют *торговую (коммерческую) до-*

¹ См. нашу статью «Торговый договор и законодательство» в первом сборнике «Договоры коммерческого права» (М., 2019. С. 13—57), а также наши очерки о торговых договорах и актах МЧПУ в книге «Торговое (коммерческое) право: актуальные проблемы теории и практики» (М., 2019. С. 395—449, 680—716).

говорную практику — ту самую почву, на которой создаются и вырастают *большинство институтов договорного права*, по крайней мере, в том его современном виде, в котором оно обслуживает капиталистические (рыночные) экономические отношения. Именно *торговые (коммерческие) договоры* поставляют 90 % материала для разделов современных гражданских и торговых кодексов, посвященных *обязательственному и договорному праву*; именно состав и существо договоров, необходимых в повседневной деятельности торговца (коммерсанта) *предопределяют структуру этих разделов*, а вслед за ней и *взгляд на систему договоров*, притом, уже не одних только специально-торговых, но и *всех договоров вообще*, преподносимых как общегражданские.

Наконец, распространяясь не только в *глубины* частноправовой материи, но также *вдаль* (ориентируясь на будущее) и *вширь* (т. е. приобретая интернациональный характер), практика применения торговых договоров сама приобретает черты *правового регулятора общественных отношений*. Подавляющее большинство своих действий современные коммерсанты совершают не потому, что «таков закон» и (как ни странно!) даже не потому, что они специально об этом договорились (давайте, дескать, сделаем так-то и так-то) — нет! Подавляющее большинство своих действий они совершают либо потому, что 1) **«так всегда делали»** (они сами в своих отношениях между собой), либо потому, что 2) **«все так делают»** (все коммерсанты вообще, или, по крайней мере, коммерсанты-участники определенных в предметном и территориальном отношении рынков). Откуда берется то и другое представление и что они — представления эти — отражают? Ответ очевиден: берутся из *договорной практики* (собственной или же практики всех коммерсантов, практики как таковой) и отражают эту самую *договорную практику*. Ну а при наличии между коммерсантами какого-нибудь *генерального, рамочного или иного организационного договора* — акта, ориентированного на *будущее (!)* и рассчитанного на *неопределенное заранее число случаев его применения (!)* — оказывается возможным и третий ответ: 3) **«мы договорились, что всегда будем поступать именно так»**. Что ни говори, но отрицать, как минимум, некоторых элементов *нормативности* подобной практики никак невозможно.

Теперь зайдем с другой стороны — со стороны **актов частноправовой унификации**. Что становится ее предметом? В первую очередь — нормы и правила, составляющие ту самую *торговую договорную практику*, о реальном нормативном значении которой мы только что рассказывали. Вне рамок такой унификации эти нормы и правила могут иметь различную форму и природу, чаще всего — *деловых обыкновений, торговых обычаев*, в том числе так

называемых *парер*¹, *решений арбитражных (третейских) судов по коммерческим спорам, условий типовых (модельных) договоров*, разрабатываемых организациями коммерсантов, и, наконец, *пунктов стандартных проформ, накладных, коносаментов, полисов и прочих подобных документов* (договоров присоединения), применяемых в торговой (коммерческой) практике². Но, конечно же, ничто не мешает включать в частноправовые унификации и нормы-правила, происходящие из иных источников, как-то *международных договоров*, типа всемирно известной Конвенции ООН 1980 г. (Венской конвенции) о договорах международной купли-продажи товаров, *некоторых национальных кодексов и законов*, вроде, опять-таки, пользующегося международным признанием английского Sale of Goods Act 1893/1979 гг., *актов наднационального уровня* (примерами тут могут служить нормы из многочисленных регламентов и директив ЕЭС и ЕС), руководящих разъяснений и решений государственных судов, других актов частноправовой унификации и т. д. и т. п. Строго говоря, нет никаких препятствий к тому, чтобы составители подобных актов даже *формулировали* (при необходимости)... *свои собственные новые нормы*. Но где же критерий такой необходимости? Какие нормы следует делать предметом работ по частноправовой унификации, и в каких случаях можно брать на себя смелость их самостоятельного конструирования? Думается, что главным такого рода критерием является ***отражение соответствующей нормой состояния и содержания реально существующей договорной торговой (коммерческой) практики***. Вопросы же о том, не является ли та или иная норма продуктом творчества частных кодификаторов и если нет, то откуда конкретно она происходит (когда возникла, откуда взялась, каким целям служила и пр.), или из какого именно источника она заимствована (почерпнута), на этом фоне переходят в разряд второстепенных — справочных и технических.

Естественен вопрос: неужели же предметом частноправовой унификации совсем не может быть *никакая другая договорная практика кроме торговой (коммерческой)*? Разве невозможна частная унификация, скажем, банковской, страховой, перевозочной, рекламной или какой-нибудь риэлтерской договорной практики? Разве нельзя представить себе унификации практики взаимодействия коммерсантов не между собой, а с гражданами потребителями, притом, не только в сфере продажи товаров (розничной,

¹ То есть торговых обычаев, установленных решением какого-нибудь компетентного органа или организации, чаще всего суда или торгово-промышленной палаты.

² К этой же категории надлежит отнести условия многочисленных и разнообразных правил совершения разного рода торговых (коммерческих) операций — обычно упоминаемых в договорах в качестве приложений к таковым.

дистанционной, вне торговых помещений, электронной и пр.), но и выполнения работ (по ремонту жилья, пошиву одежды, обуви и пр.) и оказания услуг (гостиничных, ресторанных, туристических и пр.)? Разве договорная практика взаимодействия граждан-потребителей друг с другом — к примеру, на вторичном рынке недвижимости, подержанных автомобилей, всякого вообще секонд-хенда, букинистики, антиквариата, прочих предметов коллекционирования — не может быть унифицирована? Неужели нет норм, которые могли бы наполнить содержание частных унификаций в сфере семейных, или, скажем, трудовых правоотношений? А каким благом для тех же коммерсантов стали бы единые по всему миру правила — хотя бы и в самом минимальном количестве — о юридических лицах, о переходе права собственности, об исключительных правах, о круге наследников по закону, об ответственности за причинение вреда и т. д. Кажется, на все эти и иные подобные вопросы не может быть дано никакого другого ответа, кроме положительного — а вот поди ж ты! — частных унификаций в этих областях или не создается вовсе, или же их практическое значение ограничивается весьма нешироким кругом своих непосредственных участников и адресатов; за его пределами подобные унификации неизвестны. Имеющихся сегодня налицо исключений из этой закономерности — частные унификации рекламных, маркетинговых, некоторых сфер транспортных и банковских отношений — очень немного и, к тому же, все они тем или иным «боком» соприкасаются с сферой собственно-торговой (коммерческой) деятельности, частноунифицированная договорная практика ведения которой только еще резче и яснее оттеняется вот этим общим безрадостным фоном.

Можно предположить, что отправной точкой для объяснения описанного феномена должно стать явление, известное в нашей науке под именем *коммерциализации гражданского* (а вернее будет сказать, *частного*) *права*. Явление это ведет начало, по всей видимости, еще из средневековья, т. е. из той эпохи, когда только-только зарождавшаяся в Западной Европе практика купеческой торговли заставила здорово потесниться рецепируемые положения римского права. Рядом с ними, довольно существенно подправляя, а то и заменяя их, стали складываться положения, рассчитанные не столько на укрепление правового положения средневековых земельных собственников, сколько на оборот массовых движимых вещей — товаров. По мере возникновения в недрах феодального хозяйства зачатков капиталистических (рыночных) отношений, по мере их укрепления и развития, число подобных норм возрастало, область их распространения расширялась, а содержание самих норм отходило от классического римского права все дальше и дальше. Видимо, апофеозом такого развития правильно считать нормы о *юридических лицах и ценных бумагах* — конструкциях, сознатель-

но и целенаправленно отступающих от начал участия в частном имущественном обороте от своего имени, на свой счет, свой страх и риск — ключевого принципа частного гражданского права.

В настоящее время — на фоне взрывного развития средств электронных коммуникаций, цифровых форм инкорпорации благ и виртуальной реальности — углубление намеченной еще на заре Нового времени пропасти между классическим римским и новым капиталистическим (коммерциализированным) гражданским правом продолжается. Гражданскому праву не остается ничего другого, как лишь упорно «не замечать» этого обстоятельства. Но не замечать его все сложнее и сложнее. Торговая практика (коммерция) — та самая сфера, где такое углубление происходит самыми быстрыми темпами и потому является наиболее очевидным. Известно, что не имея возможности остановить неуютный процесс, лучше всего его организовать и возглавить. Именно этот путь и избрало современное гражданское право, которое занялось тем, что стало заимствовать, черпать из капиталистического права торгового оборота максимум возможного и невозможного, постоянно изменяя (обогащая) свое содержание, и представляя дело так, как будто речь идет о его собственном перманентном развитии. Даже правила сперва Гаагских (1964 г.), а затем и Венской (1980 г.) конвенций о договорах международной (!) купли-продажи товаров, даже правила Принципов международных (!!) коммерческих (!!!) договоров УНИДРУА, многие национальные законодатели (не исключая, кстати, и российского) стали выдавать за нормы, относящиеся ко всяким видам купли-продажи вообще, а то даже и за общие положения договорного и обязательственного права, притом, чуть ли не «исконно-римских» корней. Не нужно, однако, быть слишком уж острым наблюдателем, чтобы заметить, что в действительности речь идет о *подмене собственного-гражданского содержания гражданского права содержанием торговым*, иными словами — о постепенном, но верном *сужении области применения гражданского права с перспективой его вытеснения из правовой системы и его замене правом торговым (коммерческим)*. Тем *центром*, из которого начинается и вокруг которого «раскручивается» циклон коммерциализации гражданского (шире — частного) права, является *договорная торговая (коммерческая) практика*, притом, *в том именно виде*, в каком она зафиксирована и описана *актами частноправовой унификации*. *Торговые договоры создают торговую практику; акты частноправовой унификации ее фиксируют, а зафиксировав — распространяют, притом, в среде не одних только коммерсантов, но также и экспертов, судей, законодателей и ученых-юристов.*

Вот, кажется, ясное и емкое описание точки сопряжения двух, на первый взгляд, не очень связанных друг с другом юридических феноменов. Постичь правовую сторону современной договорной

торговой (коммерческой) практики уже невозможно, не обращаясь к изучению, по крайней мере, таких ключевых *актов международной частноправовой унификации*, как:

1) *Принципы международных коммерческих договоров (PICC) УНИДРУА* (в ред. 1994, 2004, 2010, 2016 гг.);

2) *Принципы европейского договорного права (PECL)*, подготовленные Комиссией по европейскому договорному праву под руководством О. Ландо и под эгидой Еврокомиссии (в ред. 1995/1998, 1998 и 2002 г.);

3) *Принципы, определения и модельные нормы европейского частного права: проект Общей справочной системы (DCFR) 2009 г.*;

4) *Свод принципов, правил и требований lex mercatoria СЕНТРАЛ (CENTRAL Principles)*, впервые опубликованный в 2003 г.;

5) *Кодекс Европейского договорного права (ECC) 1992—2002 гг.* Академии Юристов по Европейскому частному праву из г. Павия (Италия);

6) *Принципы действующего договорного права Европейского Союза (ACQP)* (в ред. 2004, 2009, 2013 гг.);

7) *Кодекс [английского] договорного права*, подготовленный в 1966—1972 гг. Комиссией Английского права под руководством Х. МакГрегора.

Но это — только акты, содержащие *общие* (!) положения договорного и обязательственного права. Тот, кто хотел бы перейти от общих положений к правовому регулированию конкретных торговых (коммерческих) договоров, должен будет этот перечень пополнить и расширить, притом, для некоторых договоров весьма значительно. Так, желая составить себе представление о правовом режиме *договора купли-продажи товаров*, нужно будет изучить:

1) специальные нормы о купле-продаже товаров, имеющиеся в только что названных **DCFR** и **ECC**;

2) также помянутые уже выше *Венскую конвенцию* (в международном обиходе известную под аббревиатурой **CISG**) и *Английский закон о продаже товаров (SOGA)*: вспомним, что истоки первой восходят к проекту Единообразного закона о международной купле-продаже товаров, впервые подготовленному в 1935 г. в рамках УНИДРУА именно в качестве акта МЧПУ; что же касается второго документа, то он фактически сегодня используется более, чем половиной торгового мира не столько как закон, сколько как акт МЧПУ — пример для следования и подражания;

3) нормы ст. ст. 2.101—2.725 *Единообразного торгового кодекса (ЕТК или UCC) США* — документа, который (несмотря на свое наименование *кодексом* и приурочение к государству — Соединенным Штатам Америки) по своему статусу всегда был и остается актом частного происхождения, не имеющим законной силы без его ратификации отдельными штатами;

4) *Единообразный общеевропейский закон о продаже товаров (CESL)* 2013 г., претендовавший на роль наднационального акта, но так им и не ставший, оставшийся в статусе акта МЧПУ;

5) правила *Инкотермс* в редакциях, как минимум, 2010 и 2020 гг.;

6) *Типовые контракты международной купли-продажи готовых изделий*, подготовленные Международной торговой палатой в ред. 1998 и 2013 гг. (публикации МТП №№ 556 и 738).

А ведь мы назвали только самые известные на сегодняшний день документы, притом, самые известные в Европе и здесь у нас, в России. А многие ли знакомы с общими положениями договорного и обязательственного права, или нормами о купле-продаже товаров, содержащимися, например, в *Единообразном акте ОХАДА по общему коммерческому праву* (2010 г.), или *Общих торговых обычаях Республики Югославия* (1954 г.)? Многие ли скажут, чему были посвящены три (1923, 1928 и 1953 гг.) редакции акта, получившего известность под названием *Парижский кодекс*? существует ли русский перевод хотя бы одной из них и где вообще можно было бы раздобыть хоть какое-нибудь его издание? Когда и куда исчезли, почему практически забылись другие ближайшие конкуренты *Инкотермс* — европейские *Варшавские* и *Варшавско-Оксфордские Международные правила сделок С. I. F.* (в ред. 1928 и 1932 гг.) и американский *AFTD* (1919 г.), впоследствии *RAFTD* (1941 г.)? что вообще означают эти последние сокращения? и если они относятся к каким-то актам МЧПУ, то где можно было бы их (или хотя бы что-нибудь про них) прочитать? Да что там «конкуренты»! — каждый ли из современных читателей имеет в своей библиотеке (бумажной или электронной) предыдущие версии самого *Инкотермс*? Редакции эпохи позднего социализма и продвижения России к рыночной экономике — т. е. 1980, 1990 и 2000 гг. — наверное, сохранились у многих, а вот что насчет редакций более ранних — 1976, 1967, 1953 и уж конечно 1936 гг.? Кто скажет, какие вопросы трактовал документ, изданный отнюдь не в 1920-х и 1930-х годах, нет! — в 1967 г.! — той же Международной торговой палатой под наименованием «*dp Brochure*» и почему он не издавался никогда более? Кто может ответить, какую роль в становлении и кристаллизации опыта и практики подготовки актов МЧПУ сыграли труды журналиста британской «*The Times*» *Камберта Могана* [*Cuthbert Maughan*] (1884—1953) или назвать хотя бы две-три организации коммерсантов, разрабатывающие и внедряющие в торговую практику типовые контракты купли-продажи, подобные помянутому выше Модельным контрактам МТП?¹

¹ На некоторые из этих вопросов мы ответили в наших уже напечатанных работах; на другие же — планируем ответить в публикациях, либо уже сданных в печать, либо еще пока только подготавливаемых к печати.

В заключение вот этого нашего (несколько затянувшегося) вступительного слова, просим заметить, что весь этот перечень составляют акты, трактующие вопросы об *одной только купле-продаже товаров*. Бесспорно, купля-продажа товаров (движимых массовых коммерчески заменимых вещей) — центр тяжести права договорного, в то время как последнее — сердцевина права коммерческого, но ведь кроме нее существует и целый ряд других *разнообразных областей коммерческой деятельности*, «поставляющих» материал договорной практики для частноправовой унификации, притом, не только не менее, но едва ли и не более изобильно! Особым богатством в этом отношении, притом, именно в *историческом* аспекте, всегда отличалось *морское* торговое право; до совсем недавнего времени с ним соперничало право *вексельное*. Результат — многовековое параллельное существование рядом с системой юридических норм, воплощенных в форму «традиционных» (государственно-властных) источников *массива правил, ничуть не менее нормативных и правовых, удостоенных «чести» быть замеченными и сведенными в акты унификации, созданные усилиями и подкрепленные авторитетом частных лиц — акты частноправовой унификации*. Какие правила и почему туда попадают и что с ними случается после того, как это произошло? в частности, *изменяют ли эти правила свою юридическую природу, приобретают ли какие-либо новые качества и если да, то за счет чего (уж не за счет ли утраты тех, что были им присущи изначально)?* Органическая связь всего, вращающегося вокруг актов МЧПУ комплекса юридических вопросов с договорной коммерческой практикой объясняет актуальность их рассмотрения в сборнике, посвященном тематике договоров коммерческого права.

Настоящая книга — подобно двум предыдущим¹ — составлена из работ, подготовленных выпускниками кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова разных лет. Большинство их авторов уже известны читателям по первым двум книгам серии², т. е. в особом представлении не нуждаются. Что же касается общей оценки работ, составивших настоящий сборник, то она может быть весьма краткой: нам лично они представляются достойными публикации и благосклонного к ним читательского внимания (иначе бы мы их просто не стали печатать), хотя финальные заключения об уровне и качестве их подготовки, научной ценности и практической актуальности должны сделать, разумеется, сами читатели. Несколько слов

¹ Напомним, что книга первая, посвященная проблемам общей теории коммерческих договоров, вышла в 2019 г., а вторая, о проблемах договора купли-продажи товаров — в 2020-м.

² См. стр. 58—120 и 178—262 сб. 2019 г. (статьи В. И. Родионова и Т. Т. Мухлисова) и стр. 113—174 сб. 2020 г. (статья А. В. Нектова).

наших дальнейших представлений призваны лишь помочь им сориентироваться в выборе материалов, наиболее соответствующих их интересам.

Наименование статьи «*Основания и практика применения актов lex mercatoria международными коммерческими арбитражами, иностранными и российскими государственными судами*», подготовленной магистром права **Тимуром Тагировичем Мухлисовым**, полно и точно соответствует своему содержанию. Раскрывается же оно не просто путем перечисления точек зрения (один думает так, другой по-другому, третий иначе) с последующим сравнительным «взвешиванием» аргументов «за и против», но в связи с вопросом о *целях и задачах актов частноправовой унификации*, по крайней мере, в том их виде, какими они представляются субъектам правоприменения. Поскольку и сами цели/задачи различных актов частноправовой унификации и уж конечно представления о них у разных субъектов правоприменения различны, то и вопрос об основаниях применения таких актов получает несколько различных, порою довольно здорово не совпадающих друг с другом, ответов: у международных коммерческих арбитражей он один, у иностранных государственных судов — другой, у российских — третий.

Нельзя не согласиться с авторским наблюдением, согласно которому именно международные коммерческие арбитражи предлагают подход, наиболее, если так можно выразиться, широкий и вольготный, из серии «во имя справедливости времени и сил жалеть не следует». Действительно, если в постановлении справедливого решения могут оказать ту или иную помощь акты МЧПУ, то каковы могли бы быть причины для отказа от их применения? Вопрос по сути переворачивается, превращаясь из вопроса об основаниях и условиях применения актов МЧПУ в вопрос об основаниях и условиях отказа от их применения. Рассматривая эти последние, автор устанавливает, что в конечном счете таких препятствий на самом деле либо нет совсем, либо они проистекают из недостаточности или недоговоренности отдельных национальных законодательств (т. е. по существу имеют чисто технический характер), либо (отчасти) объясняются своеобразным пониманием и толкованием отдельных положений таких законодательств, принятых в том или другом национальном правовом порядке и правоведении.

Разумеется, не только не вызывает неприятия, но и кажется совершенно естественной и сама собою разумеющейся подмеченная автором «взаимная связь между развитием *lex mercatoria* и международным коммерческим арбитражем»: «чем более развитым становится арбитраж как способ разрешения международных коммерческих споров, тем больше появляется предпосылок и оснований к активному применению актов *lex mercatoria* (и наоборот)». Отмеченная поначалу скорее как гипотеза, эта закономерность в по-

следующем блестяще иллюстрируется автором на конкретном практическом материале из деятельности иностранных арбитражных учреждений.

С применением актов МЧПУ судами государственными дело обстоит, разумеется (и предсказуемо), иначе. Но тут — и как раз на этом автор совершенно правильно заостряет свое внимание — главным, заслуживающим внимания обстоятельством является не сравнительная редкость случаев такого применения, и даже не сравнительно узкая «целевая сфера» такого применения (приведение в исполнение иностранных арбитражных решений), а то, что *несмотря на жесткие формальные (законодательные) к тому препятствия случаи такого применения все же встречаются*. Пусть пока оно требует *опоры на волеизъявление (договоренность) сторон* или имеет лишь *поверочный (вспомогательный, дополнительный) характер* — лиха беда начало. Нельзя не согласиться с автором, что как сами случаи такого применения, так и недавно имевшее место (здесь у нас, в России) их освещение авторитетом Пленума Верховного Суда, «будет способствовать развитию коммерческого права и оборота в нашей стране».

Статья **Артема Витальевича Нектова** «Соотношение правил нового *lex mercatoria* и диспозитивных норм национального права», подобно другим известным нам его работам, отличается, прежде всего, своей основательностью, доходящей до фундаментальности и энциклопедичности. Она распадается на две примерно равные по объему части (главы), первая из которых описывает существующее положение дел (отчасти, кстати сказать, пересекаясь с эмпирическим материалом, использованным Т. Т. Мухлисовым) и формулирует проблему сосуществования и работы «*двух систем параллельного диспозитивного регулирования общественных отношений*», проблему конкуренции *двух — государственной и негосударственной — систем диспозитивных норм*; вторая же — посвящается ее решению. В этой (второй) части — вся соль работы, то, ради чего она писалась и затевалась, а именно — настоящий панегирик экономическому либерализму Фридриха Августа фон Хайека (1899—1992) как учению, необходимо-должному стать теоретическим базисом новой концепции права. Почему именно это учение? Автор объясняет свой выбор так: «Учитывая то, что *нормы NLM имеют негосударственное, вненациональное происхождение*, кажется будет правильным опереться на такую теоретическую модель права, которая, во-первых, имеет своим предметом *общественный порядок в широком смысле, а право считает лишь одной из его сторон*, лишь одним из его неотъемлемых компонентов, и, во-вторых, *допускает саму возможность негосударственного происхождения норм*». Выбор методологии исследования объясняется соображением о том, что таковая должна быть релевантной своему предмету. Допуская

квалификацию правил, содержащихся в актах частной унификации в качестве юридических норм, *мы должны изменить взгляд не только на самое право, но и на методологию его исследования*. Не в последовательном ли проведении этого завета в жизнь заключается предпосылка решения всех тех проблем с понятием *new lex mercatoria*, с описания которых автор начинает свой труд?

Желая проверить вот это свое предположение, А. В. Нектов, охарактеризовав основные, важные в методологическом отношении моменты учения Ф. А. Хайека, приложил их к исследуемому феномену. Что получилось в итоге? Много интересного: *настолько* много, и *настолько* интересного, что заключительный параграф его статьи, по всей вероятности, вскоре будет разобран на цитаты и эпиграфы. Переписывать его здесь нет никакого смысла — воспроизведем лишь финальный вывод: решение о применении актов частноправовой унификации и торговых обычаев к договорным отношениям сторон в отсутствие их соглашения об этом можно обосновать только правилом, согласно которому **«в случае конкуренции диспозитивных норм национального и вненационального происхождения — национальных правовых актов и торговых обычаев — государство должно признать пределы собственного нормативного регулирования»**, оставив за ними место для работы диспозитивных норм *new lex mercatoria*. Наблюдение, сделанное Т. Т. Мухлисовым насчет того, что вопрос об *основаниях и условиях применения* актов МЧПУ фактически уже превращен практикой международных коммерческих арбитражей в вопрос об *основаниях и условиях отказа от их применения*, в статье А. В. Нектова получает прекрасное теоретическое обоснование: не все то законодательное регулирование, что осуществляется *государством*, суть регулирование *правовое*, и не всякое регулирование, по сути своему являющееся *правовым*, непременно должно исходить от *государства*. Бывает по-разному и зависит все от содержания и внутренней напряженности (враждебности) той сферы общественных отношений, которые становятся предметом такого регулирования. Торговля (коммерция) — сфера таких отношений частных лиц, всестороннее государственное регулирование которых, будучи противным самому их существу, более вредит, чем помогает их развитию, а потому должно быть наименьшим, факультативным, остаточным; конкуренцию с диспозитивными нормами NLM система диспозитивных норм государственного происхождения должна проигрывать, что называется, по определению.

Автор следующей статьи — *«Правила негосударственного регулирования торговых договоров в их соотношении с позитивным коммерческим правом»* — кандидат юридических наук, доцент Департамента теории права и межотраслевых юридических дисциплин факультета права НИУ ВШЭ *Мария Михайловна Панарина*,

дебютирует в наших сборниках. Под научным руководством Софьи Юрьевны Филипповой она успешно закончила аспирантуру по кафедре коммерческого права и основ правоведения, а в 2018 г. защитила кандидатскую диссертацию на тему «Негосударственное регулирование торговой деятельности: унифицированные правила, обычаи и своды лучших практик»¹. Одна из ее глав — та, которая наиболее соответствует тематике настоящего Сборника — помещается в нем, переработанная в самостоятельную статью. Нам показалась интересной возможность ее напечатания рядом с только что рассмотренной статьей А. В. Нектова: две соседствующие друг с другом статьи, посвященные, в общем, *одной и той же тематике*, помимо своих собственных содержательных задач, могли бы продемонстрировать, во-первых, то, насколько силен тот отпечаток, который накладывает на всякую работу *творческая индивидуальность, личность ее автора*, а во-вторых — еще и то, как содержательные результаты исследования одной и той же проблематики зависят от используемых для этого *методов*. В то время, как А. В. Нектов принципиально отказывается от разработки феномена NLM методом юридической догматики, М. М. Панарина пользуется именно им; тем любопытнее оказываются полученные ею результаты.

Для М. М. Панариной акты *new lex mercatoria*² это, прежде всего, «новое явление в системе источников права, современным правоведением изученное в далеко недостаточной степени», что они «не вписываются ни в одну из традиционных категорий юридических документов, которые до сих пор разрабатывались на международном уровне». Явление — *новое*, но эта новизна никак не мешает ему отвоевать собственное место в «старой» (т. е. во вполне традиционной) *общей системе источников торгового (коммерческого) права*. Вот постановка проблемы, в которой вопрос природы нормы — государственной или негосударственной — воистину лишается всякого значения, ибо «в процессе образования права современного общества роль государства значительна, но не исключительна!» Остаются, следовательно, *содержание и роль*: то ли нормы актов МЧПУ должны иметь какое-то особое содержание, то ли выполнять какую-то особую роль в торговом обороте, недоступную нормам иных источников. М. М. Панарина останавливается на втором предположении, пытаясь отыскать место актов МЧПУ в системе

¹ URL: https://istina.msu.ru/download/90782158/1gBOEL:yeEquipN_mhB7FA16PbvbyMjvRJs/.

² Сама автор (подобно, кстати сказать, Т. Т. Мухлисову) предпочитает говорить просто о *lex mercatoria*, без уточнения «*new*», в частности, для того, чтобы подчеркнуть те глубокие исторические корни, которые имеет исследуемый феномен в его современном состоянии, и его принципиальное (хотя и не близкое, конечно) родство с торговым правом западноевропейского средневековья — правом автономно купеческого (негосударственного) происхождения.

источников права с точки зрения их роли в регламентации торгового оборота. *Формирование условий* торговых договоров, *толкование норм* позитивного торгового права, *определение круга и существа действий*, подлежащих совершению коммерсантами во исполнение коммерческих договоров и, наконец, *предоставление оснований для применения санкций* за собственное нарушение — вот те четыре главных аспекта, в которых, по мнению М. М. Панариной, проявляют себя нормы актов МЧПУ.

Но — казалось бы — а что же здесь нового? Разве предписания «традиционных» (государственных) нормативных правовых актов этих функций не выполняют? И да, и нет. «Да», *выполняют* в том смысле, что очерчивают *генеральные, общие для всех коммерсантов, императивные рамки*, в которые должны укладываться коммерческие договоры, толкование и применение права, действия по исполнению договоров, и ответственность за их нарушение; «нет», *не выполняют* — в том смысле, что *никак не могут быть «заточены» под потребности даже коммерсантов определенных групп* (например, работающих на рынках определенных товаров), *не говоря уже о потребностях коммерсантов конкретных*. Зато **именно для такой конкретизации, «заточки», «ручного регулирования» предназначены нормы права негосударственного происхождения** — того самого *lex mercatoria* или тех самых *актов МЧПУ*, о которых она ведет речь в своей работе. В терминологии автора предписания «традиционных» (государственных) нормативных правовых актов образуют **статическую часть** системы правовой регламентации торговых отношений (или, с некоторой долей условности, *собственно право*, право в самом узком и строгом смысле слова, «правила игры»), противопоставленную **части динамической** — *правовым средствам, обеспечивающим действие права в вышеуказанном первом (строгом, собственном) смысле слова*. Система права и его источников должна быть понимаема, таким образом, *не только статически, но и динамически*¹, притом, не в смысле своего генетического происхождения и исторического развития (это не новость), но в смысле своей *реальной работоспособности*. Последнее, конечно, само по себе тоже не представляет собой какого-то особого *un pouveau parole en droit*, — изречение насчет того, что «все законы писать, коли их не исполнять» у нас приписывают аж Петру I, — новым тут является **рассмотрение механизма обеспечения действенности**

¹ Это, конечно, очевидная параллель с воззрениями, сформулированными в свое время М. М. Агарковым на понятие правоспособности: «Правоспособность должна быть понята динамически. Гражданская правоспособность для каждого данного лица в каждый определенный момент означает возможность иметь определенные конкретные права и обязанности в зависимости от его взаимоотношений с другими лицами» (Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 72).

права в качестве подсистемы источников права. Взгляд этот нам лично кажется весьма перспективным хотя бы потому, что он дает отличные результаты в своем приложении не только к актам *lex mercatoria*, но и, скажем, актам *административной и судебной практики* — ни разу не источникам в традиционном (статическом) смысле, но, безусловно, таким юридическим явлениям, без которых право так и останется пребывать вот в этом своем статическом, раз и навсегда застывшем состоянии, никогда не воплотившись в реальную жизнь. И, конечно, потому, что он, кажется, прекрасно объясняет извечный (весьма неприятный) российский феномен: *изобилие формально-действующих, но реально не работающих (не исполняемых) законов.* Уж не потому они «не работают», что их адресатами (частными лицами) так и не созданы пресловутые «приводные ремни», призванные «запустить» эти законы?

Таков принципиальный подход. В дальнейшем тексте статья М. М. Панариной представляет собой, с одной стороны, рассмотрение его основных следствий¹, с другой — его дальнейшее уточнение и углубление (развитие)². То и другое необходимо ей для того, чтобы подвести себя и читателей к рассуждениям по проблематике *внешней формы, методологии и последствий систематизации правил негосударственного регулирования торговой деятельности* — пресловутой динамической составляющей механизма источников торгового (коммерческого) права. В этой своей заключительной части суждения автора кажутся в значительной мере традиционными и, возможно, где-то даже менее решительными, чем уже известные точки зрения; достаточно сказать, например, что кодификация рассматривается ею всего лишь как простой технический прием обработки правовых норм, обеспечивающий их систематику и удобство пользования ими, но не оказывающий никакого влияния на их юридический статус и силу, не прибавляющий им дополнительной социальной легитимации. Но, может быть, все это лишь оттого, что речь идет не просто о кодификации, а о кодификации *частной*? Или, быть может, оттого, что ее предметом становятся нормы не «статической», а «динамической» части права? Как говорится, вопрос «на подумать».

Несколько выбивается из общего, возможно, где-то даже излишне-теоретического направления нашего сборника, статья **Владимира Игоревича Родионова** «*Условия оспаривания торгового договора коммерсантом по мотиву впадения в заблуждение: российская правоприменительная практика в свете положений актов NLM*». Но, может быть, это и к лучшему? Концептуальность и теорети-

¹ Например, того, что и как меняется в вопросах *действительности и действия* подобных правил.

² Например, в вопросе о *соотношении* разных типов актов и правил негосударственного регулирования.

зирование, хотя бы и на достаточной эмпирической базе — вещи, безусловно полезные и интересные, но никогда не мешает посмотреть на то, как они начинают выглядеть не «вообще», а применительно к какому-то конкретизированному, более специальному вопросу. В особенности *такому вопросу*, какой избран для изучения автором анонсируемой статьи — об условиях оспаривания торговых договоров, совершенных под влиянием заблуждения. С нашей собственной точки зрения самая постановка его в торговом обороте не должна была бы допускаться — ну что это за коммерсант, который (несмотря на все современные, в высшей степени благоприятные для ведения самой сложной торговли, условия) вдруг... впадает в заблуждение? И не просто впадает, а еще и договор в таком состоянии заключает? Да, бывает так, что его *обманывают* — но, в-первых, это уже другое дело, а во-вторых, даже и обманывать себя коммерсант, строго говоря, позволять никак не должен. Мы же ведем речь о ситуации, когда коммерсант впадает в заблуждение самостоятельно — корректна ли такая постановка вопроса? В общегражданском быту — несомненно, но в торговом обороте?

Интересен и другой аспект избранной темы: впадение в заблуждение по российской правоприменительной практике «*в свете положений актов NLM*». А правильно ли это, что акты NLM вдруг начинают регулировать вопрос... *оспаривания сделок*? Если верно, что акты негосударственного регулирования торговой деятельности — это компоненты механизма, обеспечивающего действие права государственного происхождения, права в статике, установленных государством самых общих и для всех одинаковых «правил игры» (М. М. Панарина); если верно, что признание права на существование за актами NLM ни в коей мере не умаляет роли государства в правовом урегулировании отношений, требующих патерналистского, императивного вмешательства «сверху» (А. В. Нектов), то нет ли тут внутреннего противоречия? Не «залезают ли» акты МЧПУ, определяющие условия оспаривания сделок, на «чужую поляну»? не пытаются ли они вмешиваться в такие вопросы, возможности вмешательства в которые у них заведомо ограничены и в которые им вмешиваться, вообще говоря, не следовало бы? Ведь не берутся же акты NLM регулировать вопросы создания и прекращения юридических лиц, торговой несостоятельности, содержания и перехода права собственности, словом, вопросы *абсолютно-правового* значения! — как же возможно, чтобы они вдруг «залезли» в вопросы *действительности сделок*?

Для того, чтобы понять, как так случилось, что акты МЧПУ взялись за урегулирование, кажется, не совместимых со своей природой, неподходящих, недоступных для своего вмешательства вопросов, для того, чтобы понять, в чем тут вообще дело, читателям необходимо... на время отложить наше предисловие в сторону и...

прочсть статью. Перед нами тот редкий случай, когда сама статья расскажет о себе много больше, чем любой редактор или рецензент. А расскажет она о себе буквально следующее: все нормы актов NLM, трактующие вопрос условий оспаривания коммерческих сделок, совершенных под влиянием заблуждения, во-первых, *опираются на императивные нормы, известные национальным законам, кажется, всех развитых стран, позволяющие оспаривать сделки, совершенные под влиянием существенного заблуждения* (вариант: *ошибки*) *всем, не исключая коммерсантов*, сами регулируя при этом (и это во-вторых), по существу только один-единственный вопрос — вопрос о *понятии существенного заблуждения*. При ближайшем рассмотрении выясняется, что вопрос этот касается состояния и (или) действий (а) *заблуждавшейся стороны* и (б) *ее контрагента*, т. е. имеет не абсолютное, а чисто *относительно-правовое значение*. Какие вопросы — только ли фактические, или также и правовые — могут быть предметом заблуждения? насколько существенным это заблуждение должно быть, чтобы стать основанием для оспаривания сделки? должно ли оно быть *извинительным* для заблуждавшейся стороны и если да, то, что это, опять же, такое? и, наконец, какой должна быть роль контрагента заблуждавшейся стороны и его отношение к этому заблуждению в смысле влияния на его возникновение и его распознаваемости? — таков круг вопросов, разбираемых в статье. Вот уж воистину любопытный аспект исследования актов МЧПУ: их нормы оказываются не только регулятором торговых отношений, ориентиром не только для судей в разрешении споров и для законодателей в создании и совершенствовании национальных законов и кодексов — они еще и *индикатор того, насколько корректной является научная юридическая постановка вопросов*¹!

И в заключение — несколько слов о двух финальных материалах. Было бы странно, если бы книга, посвященная *актам частноправовой унификации как источникам договорного права*, смогла бы обойтись без публикации хотя бы одного *такого акта*. Естественно, предметом публикации должны быть акты, обладающие свойством *относительной новизны*, т. е. акты, незнакомые пока еще нашим, *российским* читателям. Подобных актов существует так много, что главной для нас сложностью был не *поиск*, а *выбор* — на чем бы остановить внимание? что предпочесть? После долгих колебаний мы решили предложить нашим читателям русский перевод двух англоязычных источников — 1) сборника *«The Ancient Sea-Laws of Oleron, Wisby, and the Hanse-Towns, still in force»*, т. е. *«Древние морские законы Олерона, Висби и Ганзейских городов, все*

¹ Содержание авторских взглядов по этим вопросам мы здесь не реферлируем, так как уже отсылали читателя к тексту статьи, просили с ним ознакомиться.

еще действующие» (London, MCDLXXXVI [1686], 28 p.) и 2) проекта акта под названием «*Contract Code, drawn up on behalf of the English Law Commission*», т. е. «*Кодекс договорного права, разработанный Комиссией по английскому праву*», или (короче) «*Кодекс [английского] договорного права*» в 1966—1972 гг. Подробно о каждом из этих материалов будет рассказано в наших предисловиях к их переводам; здесь же ограничимся указанием об одних только причинах, обусловивших именно этот наш выбор: 1) первая книжка — это сборник из трех источников, которые могут быть названы если не прямо уж *первыми*, то, как минимум, *одними из первых опытов создания актов частноправовой унификации*; 2) вторая — *один из Кодексов именно договорного права*, притом, что особенно важно, не просто незнакомый еще российским читателям, но составленный на материалах *английского договорного права*, т. е. *договорного права, изначально ориентированного на обслуживание не столько общегражданского быта, сколько торгового оборота*.

Завершая наше вступительное слово, считаем необходимым еще раз подчеркнуть: мы ни в коей мере не претендуем на сколько-нибудь исчерпывающее освещение *всех* вопросов воистину неисчерпаемой проблематики актов частноправовой унификации — источников договорного торгового (коммерческого) права. Мы будем считать свою задачу выполненной, если какой-либо из материалов настоящего сборника окажется интересным и/или полезным для наших читателей как в аспекте получения ответов на вопросы, у них уже имеющиеся, так и в смысле формулировки и постановки новых вопросов — об общем понятии актов частноправовой унификации, их месте в системе источников торгового (коммерческого) права вообще и его договорной составляющей в особенности, об источниках их обязательности, условиях применения и т. д. Настоящая книга — это не только сборник научно-практических статей и актов МЧПУ, но и *учебное пособие*, притом, как в *содержательном*, так и в *методическом* аспекте.

Одно техническое замечание. Для написания статей, вошедших в нашу книгу, использовались самые разнообразные источники, в том числе, содержащиеся в справочных правовых системах. В случаях, когда источники публикации тех или иных нормативных правовых актов, актов судебно-арбитражной практики, русских переводов актов частноправовой унификации и новейших статей современных российских авторов не указываются, имеется в виду, что использовались тексты, содержащиеся в СПС «Гарант» или «Консультант Плюс». Вернейший признак цитирования материалов именно по этим источникам — отсутствие указаний, с одной стороны, на нумерацию страниц, с другой — на какой-либо конкретный электронный ресурс.

Льстим себя надеждой, что и настоящий — третий — сборник «**Договоров коммерческого права**» вызовет читательский интерес; что, следовательно, у нас будет повод продолжить их выпуск.

7 апреля 2021 г.

В. А. Белов

*доктор юридических наук,
профессор кафедры коммерческого права
и основ правоведения юридического факультета
МГУ имени М. В. Ломоносова*

Основания и практика применения актов *lex mercatoria* международными коммерческими арбитражами, иностранными и российскими государственными судами

*Мухлисов Тимур Тагирович,
магистр права, выпускник кафедры коммерческого права
и основ правоведения юридического факультета
МГУ имени М. В. Ломоносова*

Необычайно высокий интерес, проявляемый в последние несколько десятилетий научным сообществом и международным бизнесом к актам вненационального регулирования трансграничных частноправовых отношений, является не удивительным, но закономерным. В эпоху глобализации развитие международного коммерческого оборота требует постоянного взаимодействия участников мирового рынка из разных стран. Очевидно, что для достижения экономических целей представителям различных правовых порядков необходимы общепонятные и четкие правила, которые, учитывая особенности правовых систем участников транснациональных отношений, в то же время носили бы «компромиссный» характер.

Во многом благодаря деятельности таких международных организаций, как Комиссия ООН по праву международной торговли ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL), Международный институт унификации частного права УНИДРУА (UNIDROIT), Международная торговая палата в г. Париже (International Chamber of Commerce, ICC), появился целый ряд ответов на вызовы развивающегося международного коммерческого оборота. Одним из них стали *акты международной частноправовой унификации*. Их главной целью является максимально единообразное, насколько это возможно, разрешение правовых вопросов, касающихся международной торговли, сведение различий между существующими правовыми системами к минимуму. Некоторые из этих актов приобрели широкое международное признание.

Традиционно к наиболее известным актам частноправовой унификации относятся Принципы международных коммерческих договоров

УНИДРУА (Principles of International Commercial Contracts, УНИДРУА)¹, Инкотермс 2020 — Правила ИСС по использованию национальных и международных торговых терминов (Incoterms 2020 — ICC Rules for the use of domestic and international trade terms, ИНКОТЕРМС)², Принципы Европейского договорного права (Principles of European Contract Law, PECL)³, Модельные правила европейского частного права (Principles, Definitions and Model Rules of European Private law: Draft Common Frame of reference, DCFR)⁴, Кодекс европейского договорного права (European Contract Code, ЕСС)⁵. Взятые в совокупности названные акты составляют часть источников так называемого *lex mercatoria*, что в переводе с латинского означает «обычное торговое право» или, как часто указывается в литературе, «право торговцев»⁶.

Оставляя за рамками настоящей работы дискуссионный и, безусловно, важный вопрос о правовой природе *lex mercatoria*⁷, мы не можем не сказать о важной роли и высокой практической значимости актов частноправовой унификации в международном торговом обороте. Как отмечает профессор А. В. Асосков, «*акты частноправовой унификации по своему содержанию не уступают национальным правовым системам и имеют ряд преимуществ, связанных с тем, что они нацелены на разрешение специфических проблем, возникающих в международном коммерческом обороте, в отличие от норм материального права, которые формулируются законодателями в основном исходя из потребностей внутреннего характера*»⁸. Солидарен с указанной точкой зрения и профессор В. А. Белов, по мнению которого признание актов частноправовой унификации международным сообществом связано с «*четкой, юридически точной и лаконичной формой, а также, что особенно важно — непосредственным генетическим их происхождением из реальных коммерческих (жизненных) отношений*»⁹. О важных задачах *lex mercatoria* в меж-

¹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2016. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>.

² URL: https://2go.iccwbo.org/incoterms-2020-eng-config+book_version-Book/.

³ Текст доступен в СПС «Консультант Плюс».

⁴ Русский перевод см.: Модельные правила европейского частного права: пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. М., 2013.

⁵ Русский перевод см.: Белов В. А. Кодекс европейского договорного права: общий и сравнительно-правовой комментарий: в 2 кн. М., 2015.

⁶ Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. 4th ed. London, 2004. P. 123.

⁷ По данному вопросу см., например: Hatzimihail N. E. The Many Lives-and-Faces-of Lex mercatoria: History as Genealogy in International Business Law (August 13, 2008) // Law and Contemporary Problems. Vol. 71. No. 3. Summer 2008. P. 169. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1222865.

⁸ Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012.

⁹ Белов В. А. Международное торговое право и право ВТО. Кн. 1. Понятие и источники. Обычаи. Международные договоры: учебник. М., 2014. С. 58.

дународном коммерческом обороте неоднократно упоминалось и в зарубежной литературе. В частности, его основные сторонники *V. Goldman, P. Fouchard, P. Kahn* и другие считают, что цель норм и актов *lex mercatoria* состоит в преодолении кризиса, испытываемого национальным правом суверенных государств при адаптации к условиям глобализации и развитию трансграничных отношений¹. Интересна также позиция профессора *S. M. Schmitthoff* а, по мнению которого создание всеми принятой автономной системы обычаев на основе унифицированных правил позволит судье рассматривать коммерческие споры быстрее и вместе с тем эффективнее, так как теперь он будет избавлен от необходимости сначала изучать коллизионные нормы, а лишь затем выносить решение, допуская промедление, не соответствующее современным экономическим реалиям².

Кроме этого, активное использование актов частноправовой унификации в международной коммерческой практике совершенно справедливо обосновывается также и *авторитетом их разработчиков*, которые являются признанными специалистами в области сравнительного правоведения, международного гражданского и торгового права³. Сочетание академического и практического подходов, нацеленность на решение специфических вопросов в сфере международного торгового оборота во многом и предопределяют высокий уровень указанных актов. Не вызывает сомнения, что главным достоинством актов *lex mercatoria* является ориентированность на регулирование коммерческих отношений, а также единообразный подход в регламентации прав и обязанностей сторон международного коммерческого договора, нивелирующий различие между правовыми системами. Благодаря названным особенностям акты *lex mercatoria* позволяют коммерсантам различных стран активно участвовать в мировой торговле и достигать своих экономических целей. Без преувеличения акты *lex mercatoria* призваны быть универсальным регулятором транснациональных коммерческих отношений, направленным на разрешение специфических коммерческих вопросов, способствующим совершенствованию и развитию международного коммерческого права.

Несмотря на все достоинства актов *lex mercatoria* и их широкое применение профессиональными участниками международной торговли следует отметить, что они не обладают таким юридическим

¹ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 1. Общая часть / под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М., 2011. С. 58.

² См.: *Schmitthoff M. C. Commercial Law in a Changing Economic Climate*. 2nd ed. London, 1981. P. 20.

³ Достаточно привести несколько примеров. Так, в состав рабочей группы по разработке Принципов УНИДРУА входили такие известные ученые, как *Rene David, Clive M. Schmitthoff, Tudor Popescu*; членами координационной группы по созданию DCFR являлись профессор *Christian von Bar*, профессор *Martijn Hesselink*, профессор *Ewan McKendrick*, а также другие, не менее выдающиеся ученые-правоведы.

свойством, как *общеобязательность*, характерная для актов национального законодательства и ратифицированных международных договоров. Это обстоятельство нередко становится одним из ключевых аргументов противников использования вненациональных источников регулирования в международных и внутренних коммерческих отношениях помимо их неопределенности. Казалось бы, для чего сторонам руководствоваться правилами, носящими во многом декларативный характер и по своей природе не обладающими принудительной силой, обеспеченной государством? Представленные нами ранее соображения не дают исчерпывающего ответа на поставленный вопрос, а во многом поднимают и другие значимые аспекты как теоретического, так и практического порядка. Например, обязан ли международный коммерческий арбитраж или государственный суд предоставить судебную защиту коммерсантам, которые добровольно согласились руководствоваться актами частноправовой унификации? Имеет ли юридическую силу решение, вынесенное на основе актов *lex mercatoria* и если имеет, то каковы правовые основания для признания допустимым их выбора в качестве применимого права и где заканчиваются пределы применения указанных актов? Ну а в случае отрицательного ответа уместен встречный вопрос: какими могут быть политико-правовые и экономические причины ограничения законодателем свободы коммерсантов? В настоящем исследовании мы попытаемся ответить на упомянутые и другие (не менее интересные и значимые) вопросы.

§ 1. Основания применения актов *lex mercatoria* международными коммерческими арбитражами, государственными судами

Приступая к исследованию вопроса, вынесенного в заголовок настоящего параграфа, необходимо указать на высокую значимость еще одного аспекта развития международного торгового права, прослеживаемого на протяжении последних нескольких десятилетий. Наряду с интересом к актам частноправовой унификации все большее распространение и влияние приобретают *альтернативные (негосударственные) способы разрешения правовых споров*. Традиционно к ним относят *переговоры между сторонами, медиацию и международный коммерческий арбитраж*.

Последний из названных способов разрешения споров набирает все большую популярность по всему миру. Предпочтение международного бизнес-сообщества рассматривать дела не в государственных судах, а в международном коммерческом арбитраже объясняется быстротой и предсказуемостью рассмотрения дела, отсутствием строгой формализации процесса разбирательства, конфиденциаль-

ностью, а также окончательным характером и обязательностью вынесенного решения¹.

Любопытно отметить следующую взаимную связь между развитием *lex mercatoria* и международным коммерческим арбитражем: именно международный коммерческий арбитраж является той инстанцией, которая наиболее способствует развитию и популяризации практики применения актов частноправовой унификации. Обусловлено это тем, что международный коммерческий арбитраж имеет более широкую дискрецию (свободу усмотрения) в вопросе установления применимого права, чем государственные суды, позволяющую арбитрам обращаться для разрешения спора не только к нормам национального права, но и к *lex mercatoria* (в отличие от судей государственных судов, которые обязаны руководствоваться коллизионными нормами и определенными в соответствии с ними нормами применимого национального права). Кроме того, арбитражные учреждения являются специализированными институтами в том смысле, что разрешают международные коммерческие споры с учетом сложившихся в международной практике *торговых обычаев*. Сопоставляя друг с другом акты *lex mercatoria* и международный коммерческий арбитраж, можно сказать об их взаимном обогащении и дополнении: чем более развитым становится арбитраж как способ разрешения международных коммерческих споров, тем больше появляется предпосылок и оснований к активному применению актов *lex mercatoria* (и наоборот).

Между тем применение *lex mercatoria* в арбитраже не исчерпывается исключительно лишь одним фактом обращения арбитров и сторон спора к его источникам. По мнению профессора *O. Lando*, уникальность *lex mercatoria* проявляется и в том, что это не просто правила регулирования международных коммерческих отношений, но еще и методология установления арбитрами применимого права, а также способ принятия решений (*decision making*). Так, правовед отмечает, что «стороны международного контракта не всегда желают, чтобы их спор рассматривался на основе национального права. Вместо этого они подчиняются обычаям, практикам международной торговли, нормам, которые являются общими для всех стран, вовлеченных в международную торговлю, или к нормам стран, которые тесно связаны с настоящим спором. В том случае, если их невозможно определить, то арбитр применяет норму или выбирает решение, которые представляется ему наиболее прием-

¹ См.: *Born G.* International commercial arbitration. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 30—36. — О преимуществах и недостатках международного коммерческого арбитража в русскоязычных источниках см., например: *Караськов Б. П.* Международный коммерческий арбитраж: учебник. М., 2012. С. 25—35; *Международный коммерческий арбитраж: учебник / науч. ред. О. Ю. Скворцов, М. Ю. Савранский, Г. В. Севастьянов.* 2-е изд. СПб.; М., 2018. С. 49—50.

лемым и справедливым. Поступая таким образом, он принимает во внимание нормы разных стран. Такой процесс, состоящий наполовину из частичного применения норм права, а частично из выбора и создания является применением *lex mercatoria*»¹.

Несколько иную, хотя и весьма схожую точку зрения высказывает профессор *E. Gaillard*, оценивающий *lex mercatoria* как эффективный метод разрешения споров в международной торговле, применяемый при условии, что стороны в качестве применимого права выбрали вненациональные источники регулирования².

Нередко в зарубежной доктрине высказывается и такое интересное соображение, что арбитр, применяя *lex mercatoria*, выступает в качестве «дружественного» или «мирового посредника» (*amiable compositeur*). Об этом же говорится, например, и в пункте 3 статьи 28 Типового Закона ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» 1985 года (далее также Типовой Закон ЮНСИТРАЛ)³, где указано, что при наличии соглашения сторон об этом арбитраж может вынести решение в качестве «дружественного посредника». Что это означает? Конечно, данное выражение не следует понимать буквально. Любое противоправное «дружественное посредничество» арбитра одной или же обеим сторонам будет расцениваться как незаконное действие, а вынесенные им решения будут недействительными. Смысл данного сопоставления совсем иной. Действуя в качестве *amiable compositeur*, арбитр не обязан строго следовать нормам национального законодательства, а вправе разрешать дела, опираясь, в том числе, на принципы разумности и справедливости *ex aequo et bono*, а это подразумевает обращение, помимо прочего, к *lex mercatoria*⁴. Действуя подобным образом, арбитр пытается помочь сторонам разрешить их спор, исходя из собственных взглядов и убеждений.

В то же время высказываются и некоторые ограничения в отношении данного подхода. По мнению лорда *Mustill*'а, арбитр может действовать в качестве *amiable compositeur* только в том случае, если он не установил применимых к спору норм национального права⁵.

¹ Цит по: *Maniruzzaman A. F. M. The Lex mercatoria and International Contracts: A challenge for International Commercial Arbitration?* (February 5, 1999) // *American University International Law Review*. Vol. 14. 1999. No. 3. P. 693.

² *Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration*. The Hague, Boston, 1999. P. 813.

³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» от 21.06.1985. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf. — Аналогичное положение содержится в ст. VII «Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже» (Заключена в г. Женеве 21.04.1961 // СПС «Консультант Плюс»).

⁴ *Maniruzzaman A. F. M. Op. cit.* P. 687.

⁵ *Mustill M. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years* // *Arbitration International*. 1988. Vol. 4. P. 99.

Практика, однако, идет по иному пути: дальнейшее исследование покажет, что арбитры нередко обращаются к *lex mercatoria* и в тех случаях, когда применимые к отношениям сторон нормы национального права установлены с несомненностью.

Кстати сказать, по вопросу о выборе контрагентами права, применимого к их договорным отношениям, существует следующая любопытная статистика. Согласно отчету ICC за 2017 год оговорка о применимом праве была включена в контракты, фигурировавшие в 87 % спорах, переданных для рассмотрения в палату; из них в 99 % случаев в качестве применимого права спорящие стороны выбрали то или иное национальное законодательство. Наиболее популярным среди контрагентов был выбор *английского* права и права *США* (преимущественно законодательство штата Нью-Йорк, Калифорнии и Делавэр), далее по степени предпочтения располагались право *французское* и *швейцарское*. И только 1 % договоров предусматривал использование в качестве применимого права актов вне-национального регулирования¹.

По итогам 2018 года приведенные цифры в целом остались прежними. Как и в предыдущем году в качестве применимого права чаще всего сторонами выбиралось право *английское* (16 % дел); право *США* выбрали в 12 % споров; *французское* же и *швейцарское* право вновь разделили почетное третье место (примерно по 9 % случаев для каждого). Акты вне-национального регулирования, включая Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года² (далее также — Венская Конвенция), ИНКОТЕРМС и т. д. выбирались сторонами только в 2 % дел. Лишь один договор предусматривал положение о необходимости арбитров при разрешении споров руководствоваться принципом разумности и справедливости *ex aequo et bono*³.

Чем примечательна приведенная статистика? Помимо того, что она в очередной раз подтверждает «популярность» английского права, обращает на себя внимание чрезвычайно низкий процент случаев выбора в качестве источников применимого права актов вне-национального регулирования. Но несмотря на такой очевидный дисбаланс в сторону выбора национального законодательства, представляется, что объективную картину роли и значимости *lex mercatoria* в международном коммерческом обороте указанные

¹ URL: <https://wbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017--dispute-resolution-statistics.pdf>. P. 61 (дата обращения: 20.02.2020).

² Заключена в г. Вене 11.04.1980 // СПС «Консультант Плюс».

³ URL: http://files-eu.clickdimensions.com/wboorg-avxnt/files/web_disputeresolution2018statistics.pdf?m=11.6.2019%2011%3A46%3A22&cldee=YWdvaW5zQHZlbGF3LmNvbQ%3D%3D&recipientid=contact-780a89b59404e911a99f000d3ab38ab1-e7a8451ec8964a3399514c904bfd1e2&esid=5a1d9a87-22a1-43b0-8004-4bc0ca257142. P. 13 (дата обращения: 20.02.2020).

цифры не отображают. При этом мы руководствуемся следующими обстоятельствами.

Во-первых, приведенные статистические данные касаются только таких случаев, когда источники вненационального регулирования в качестве применимого права выбрали *сами стороны* внешнеторгового договора. Такой осознанный шаг участников транснациональных коммерческих отношений сам по себе свидетельствует о готовности международного бизнес-сообщества отойти от устоявшейся парадигмы выбора только национального права. Подчинение своих отношений нормам, содержащимся в актах частноправовой унификации, уже не рассматривается ими ни как «прыжок в неизвестность», ни как нечто противоестественное или невозможное.

Во-вторых, для разрешения споров, возникающих в международном коммерческом обороте, акты вненационального регулирования применяются не только тогда, когда на них остановили свой выбор сами участники соответствующих отношений. Сфера их применения гораздо шире, что будет показано нами далее при анализе практики их применения международными коммерческими арбитражами, иностранными и российскими государственными судами. В таких условиях специально договариваться о применении таких актов большого смысла нет: зачем, если при наличии необходимых для этого оснований, они будут применены независимо от наличия или отсутствия договоренности по этому поводу?

Чрезвычайно низкий процент добровольного выбора *lex mercatoria*, обусловлен по нашему мнению, еще и несколькими следующими причинами.

В большинстве случаев акты частноправовой унификации применяются контрагентами, которые находятся *в разных странах*. Мы уже говорили о причинах, объясняющих этот феномен. Именно акты частноправовой унификации представляют собой своды тех правил регулирования коммерческих отношений, которые являются более гибкими в своем содержании и, будучи нацеленными именно на транснациональное применение, компромиссными и унифицированными. Иными словами, главной своей задачей они имеют устранение той неопределенности в правовой регламентации отношений контрагентов-участников внешнеторговой деятельности, которая вызывается различием их национальных правовых систем. Но решению той же самой задачи подчинены и два других конкурирующих способа, а именно — выбор в качестве применимого права либо 1) национального права одного из контрагентов, либо 2) любого иного применимого права. В то время, как возможность применения каждого из конкурирующих способов является в достаточной мере традиционной и никаких споров не вызывает, вопрос о допустимости прямого выбора в качестве применимого

права актов вненационального регулирования (частноправовой унификации) до сих пор остается достаточно спорным, несмотря на свое неоднократное обсуждение в доктрине международного частного права и торгового права. Основной вопрос обычно формулируют в том смысле, вправе ли стороны подчинить регулирование своих отношений *исключительно* актам вненационального права?¹

Известны также сомнения и в вопросе о том, допустимо ли для арбитров основание решений с опорой на акты *lex mercatoria*.

Отсутствие общепринятых мнений по этим двум вопросам во многом являлось и является до сих пор одной из основных причин, препятствующих широкому распространению практики выбора коммерсантами актов вненационального регулирования в качестве источников применимого к их договорам права. Не вдаваясь в глубокий анализ, попытаемся рассмотреть основные положения указанной дискуссии, а также оценить обоснованность возражений против выбора сторонами и применения арбитрами актов *lex mercatoria*.

Основным аргументом противников *lex mercatoria* является соображение о том, что во всяких нормах национального законодательства, закрепляющих возможность выбора применимого к договору права, имеется в виду **только право** в самом строгом смысле этого слова, т. е. общеобязательных норм, составляющих национальное право того или иного государства; что же касается норм актов вненационального регулирования, то таковые, не будучи установленными государством, не имеют такого признака права, как *общеобязательность* и, следовательно, предметом выбора быть не могут². В качестве примера подобным образом толкуемого положения приводится норма п. 1 ст. 28 Типового Закона ЮНСИТРАЛ, в соответствии с которым «*арбитражный суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права (выделено нами — М. Т.), которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Если в нем не выражено иное намерение, любое указание права или системы права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам*». Согласно преобладающему в литературе и практике толкованию цитированного положения, в понятие «норм права» акты *lex mercatoria*, общие принципы права и иные подобные (не подкреплен-

¹ Подробный анализ дискуссии см., например: Зыкин И. С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994. С. 219—229; Асосков А. В. Указ. соч.

² Любопытно отметить, что, например, лорд *Mustill* подчеркивал правовую ценность *lex mercatoria*, независимую от какой-либо национальной правовой системы. По его мнению, *lex mercatoria* устанавливает самостоятельный правовой порядок, независимый от какого-либо государства (*Mustill M. Op. cit. P. 88*). В развитие этой мысли профессор *O. Lando* отмечал, что обязательность актов *lex mercatoria* основывается на общем признании бизнес-сообщества их в качестве самостоятельной системы (*Lando O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // International Comparative Law Quarterly. 1985. Vol. 34. P. 752*).