

ЕРЕВАНСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ «ГЛАДЗОР»

АРУТЮНЯН САТЕНИК ЕГИШЕЕВНА

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ LEX MERCATORIA В МЕЖДУНАРОДНОМ  
ЧАСТНОМ ПРАВЕ

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени кандидата юридических наук  
по специальности 12.00.03 - «Частное право - гражданское право, торговое  
(коммерческое) право, международное частное право, семейное право,  
трудовое право, право социального обеспечения»

Научный руководитель:  
доктор юридических наук,  
Доцент А.Ю. Мкртумян

ЕРЕВАН - 2018

## СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА LEX MERCATORIA.....	16
§ 1. Понятие, юридическая сущность и предмет регулирования lex mercatoria.....	16
§ 2. Международное частное право и lex mercatoria .....	41
§ 3. История возникновения и развития lex mercatoria .....	48
ГЛАВА 2. ИСТОЧНИКИ LEX MERCATORIA.....	63
§ 1. Общая характеристика источников lex mercatoria.....	63
§ 2. Международные торговые обычаи как источники lex mercatoria.....	78
§ 3. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципы европейского договорного права и Свод принципов, правил и требований lex mercatoria CENTRAL как источники lex mercatoria .....	87
ГЛАВА 3. ЮРИДИЧЕСКИЙ МЕХАНИЗМ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ НОРМ LEX MERCATORIA.....	110
§ 1. Международная арбитражная практика и lex mercatoria .....	110
§ 2. Lex mercatoria в национальном праве и судебной практике государств .....	133
§ 3. Проблемы оспаривания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на основе lex mercatoria .....	142
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	159
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ И ПРАВОВЫХ ИСТОЧНИКОВ .	166

## ВВЕДЕНИЕ

**Актуальность темы исследования.** Прошрое столетие охарактеризовало себя как столетие активного развития международных экономических отношений и интенсивного процесса глобализации и интернационализации экономического сотрудничества. С усложнением международных экономических связей и с расширением «торговых» границ рост и объем международной торговли увеличился в несколько раз.

На современном этапе становления глобального гражданского общества возникает целый ряд проблем, связанный именно с тем, что механизмы и методы правового регулирования качественно новой мировой экономики неадекватны. Национальные законодательства на сегодняшний день не успевают быстро совершенствоваться из-за жесткого формализованного порядка. Кроме того, национальное законодательство, по большей части, призвано регулировать отношения «внутреннего характера», и положения, регулирующие международные частноправовые отношения в Армении, не подвергались изменениям с даты принятия Гражданского кодекса (далее также ГК) Республики Армения. Состояние действующего армянского законодательства в части регулирования международных торговых отношений неприемлемо, т.к. должно соответствовать реальным экономическим отношениям.

В связи с этим на сегодняшний день наблюдается некая тенденция отказа от коллизионного способа регулирования международных торговых отношений. По нашему мнению, этому способствуют некоторые причины:

- неопределенность, вызванная наличием множества национальных законов, любой из которых может быть применен;
- серьезные различия правового регулирования одного и того же вопроса между правовыми порядками различных стран;
- наличие различных юридических квалификаций в правовых порядках различных стран;

- доказывание иностранного права занимает много времени и денежных средств;
- существующий правовой режим является неадекватным по отношению к быстроразвивающимся международным экономическим отношениям;
- применение объектов гармонизации обеспечивает нейтральность для обеих сторон, когда ни один из субъектов не может полагаться на свое законодательство.

Для преодоления указанных проблем увеличилось число унифицированных обязательных норм права на международном уровне и, конечно же, норм рекомендательного характера (soft law). Одним из таких наиболее удобных документов для достижения единообразия регулирования международных торговых отношений являются международные договоры, которые устанавливают унифицированные нормы. Однако, следует отметить, что данный вид норм обладает многими недостатками, среди которых: многие международные договоры действуют для ограниченного числа государств, многие из них не вступают в силу, долгий, дорогой и формализованный процесс ратификации со стороны государств, наблюдается также фрагментность международных договоров, т.е. часто отсутствует комплексный подход в создании единообразных норм. И как следствие вышеуказанных причин до сих пор остаются неразрешенными проблемы обеспечения единообразного толкования и единообразного применения торгового права.<sup>1</sup>

Для решения указанных проблем субъекты международных торговых отношений, стремясь к независимому регулированию своих отношений и руководствуясь практическими целями, начали поиск новых альтернативных коллизионному способу средств правового регулирования международных экономических отношений. В результате данного процесса была сформирована концепция «транснационального коммерческого права». Данная разработка стала возможной благодаря возрождению концепции *lex mercatoria*.

Сущность теории *lex mercatoria* заключается в том, что на сегодняшний день существует некая определенная совокупность норм, регулирующих исключительно

---

<sup>1</sup> Муранов А.И. Давыденко Д.Л. Унификация и согласование права международной торговли: развитие, проблемы и тенденция. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. М., 2008. Вып. 3, № 14. С. 85.

международные коммерческие отношения, которая сама по себе автономна как от международного публичного права, так и от правовых систем государств, основанная на методе материально-правового регулирования вместо коллизионного. Данные нормы разрабатываются так называемым торговым или бизнес - сообществом, а также специальными международными организациями.

В профессиональных юридических кругах развязались научные дискуссии относительно нового явления. Споры ведутся относительно научного доказывания факта существования *lex mercatoria* в качестве транснациональной правовой системы, определения юридической сущности, установления перечня источников, предмета регулирования, а также вопросов применения норм *lex mercatoria* национальными судами и международными коммерческими арбитражами.

В армянской юриспруденции отсутствует какое-либо научное исследование и изучение данной проблемы. Для Армении процессы, происходящие в сфере международной торговли, имеют особое значение. Как известно Республика Армения (далее также РА) является участником Всемирной торговой организации и в 2014 году подписала договор о присоединении к Евразийскому экономическому союзу. Как следствие «открытия границ» объем международной торговли увеличится с увеличением иностранного капитала. И армянские коммерсанты при осуществлении международной торговой деятельности посредством заключения международных коммерческих договоров с иностранными контрагентами должны быть осведомлены о правилах поведения, принятых и используемых на международном уровне. Поэтому, исследование, проведенное в работе, станет актуальным и практически применим также и для армянских участников внешнеторговой деятельности.

Вышеуказанные обстоятельства, а также отсутствие глубокого изучения темы в отечественном праве, существующие немонотипные восприятия и выраженные позиции в отношении ее многочисленных вопросов в юридической литературе, объективно свидетельствуют об актуальности темы.

**Степень научной разработанности темы.** В настоящее время существует немало юридической литературы, в частности зарубежной, в которых рассматриваются отдельные вопросы теории *lex mercatoria*, в частности рассматриваются отдельно его

источники, его соотношение с национальным законодательством. Среди них следует назвать выдающиеся труды Клаус Питер Бергера «The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria» 2010 г., Филипа де Лу «International Business Law and Lex Mercatoria» 1992 г., Майкла Мастилла «The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years» 1988 г., Анны Лопез -Родригез «Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU» 2003 г. и др.

Некоторые вопросы в виде краткого экскурса рассматриваются в учебниках по международному частному праву. В российской юридической науке всего в нескольких работах осуществлено исследование некоторых вопросов lex mercatoria в монографическом плане: А. Карсаковой «Теория lex mercatoria в юридической доктрине и практике» 2006 г. и Аблезгова О. В. «Нормы «lex mercatoria» в правовом регулировании международного коммерческого оборота» 2008 г. Но в целом, теория lex mercatoria в российской правовой литературе остаётся до сих пор недостаточно разработанной.

Некоторые вопросы относительно таких источников lex mercatoria как Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, рассматриваются в монографии армянского юриста в области международного частного права А. Айкянца «Правовое регулирование международной купли-продажи товаров» 2010г.

Высоко оценивая значение вышеназванных трудов, вместе с тем, следует отметить, что в юридической литературе, также и в армянской, отсутствует какое-либо отдельное всестороннее научное исследование именно доктрины lex mercatoria. В работе анализируется практическая значимость lex mercatoria, правовая сущность и возможность применения на основе анализа действующего армянского законодательства.

**Объект исследования.** В качестве объекта исследования выступают осложненные иностранным элементом частноправовые отношения, которые складываются в сфере осуществления международной коммерческой деятельности.

**Предмет исследования.** Предметом исследования выступили вопросы установления юридической сущности lex mercatoira, предмета его регулирования,

установления круга источников *lex mercatoria* и их правовой сущности, а также вопросы юридических механизмов имплементации норм *lex mercatoria*.

**Цель и задачи диссертационного исследования.** Учитывая актуальность темы и отсутствие всесторонних исследований относительно нее, целью исследования является максимально возможное комплексное изучение теоретических, правовых и практических вопросов сущности, значения, свойств *lex mercatoria*, рассмотрение условий допустимости применения, а также представление предложений, направленных на решение выдвинутых вопросов на основании результатов осуществленных исследований.

Отмеченные цели определили круг взаимосвязанных и взаимообусловленных **задач:**

- проанализировать предпосылки и современные условия формирования и совершенствования доктрины *lex mercatoria*;
- сформулировать и предложить авторскую дефиницию понятия «*lex mercatoria*»
- исследовать вопрос о рассмотрении *lex mercatoria* в качестве права или системы права;
- обсудить вопрос о соотношении национального права с *lex mercatoria*;
- выявить и исследовать источники данного правового феномена;
- проанализировать, оценить преимущества и возможные упущения юридических механизмов имплементации норм *lex mercatoria*: его применение национальным судом и арбитражем;
- изучить международные арбитражные решения, которые были вынесены на основе норм *lex mercatoria*;
- исследовать на основе армянского законодательства вопросы отказа национальным судом в признании и приведении в исполнение арбитражных решений, принятых на основе норм *lex mercatoria*;
- систематизировать результаты исследований и представить предложения, направленные на решение поставленных вопросов.

**Методологические основы исследования.** Для осуществления полного, объективного и всестороннего исследования и достижения поставленных целей, использовались общенаучные методы системного анализа, синтеза и обобщения практических и нормативных материалов, методы индукции и дедукции. Во время исследования широко применялись также исторический, формально-логический, сравнительно-правовой методы.

**Теоретическая основа исследования.** В качестве теоретической основы исследования выступили монографии, научные труды, докторские и кандидатские работы, научные статьи армянских, российских и зарубежных специалистов и другие научные работы, посвященные теории *lex mercatoria*. Среди армянских цивилистов и коллизионистов следует особо выделить: Айкянц А.М., Манукян М.А., Оганнисян В.В., среди российских специалистов: Ануфриева Л.П., Богуславский М.М., Дмитриева Г.К., Вилкова Н.Г., Звекон В.П., Канашевский В. А., Комаров А.С., Лунц Л.А., Мережко А.А., Муранов А.И. и т.д. Большая часть теоретической основы составили труды зарубежных специалистов в области международного частного права, среди которых труды К. Бергера, Б. Гольдмана, А. Гольдштейна, О. Ландо, М. Мастила и других. В работе использовались также и другие научные труды, представленные в конце диссертации в списке использованной литературы. С содержанием большинства закрытых иностранных источников было ознакомлено во время научного исследования, проведенного в правовой библиотеке ЮНСИТРАЛ в Вене, специализированной по международному торговому праву.

**Нормативная и эмпирическая база исследования.** Нормативной базой исследования выступили разные правовые акты, среди которых: Гражданский кодексы РА и РФ, Гражданско-процессуальный кодексы РА и РФ, закон РА «О коммерческом арбитраже», Гражданско-процессуальный кодекс Германии, Арбитражные законы ряда зарубежных стран (Австралия, Англия) и др.

Значительной нормативной базой выступили международные договоры, среди которых Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Нью-Йоркская Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., Гаагской конвенции о праве, применимом к



международной купле-продаже товаров, 1955 г., Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г. и другие.

Особое значение при изучении диссертационной работы приобрели разработанные международными организациями акты рекомендательного характера, среди которых: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (редакции 1994 г., 2004 г. и 2010 г.) (далее также Принципы УНИДРУА), Принципы европейского договорного права (редакции 1995г., 2000г. и 2002г.) (далее также ПЕДП) и Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria* CENTRAL (редакции 2003г., 2008г. и 2013г.) (далее также Свод CENTRAL).

В работе использовались также Регламенты действующих международных коммерческих арбитражных судов.

Основой для **эмпирической базы** исследования послужили решения международных коммерческих арбитражных судов, а также иностранных национальных судов. Учитывая конфиденциальный характер арбитражного процесса, доступ к их решениям был ограниченный. В процессе исследования были использованы арбитражные решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, Международного арбитражного суда Международной торговой палаты и других, а также использовалась судебная практика иностранных национальных судов. Для изучения арбитражных решений вышеуказанных институтов, автор неоднократно обращался к электронной базе международного прецедентного права в сфере международной торговли - [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

К сожалению, не удалось выявить каких-либо судебных решений относительно темы диссертационного исследования в Армении. Автором был выявлен один случай применения норм *lex mercatoria* институциональным арбитражным судом в РА. Это объясняется главным образом тем обстоятельством, что институт арбитража как основного имплементатора *lex mercatoria* в РА не обладает популярностью и не развивается так, как это происходит за рубежом.

**Научная новизна исследования.** Научная новизна исследования заключается в том, что данная работа является в отечественном праве первой научной попыткой

глубокого аналитического объяснения *lex mercatoria* с теоретическими разъяснениями и некоторыми практическими предложениями.

В работе впервые представляется подробно разработанный комплексный анализ иностранной доктрины и практики, а также на их основе формулируется авторский подход к пониманию правовой сущности *lex mercatoria*. Также автором разрабатывается концепция, в которой отчетливо ставится различие и учитываются два важнейших фактора: с одной стороны, фактическое существование *lex mercatoria* и его юридическое признание, с другой стороны.

Для того, чтобы преодолеть некую критику относительно неясности условий, при которых допустимо применение норм *lex mercatoria*, автором исследования создается некая формула, которая позволит арбитражным судам при отсутствии выбора сторон применимого права выбрать *lex mercatoria* в качестве права, на основе которого будет разрешен спор.

Особое внимание уделяется вопросу допущения армянским законодательством возможности применения норм *lex mercatoria* как самим бизнес - сообществом, так и национальными и арбитражными судами страны.

Научная новизна диссертационного исследования отражается также в положениях, выносимых на защиту. На основе проведенного диссертационного исследования на **защиту выносятся следующие положения:**

1. *Lex mercatoria* не является системой права в связи с несоответствием следующим признакам: завершенность, структурированный характер, предсказуемость.

*Lex mercatoria* - транснациональное коммерческое право, состоящая из кодифицированных правил и принципов международной торговли, свойственные многим национальным правовым системам, созданная на основе принципов саморегуляции участников международного торгового оборота и обладающая юридической силой в силу использования субъектами международной торговой деятельности и международными арбитражными судами для разрешения международных коммерческих споров, также применяемая в большинстве случаев в практике заключения контрактов.

2. Следует выделить два вида независимости *lex mercatoria*: де-факто (внутренняя независимость) и де-юре (внешняя независимость). Фактическая независимость *lex mercatoria* проявляется в том, что международное бизнес - сообщество независима в создании собственных правил поведения для регулирования международных договорных отношений и применяя их в альтернативных процедурах разрешения споров, в частности в арбитражах. Для бизнеса - сообщества данные правила поведения действуют как закон, независимо от того, имеют ли они силу закона или нет и, как следствие, обладают фактической независимостью. С юридической точки зрения, *lex mercatoria* как право, которое состоит из обязательных правил поведения, зависит от признания со стороны национальных правовых систем, и тем самым не обладает де-юре независимостью.

3. *Lex mercatoria* может применяться при присутствии одного из следующих условий. Во-первых, при выборе в качестве применимого права в международном коммерческом договоре. В данном случае арбитры рассматривают данную оговорку как волю сторон не применять национальное законодательство какого-либо государства. Во-вторых, при отсутствии клаузы о выбранном применимом праве. Отсутствие в договоре оговорки о применимом праве следует трактовать как подразумеваемый отрицательный выбор или отказа от применения правовой системы какого-либо государства, и как возможность применения норм ненационального характера. В-третьих, когда стороны возложили на арбитров право рассматривать дело в качестве *amiables compositeurs*, и тем самым арбитры решают дело на основе критерия разумности, или в соответствии с принципом *ex aequo et bono*. В-четвертых, нормы *lex mercatoria* могут применяться для устранения пробелов в законодательствах государств и международных договоров, а также для интерпретации договорных условий.

4. Для обеспечения большей предсказуемости в процессе применения норм *lex mercatoria*, необходимо установить определенные индикаторы, факторы, которые установят связь между сделкой и *lex mercatoria*. Данные индикаторы позволят арбитрам применить эти нормы в отсутствие выбора сторон применимого права, среди которых следующие идентифицирующие факторы.

1) *Характер самих сторон: являются ли государственным образованием или частным лицом.* В случае, когда стороной договора выступает государственное образование, согласие с иностранным национальным законодательством будет считаться несовместимым с его восприятием суверенитета.

2) *Свойство или сущность сделки; его международный характер.* В данном случае принимается во внимание различная национальность сторон, распространение действия контракта на различные части мира, и тот факт, что договор не будет надлежащим образом регулироваться национальным законодательством одной из сторон.

3) *Предмет или сложность сделки.* Данный фактор напрямую связан с международным характером договора, поскольку, как правило, чем сложнее договор, тем больше юрисдикций задействовано.

4) *Условия договора сторон.* Во время рассмотрения дела арбитры принимают во внимание различные условия договора: валюта платежа, расположение производственных объектов, географический охват деятельности. И в том случае, когда невозможно установить решающий фактор для определения права применимого к договору, арбитры склонны к применению норм *lex mercatoria*.

5) *Предполагаемое намерение сторон.* Отсутствие оговорки сторон о выборе применимого права свидетельствует о намерении сторон не подчинять договорные правоотношения праву какого-либо государства, а наоборот, свидетельствует о намерении сторон подчинить свой договор нормам ненационального характера.

5. На основе анализа статьи 1284 Гражданского кодекса РА, где указывается, что «договор регулируется правом государства, выбранным соглашением сторон», можно сделать вывод о том, что *lex mercatoria* не может быть выбрано как отдельное целостное применимое право для регулирования международных коммерческих отношений даже при реализации принципа *lex voluntatis* (по согласию сторон). Национальные суды в случаях оговорки или согласия сторон о выбранном *lex mercatoria* для регулирования своих договорных отношений будут рассматривать как соглашение сторон об инкорпорации в контракт. В этом случае данная оговорка будет рассматриваться как договорное положение, которое должно применяться и

толковаться в соответствии с действующим (внутренним) правом и главный вопрос о применимом праве будет решен на основе национальных коллизионных норм, которые, как правило, не допускают применения транснациональных норм.

5.1. В целях создания более привлекательной среды для привлечения международных инвестиций требуется разработать более гибкую коллизионно-правовую норму. Участникам международной торговой деятельности необходимо предоставить возможность выбрать не только право конкретного государства для регулирования коммерческих договоров, но также - норм *lex mercatoria*. В связи с указанным, предлагается изложить п. 1. ст. 1284 ГК РА в следующей редакции: «В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, стороны могут выбрать право, включая нормы транснационального характера, которые подлежат применению к содержанию правоотношений».

6. Главная роль в реализации норм *lex mercatoria* отводится международным коммерческим арбитражам. Возможность применения норм *lex mercatoria* в арбитраже в качестве одного из альтернативных средств для решения конкретного дела предусматривается также и в следующем случае:

Исходя из анализа действующего армянского законодательства, возможность применения норм *lex mercatoria* в арбитражных судах предусматривается и в следующем случае. Так, в статье 1284 ГК РА указывается юридическая категория «право страны», а в статье 28 закона РА «О коммерческом арбитраже» указывается - «норма права». С наличием ссылки на выбор «норм права» вместо «права страны» закон предоставляет сторонам возможность выбора также и норм *lex mercatoria*. Использование данной формулировки свидетельствует о принятии законодателем *lex mercatoria* в качестве автономного источника права.

7. В процессе признания и приведения в исполнение международных коммерческих арбитражных решений применение норм *lex mercatoria* арбитражными судами не должно рассматриваться в контексте превышения полномочий со стороны арбитров и не должно приводить к повторному рассмотрению дела по существу. Сторона дела не может заявлять о том, что арбитр превысил свои полномочия при применении норм *lex mercatoria* как выбора ненадлежащего материального права к

спору. Исходя из анализа статьи 36 закона РА «О коммерческом арбитраже», становится очевидным, что при принятии армянским компетентным судом решения о признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража, не может быть отказано на основании того, что арбитраж применил нормы *lex mercatoria*.

**Теоретическая и практическая значимость исследования.** Теоретическая значимость диссертационного исследования заключается в том, что впервые в отечественной юриспруденции была осуществлена попытка комплексного анализа *lex mercatoria*, и теоретические выводы, сделанные в работе, могут способствовать расширению теоретического представления и дальнейшего развития теории *lex mercatoria*. Данная диссертационная работа может стать предметом конструктивных научных дебатов и может выступать в качестве теоретической основы для разработки дальнейших научных материалов в этой области. Данное исследование может найти свое применение и в преподавании предмета международного частного права.

Практическая значимость исследования заключается в том, что разработанные в диссертационном исследовании предложения и рекомендации могут учитываться во время осуществления реформ армянского законодательства в сфере международного частного права и законодательства о коммерческом арбитраже. Вопросы совершенствования законодательства в сфере международного частного права является предметом Концепции реформирования международного частного права (12 раздел Гражданского кодекса РА), разработанная ведущими специалистами в этой области.<sup>1</sup> Содержащиеся в работе выводы и предложения могут быть использованы участниками международного торгового оборота при осуществлении ими практической коммерческой деятельности, и самое главное, предложенные рекомендации могут быть, в частности, использованы при разработке международных коммерческих договоров, учитывая экономические потребности сторон.

---

<sup>1</sup> Հայեցակարգ Միջազգային մասնավոր իրավունքի բարեփոխման (ՀՀ Քաղաքացիական օրենսգրքի 12-րդ բաժին) Электронный ресурс URL: <http://moj.am/legal/view/article/717> (Дата последнего обращения 02.06.2018г.)

Детально изученная международная практика относительно юридических механизмов имплементации норм *lex mercatoria*, а также предложенные в диссертационном исследовании рекомендации относительно некоторых видов источников *lex mercatoria*, могут быть использованы в практике коммерческого арбитража Армении, так как автор в работе раскрывает отдельные вопросы условий применения норм *lex mercatoria*.

**Апробация результатов диссертационного исследования.** Диссертационная работа подготовлена на кафедре гражданского и гражданско-процессуального права Института права и политики Российско-Армянского университета. Обсуждение и рецензирование диссертации было проведено в Ереванском университете “Гладзор”.

Основные положения диссертационного исследования нашли свое отражение в семи научных статьях автора, опубликованных в научных изданиях, утвержденных Высшей аттестационной комиссией РА и РФ. Основные положения, выводы и предложения, нашедшие отражение в диссертационной работе, были изложены в научно-практических конференциях.

Диссертационная работа была разработана также в рамках присужденного Государственным комитетом по науке Республики Армения исследователю гранта по программе поддержки исследований аспирантов и молодых соискателей 2013 г.

Некоторые положения диссертационного исследования были представлены в рамках проведенных семинарских занятий по дисциплине «Международное частное право» в Институте права и политики Российско-Армянского университета.

**Структура диссертационного исследования,** обусловленная целями и задачами, состоит из введения, трех глав, содержащих девять параграфов, заключения, списка использованных нормативно-правовых актов и научной литературы.

## ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА *LEX MERCATORIA*

### §1. Понятие, юридическая сущность и предмет регулирования *lex mercatoria*

Формирование и развитие современного глобального гражданского общества является результатом интенсивного процесса глобализации практически во всех областях социальной жизни.

На сегодняшний день возникает множество проблем и противоречий между средствами правового регулирования международного торгового оборота и быстро развивающейся мировой экономикой. Это объясняется, в первую очередь, тем фактом, что регулирование современного международного экономического оборота в большей части осуществляется национальными законодательствами.

Другой важной проблемой является то, что активно развивающаяся экономика нуждается в гибком и быстром юридическом механизме регулирования. На сегодняшний день национальные правовые системы государств оказались не в состоянии создать стабильную и единую систему правовых норм, которая смогла бы осуществить эффективное регулирование международных коммерческих отношений.

Таким образом, можно с уверенностью утверждать, что современное международное частное право (далее также МЧП), основанное на коллизионном методе правового регулирования, на практике оказалось перед проблемами, которые возникли в процессе развития и глобализации мировой экономики.<sup>1</sup>

Именно указанные проблемы вызвали потребность поиска участниками международного торгового оборота новых, более адекватных средств правового регулирования международных торговых отношений, которые регламентируются главным образом национальными способами.

В результате этого поиска во второй половине XX в. начинается спонтанное формирование нового правового явления, получившего в юридической литературе название *lex mercatoria*. Концепция *lex mercatoria* является серьезным вызовом МЧП,

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Транснациональное торговое право (*lex mercatoria*). -К.: Таксон, 2002. С. 13



так как выступает в качестве альтернативы коллизионному методу правового регулирования международной торговой деятельности.

Важно отметить, что доктрина *lex mercatoria* является одной из наиболее противоречивых доктрин на сегодняшний день, вокруг которой ведутся многочисленные дебаты.

Противоречивость *lex mercatoria*, обусловленная, главным образом, недостаточной определенностью и четкостью его термина и доктринального определения, является одним из главных препятствий для более широкого признания доктрины в профессиональных юридических кругах и активного применения на практике участниками внешнеэкономической деятельности. Указанные проблемы связаны, прежде всего, с тем, что *lex mercatoria* является довольно новым явлением в юриспруденции и находится еще на стадии становления в связи с быстро развивающейся мировой экономикой.

В юридической литературе на данный момент, несмотря на возросшее активное внимание к данной теории в международном частном праве, не сложилось единого подхода относительно термина «*lex mercatoria*», которое дословно с латинского языка переводится как «торговое право».

Наряду с термином *lex mercatoria* в юридической литературе можно также встретить и термины «вненациональное право», «транснациональное (коммерческое) право». Впервые термин «транснациональное право» был предложен американским юристом Филипом Джессепом. Под этим правом Джессеп понимал совокупность правовых норм, регулирующих действия или события, выходящие за пределы границ государства. Согласно теории Джессепа, транснациональное право не является международным правом в точном смысле слова, поскольку оно не относится к межгосударственным взаимоотношениям. «Транснациональные ситуации» связаны с действиями физических лиц, корпораций, государств, международных организации и других образований. С точки зрения Джессепа, существование транснационального

права подчеркивает отсутствие четкой границы между национальным и международным правом.<sup>1</sup>

На наш взгляд, термин «*lex mercatoria*» более предпочтителен, поскольку именно он получил наибольшее распространение в правовой литературе.

Приверженцы нового *lex mercatoria* предлагают концепцию о том, что существует некая независимая от национальных правопорядков совокупность юридических норм, которая возникла в результате саморегуляции участниками международного торгового оборота.

Основная квинтэссенция доктрины «*lex mercatoria*» состоит в обосновании независимости и обособленности от национальных правовых систем норм, регулирующих внешнеэкономические торговые сделки.

Одновременно с неоднозначностью термина «*lex mercatoria*», неоднозначна так же оценка самой сущности *lex mercatoria*, которую именуют концепцией,<sup>2</sup> доктриной,<sup>3</sup> теорией и др. До настоящего времени среди ученых и юристов продолжаются дискуссии относительно установления правовой природы *lex mercatoria*.

Истоки становления и развития современного *lex mercatoria* можно проследить у четырех авторов-основоположников, которые разработали новые идеи об источниках международного коммерческого права. Этими авторами являются: Эдуард Ламбер (*theory of droit corporative interenational*), Клайв Шмиттгофф (*theory of the new law merchant*), Бертольд Гольдман (*theory of lex mercatoria*) и Филипп Кан (*theory of the societi international des commergants*).<sup>4</sup>

В конце девятнадцатых-двадцатых годов, Эдуард Ламбер пришел к выводу, что международная торговля регулируется не только национальным правом и судами, но также и заинтересованные торговые круги, в определенной степени, создали свой закон благодаря сочетанию торговых обычаев, общих условий и деятельности арбитражных

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С.15

<sup>2</sup> Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. - М.: Норма, 2001. - С. 303

<sup>3</sup> Панасенко М. Возможность выбора ненационального права: *lex mercatoria* / Белорусский журнал международного права и международных отношений. 2001. № 3. С. 54-58.

<sup>4</sup> De Ly F. *International Business Law and Lex Mercatoria*. Amsterdam Elsevier North-Holand, Emerald Group Publishing Limited, 1992, С. 208

судов.<sup>1</sup> Ламберт назвал это *droit corporatif international*. Руководимые рыночной силой, унификация права на уровне конкретной сделки или профессии достигается и может даже привести к более универсальным формам унификации.<sup>2</sup>

В 1954 году Клайв Шмиттгофф разработал свою влиятельную теорию о новом *lex mercatoria*. В своем учении Шмиттгофф подчеркнул специфику международного коммерческого права, где международные конвенции, единообразные законы и обычаи занимают видное место в регулировании международных торговых сделок. Относительно обычаев, Шмиттгофф отмечает, что обычаи, больше не только созданы спонтанным поведением, но также и разрабатываются международными организациями, такими как, например, Международная Торговая Палата, или международными профессиональными организациями.<sup>3</sup>

В своих трудах Шмиттгофф утверждает о том, что международное коммерческое право автономно от национальных правовых систем, отмечая, однако, что это независимость имеет свои особенности и данное право не существует вне национальных правовых систем.<sup>4</sup> Он утверждает, что применение норм *lex mercatoria* зависит как от допущения сторонами, так и от дозволения национальными правовыми системами.

В представлении Шмиттгоффа *lex mercatoria* имеет большое значение с прагматической точки зрения. Следующая цитата подтверждает очевидное: «Мы должны признать тот факт, что новое *lex mercatoria*, которое складывается на наших глазах, совершенно новое явление. При попытке понять его, мы должны забыть викторианское пристрастие упорядоченности, но принять его каким оно было в средние века и какой оно будет снова: бессистемное, сложное и многообразное, но реалистичное, оригинальное и быстро развивающееся».<sup>5</sup>

Увеличение единообразия в регулировании международной коммерческой деятельности - цель *lex mercatoria* в качестве третьего правопорядка.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 208

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> Schmitthoff C.M. Select Essays on International Trade Law. Chia-Jui Cheng (Ed). Martinus Nijhoff Publishers.

Приблизительно в тот же период, что и Шмиттгофф, Бертольд Гольдман разработал свою теорию относительно *lex mercatoria*. Для обсуждения теории Гольдмана следует, сперва, различать между его анализами относительно транснациональных правовых норм, обычаев и обыкновений, контрактов, общих принципов права и решений международных коммерческих арбитражей.<sup>1</sup> Что касается материальных транснациональных правовых норм, Гольдман, анализируя многие документы, приходит к выводу, что французское прецедентное право само создает такие нормы. На втором этапе, эти транснациональные материальные нормы больше, кажется, не появляются во французском праве, а выступают как наднациональные правовые нормы. Наконец, несмотря на некоторые колебания, Гольдман вернулся к своей первоначальной позиции и квалифицировал транснациональные материальные правовые нормы как часть французских норм, которые специально созданы для международных ситуаций и могут быть применены в других странах.<sup>2</sup>

Во-вторых, Гольдман отметил важность кодифицированных обычаев, общих условий, а также международных конвенций и подзаконных актов, касающихся международных компаний. Они могут считаться официальными источниками международного торгового права, потому что эти правила носят достаточно общий характер, принимаются легитимными органами и эффективно применяются и соблюдаются.<sup>3</sup>

Во-первых, Гольдман посчитал, что обычное право не очень подходит для международного торгового права, поскольку общее согласие в отношении установленных торговых практик будет отсутствовать. Во-вторых, Гольдман покончил с психологическим элементом в формировании обычая; дело в том, что торговцы неоднократно действуя определенным образом, согласно Гольдману, является достаточным доказательством того, что они чувствуют себя связанными определенными правилами поведения, которые они соблюдают. Наконец, кажется, что Гольдман вообще отказался от различия между обычаями и обыкновениями. И в

---

The Netherlands. 1988. С. 131

<sup>1</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 210

<sup>2</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 211

<sup>3</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 211

настоящее время, согласно его теории, считаются формальными источниками права и больше не зависят от принятия сторонами.<sup>1</sup>

В-третьих, Гольдман указывает большую роль общих принципов права в международных договорах и арбитражных решениях. Эти принципы являются общими многих государств, которые участвуют в международной торговле. Эти принципы являются истинными источниками *lex mercatoria*, так как продуктивно используются в международной торговле и с помощью которых удачно заполняются пробелы в законодательствах.<sup>2</sup>

Первоначально Гольдман действительно видел *lex mercatoria* как незавершенный развивающийся процесс, который еще не привел к формированию системы права. После этого, Гольдман неохотно, но, в конце концов, заявил, что, по его мнению, *lex mercatoria* является системой права, хотя и не полной.<sup>3</sup>

Из приведенного выше анализа можно сделать вывод, что, вопреки Шмиттгоффу, Гольдман использует официальную концепцию правотворческих источников. Эти источники являются обязательными для них и не являются обязательными в соответствии с национальным законодательством. Как ненациональный источник, они создают, ненациональную автономную правовую систему. Договоры, в которых делается ссылка на нормы *lex mercatoria* и арбитражные решения, в которых применяются такие нормы, являются не без правового основания, а только со ссылкой на ненациональное право.

Формальная автономия *lex mercatoria* поднимает вопрос о его связи с национальным законодательством. Во-первых, Гольдман указывает, что нормы *lex mercatoria* не обладают абсолютной монополией в регулировании международных коммерческих отношений, указывая при этом, что национальные правовые системы и публичное право также играют большую роль. Наконец, Гольдман размышляет, что в национальных судах *lex mercatoria* может быть применена в качестве применимого права для разрешения международных торговых споров. В случае выбора права, это означает, что это может, как и для выбора иностранного права, привести к исключению

---

<sup>1</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 211

<sup>2</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 212

<sup>3</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 213

императивных норм закон суда (*lex fori*).<sup>1</sup> Тем не менее, применение норм *lex mercatoria* не может нарушать международный публичный порядок закона суда.<sup>2</sup>

Таким образом, Гольдман определяет *lex mercatoria* как совокупность общих принципов и общепринятых норм, имеющих непосредственное применение в международной торговле без ссылки на какую-либо национально-правовую систему.<sup>3</sup>

Несмотря на влияние Гольдмана на Филиппа Кана, последний заслуживает особого обсуждения, потому что он подчеркнул социологическое измерение международного коммерческого права, в которых международное бизнес-сообщество создает свои собственные нормы. В своей диссертации, Кан проанализировал это, в частности относительно международного сообщества покупателей и продавцов, которые хорошо организованы и имеет достаточную однородность и солидарность.<sup>4</sup> Саморегулируемые нормы подразделов международного бизнес-сообщества состоят из обычаев, общих условий, обычных договорных положений и общих принципов права.

В соответствии с социологической концепцией права, в которой любые организованные сообщества могут создавать правовые нормы, эти нормы рассматриваются как правовыми, которые применяются в отношении торговцев, принадлежащих к международным бизнес-сообществам или их подразделениям. Под влиянием Гольдмана эти правила также называли *lex mercatoria*.<sup>5</sup>

Автономия норм международного коммерческого сообщества может оказаться под угрозой, если гражданский спор будет рассматриваться в национальных судах. Национальные суды будут применять национальное право и будут рассматривать саморегулирование международных коммерсантов как противоречащее данному законодательству. По этой причине, Кан отмечает, международный коммерческий арбитраж больше подходит для применения вышеуказанных правил для урегулирования возникшего спора. Тем не менее, Кан признает, что автономия *lex*

---

<sup>1</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 214.

<sup>2</sup> Goldman B. *The Applicable Law: General Principles of Law: the Lex Mercatoria/Contemporary Problems in International Arbitration* / Ed. by J. Lew. - London, 1986. С. 116.

<sup>3</sup> Goldman B. *Lex Mercatoria*. Boston: Kluwer, 1983. С.11-13

<sup>4</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 215

<sup>5</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 216

mercatoria не является абсолютным и что международная общественная политика и *ius cogens* международного публичного права могут ограничить его применение.<sup>1</sup>

Позицию Гольдмана поддержал и развил немецкий исследователь Питер Бергер. В своем труде «The creeping codification of the New Lex Mercatoria» («Ползучая кодификация *lex mercatoria*»), Бергер пишет о *lex mercatoria* как о автономной третьей системе права, созданной и развиваемой международным коммерческим сообществом. По его мнению *lex mercatoria* занимает место между национальным правом и международным публичным правом.

К сторонникам подобного взгляда на правовую природу *lex mercatoria* следует также отнести Г. Бермана, К. Кауфмана и Филиппа де Лу, которые полагают, что *lex mercatoria* - это автономный правопорядок или совокупность международных норм, созданных специализированными организациями, а также арбитражным прецедентным правом.<sup>2</sup>

Особой ролью в современном миропорядке наделяют *lex mercatoria* некоторые представители немецкой школы сравнительного правоведения. К примеру, Гральф-Петер Каллисс рассматривает *lex mercatoria* как «транснациональное право, т.е. автономную систему права третьего уровня, которая также создана глобальным гражданским обществом, кодифицирующее частные нормы».<sup>3</sup>

Мартин Хунтер отмечает, что вне зависимости от определения *lex mercatoria*, его «цель сводится к регулированию международной торговли с помощью особой системы права, которой удастся избежать капризов национальных систем различных государств».<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Berman H.J., Kaufman C. The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*). Harvard International Law Journal. Vol. 19 (1). 1978, С. 273.

<sup>3</sup> Calliess G.P. *Lex Mercatoria: a Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System* // German Law Journal. 2001. № 17.С.35-43.

<sup>4</sup> Hunter M., Conde E.S. *Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations* // Journal of World Investment. 2003. С. 367.

Бернардо Клемадес и Стивен Плен рассматривают *lex mercatoria* как «совокупность правовых норм, созданных международным деловым сообществом для целей своей деятельности».<sup>1</sup>

Датский ученый Оле Ландо полагает, что *lex mercatoria* - это «правовые нормы, общепризнанные большинством национальных правовых систем и используемые в практике международной торговли, в том случае, если они оказываются наиболее приемлемыми к рассматриваемому спору».<sup>2</sup>

Оле Ландо объясняет доктрину *lex mercatoria* следующим образом: стороны международного контракта вполне правомерно могут не подчинять свои правоотношения какому-либо национальному праву, будь то внутригосударственное право участников контракта либо право третьей страны. Вместо этого, они вправе указать, что их отношения подлежат регулированию на основе общих принципов, используемых в международной торговле большинством государств. В случае если указанные общие принципы нигде не закреплены, арбитр применяет правила, наиболее приемлемые, по его мнению, для разрешения спора. При этом он обязан учитывать общепризнанные положения различных правовых систем. Таковым Оле Ландо представляется процесс применения *lex mercatoria*, т.е. это разрешения спора частично на основании юридически обязательных норм и принципов, а частично «творческий процесс» отбора наиболее приемлемых для конкретного спора положений.<sup>3</sup>

Теоретическая конструкция, называемая «*lex mercatoria*», открыто критикуется некоторыми учеными, которые полагают, что ее использование может лишить предсказуемости международный коммерческий оборот. Последовательными противниками *lex mercatoria* являются - французские исследователи П. Лагард, Г. Батиффоль, Дж. Деломе, английские ученые М. Мустилл, Ф. Манн, швейцарец К. Хайети некоторые другие.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Cremades B.M., Plehn S.L. The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions // Boston University International Law Journal. 1984. № 2. С. 324.

<sup>2</sup> Lando O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // International Comparative Law Quarterly. 1985. Vol. 34. Part 4. С. 747

<sup>3</sup> Lando O. Указ. соч. С. 747

<sup>4</sup> Аблѣзгова О.В. Нормы «*lex mercatoria*» в правовом регулировании международного коммерческого оборота: Дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2008.С.71



К примеру, Френсис Манн указывает, что термин «*lex mercatoria*» можно использовать только в процессуальном смысле. По его мнению, *lex mercatoria* - это правосудие в соответствии с принципом добросовестности, осуществляемое в связи с международными коммерческими спорами.<sup>1</sup>

Существует мнение, что *lex mercatoria* - это всего лишь случайно возникшая масса правил и принципов, факультативно регулирующая международный коммерческий оборот.

Таковы основные дефиниции рассматриваемого правового явления в зарубежной науке. В армянской и российской правовой доктрине отсутствует самостоятельное определение понятия *lex mercatoria*. Российские исследователи лишь цитируют иностранные разработки, дополняя их скептическими замечаниями о неясной правовой природе *lex mercatoria*. Рассмотрим некоторые из них.

Среди российских исследователей скептически настроены в отношении *lex mercatoria* Л.П. Ануфриева, В.П. Звеков, М.М. Богоуславский, Г.Ю. Федосеева, И.С.Зыкин.

Л.П. Ануфриева полагает, что *lex mercatoria* следует рассматривать как право международной торговли и, исходя из различных толкований содержания *lex mercatoria*, можно вывести общий стержень, а именно вынесения права международной торговли за границы правовой системы конкретного государства.<sup>2</sup> Однако, по ее мнению, доктрина *lex mercatoria* в Российской Федерации не поддерживается, поскольку это находит отражение в законодательстве (в частности, в ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»<sup>3</sup>).

В.П. Звеков замечает, что *lex mercatoria* - это симбиоз регуляторов, на которых проецируется общее наименование «торгового права», что, в свою очередь, заставляет его усомниться в возможности рассматривать *lex mercatoria* не только в качестве

---

<sup>1</sup> Mann F.A. Introduction / *Lex mercatoria and Arbitration: Discussion of the New Law Merchant* / Ed. by T.E. Carbonneau. New York: Transnational Juris Publication, Inc, 1990. С. 2.

<sup>2</sup> Ануфриева Л.П. Международное частное право. В 3-х томах. Т. 2. Особенная часть. М.: Издательство БЕК, 2000. С. 220.

<sup>3</sup> Там же.

системы универсальной правовой природы, но и вообще в качестве юридической категории.<sup>1</sup>

Г.Ю. Федосеева признает необходимость совершенствования регулирования внешнеэкономических отношений. Она указывает, что сама постановка проблем сторонниками *lex mercatoria* способствует поиску путей единообразного подхода к регулированию внешнеэкономических сделок, но замечает, что подобные проблемы и пути их решения существовали и существуют без наличия специальной для них теории *lex mercatoria*.<sup>2</sup>

Отрицая юридический характер *lex mercatoria*, И.С. Зыкин полагал, что обозначение *lex mercatoria* не имеет четко определенного содержания и что входящий в это словосочетание термин «право», понимаемый как система правовых норм, обозначает в данном случае то, чего на самом деле нет.<sup>3</sup>

К сторонникам рассматриваемой концепции следует отнести Г.К. Дмитриеву, которая утверждает, что *lex mercatoria* - это сложившаяся самостоятельная система транснационального коммерческого права, или система обычаев международной торговли в широком смысле. *Lex mercatoria*, по ее мнению, это третья система права, которую следует рассматривать как «параюридическую систему».<sup>4</sup>

Одной из наиболее радикальных в российской науке международного частного права на настоящий момент представляется позиция А.С. Комарова. Исследователь допускает регулирование международных коммерческих сделок с помощью *lex mercatoria* и определяет его как «нормы права, которые не принадлежат к какой-либо национальной правовой системе, но которые признаны в качестве общепринятых правовых норм и принципов».<sup>5</sup>

На наш взгляд международный коммерческий оборот нуждается в регулировании другими нормами, нежели национальными, так как специальные коллизионные нормы помогают мало. Это объясняется, в первую очередь тем, что с

---

<sup>1</sup> Звеков В.П. Указ. соч. С. 304.

<sup>2</sup> Федосеева Г.Ю. Международное частное право. М.: Остожье, 2002. С.141.

<sup>3</sup> Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: Право и практика. М.: Международные отношения, 1994, С. 228-229.

<sup>4</sup> Дмитриева Г.К. Указ. соч. С. 399.

<sup>5</sup> Вилкова Н.Г. Международные коммерческие контракты: теория и практика унификации правового регулирования: Дис....докт. юрид. наук. М., 2002. С. 351-354.

помощью коллизионных норм мы отсылаем к иностранной правовой системе, т.е. системе норм, которые предусмотрены для регулирования внутренних торговых отношений. Необходимые нормы должны отличаться по содержанию от коллидирующих норм. Так как подходящих норм в национальных источниках нет, то международный коммерческий оборот сам ищет способы внегосударственного регулирования, к которым можно отнести международные обычаи и коммерческую практику, типовые договоры и т.д., словом, все то, что сегодня именуется нормами *lex mercatoria*.

Помимо доктринальных определений *lex mercatoria*, можно встретить попытки определить этот феномен в судебной практике. Наиболее интересно в этом отношении одно из решений итальянского Кассационного суда в деле от 8 февраля 1982 года номер 2285, где, *inter alia*, говорится о следующем: «Право, в рамках которого арбитраж осуществляет свою деятельность независимо от законов различных государств, должно считаться транснациональным правом. Это случай «коммерческого» (*mercantile*) права, существующего благодаря тому, что деловое сообщество придерживается ценностей своей среды, благодаря его соблюдению этих ценностей, в отношении которых наличествует *opinio necessitatis*, т.е. доминирующее убеждение относительно их обязательности.<sup>1</sup>

Поскольку деловое сообщество - независимо от гражданства и/или места предприятия - приходит к согласию относительно определенных основных ценностей, касающихся бизнеса, и относительно вышеупомянутого *opinio necessitatis* (даже просто в силу практических соображений), мы должны допустить, что *lex mercatoria* существует (и мы определяем его с помощью совокупности правил, чье содержание хотя и меняется, но *pro tempore* остается стабильным).<sup>2</sup> Таким образом, коммерческое право возникает тогда, когда возникает общее убеждение в существовании общеобязательных правил и когда люди, имеющие это убеждение, координируют свое поведение на базе общих правил (формируя, таким образом коммерческое сообщество). В таком сообществе, которое не имеет стабильной организации, право применяется на

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 17

<sup>2</sup> Galgano F. "The New Lex Mercatoria," Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 2: Iss. 1, 1995, Article 7. С. 108-109-11. Judgement of February 8, 1982 Foro It. I, 2285 (IT)

неформальной основе; даже тогда, когда оно применяется организацией, такой как арбитражные органы, коммерческое право, по мере того как оно становится все более последовательным, не меняет своей природы. Правила, которыми руководствуется «коммерческий» арбитраж, формируются ценностями, считающимися обязательными членами коммерческого сообщества, поскольку коммерческий арбитраж...является частью «коммерческого» права (т.е. независимого от права государства)».<sup>1</sup>

Как видим, в решении итальянского Кассационного суда не только формулируется общее понятие *lex mercatoria*, но также раскрываются особенности функционирования его юридического механизма. Особенно важно то, что в этом решении указывается на ту роль, которую играют государственные органы в процессе осуществления норм *lex mercatoria*.

Таким образом, активные дебаты пока не дали результата в виде консенсуса относительно единого определения *lex mercatoria*, что существенно затрудняет реализацию теории в практике и принятие ее юридической наукой.

Исходя из анализа практической и теоретической литературы, на наш взгляд, под *lex mercatoria* следует понимать транснациональное коммерческое право, которая действует альтернативно по отношению к национальному праву, состоящая из кодифицированных правил международной торговли, созданная на основе принципов саморегуляции участников международного торгового оборота, достаточная для разрешения международных торговых споров международными коммерческими арбитражами, также применяемая в большинстве случаев в практике заключения контрактов.

Для более глубокого осмысления правовой сущности *lex mercatoria*, следует более детально рассмотреть вопрос о том, является ли *lex mercatoria* в целом «правом», правовой системой или методом вынесения судебного или арбитражного решения.

***Lex mercatoria как право.*** Существуют серьезные разногласия среди ученых относительно того, следует ли называть *lex mercatoria* «правом».

С позитивистской точки зрения, в большей части подвергшей влиянию известным английским юристом и основоположником юридического позитивизма

---

<sup>1</sup> Там же

Джоном Остином,<sup>1</sup> есть три основных признака права, а именно: нормативность, институционализированность и принудительность. Нормативность заключается в том, чтобы регулировать человеческое поведение, т.е. устанавливать правила поведения. Институционализация выражается в том, что его формулировка, модификация и применение в значительной степени выполнены и регулируются институтами или учреждениями.<sup>2</sup> И, наконец, принудительность выражается в следовании установленным правилам и его применение внутренне гарантируется, в конечном итоге, применением силы.

*Lex mercatoria* может претендовать на признание наличия нормативного характера, однако, возникают сомнения относительно его институционализированности и принудительности. Так, Гольдман признавал институциональность *lex mercatoria* через существование особого торгового сообщества (*societas mercatorum*), который может создавать свои нормы. В самом деле, «кто участвует в международной торговле, конечно, составляют особую социальную группу. Можно было бы возразить, что это неоднородная группа, состоящая из ряда «торговых общин. Но на самом деле то же самое можно сказать в отношении национальных государств, в которых торговцы, фермеры и члены профессий составляют различные общины в обществе в целом. Точно также различные «торговые сообщества» международной торговли имеют нужды, как и все общество в мире в целом и для разрешения этих международных нужд и из экономических соображений создаются нормы обычного права».<sup>3</sup>

С позитивистской точки зрения роль торгового сообщества как институционального источника права отвергается. Ставиться даже под вопросом существование самого торгового сообщества. В результате, замена государства торговым сообществом как институционального источника «представляется бессмысленным, так как это предполагало бы существование социальной организации, которая еще не появилась на практике».<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Lopez Rodriguez A.M. *Lex mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*. Denmart. 2003. С. 102

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С. 102.

<sup>4</sup> Там же.

Также следует отметить, что *lex mercatoria* не подпадает под традиционное определение права из-за отсутствия принудительной власти для гарантирования его применения. Торговое сообщество само не имеет власти принуждения и в случае, когда потерпевшая сторона захочет заставить другую сторону выполнить свои обязательства либо обратиться в арбитраж, придется прибегнуть к юридическим механизмам правовых порядков государств. Отсюда следует, что *lex mercatoria* не обладает обязательной силой, так как не происходит от государственной власти или не включена в какую-либо конвенцию.

С точки зрения правового плюрализма, однако, утверждается, что *lex mercatoria*, безусловно, относится к области «права». Понятие «право» в значительной степени отличается от понятия санкции и общественные организации способны производить свои собственные правила. Кроме того, *societas mercatorum* имеет механизмы принуждения для обеспечения соблюдения своих правил, таких как черные списки, нанесения вреда деловой репутации или лишения возможности обладать правами члена торгового сообщества и т.д. Коммерсанты на самом деле чувствуют себя обязанными соблюдать правила *lex mercatoria*.

Американский исследователь Прайлс утверждает, что проблема отнесения *lex mercatoria* к категории «права» обрела уже философский характер.<sup>1</sup>

Обобщая вышеотмеченное, следует отметить, что если исходить из позитивистского происхождения права, то да *lex mercatoria* на данном этапе не является правом, однако нельзя не согласиться с мнением Матузова и Малько относительно того, что становление права достаточно длительный процесс и исторически первоначально зарождались элементы права, отдельные правовые идеи и принципы, правовые нормы и правоотношения.<sup>2</sup> Также и *lex mercatoria* находится еще на пути своего формирования и развития, в процессе которого возникают различные доктрины *lex mercatoria*, создаются все новые принципы *lex mercatoria*. Учитывая процессы непрерывной кодификации норм *lex mercatoria*, следует смело отметить, что *lex mercatoria* - «право в действии». Указывая о том, что *lex mercatoria* - право, следует

---

<sup>1</sup> Pryles M. Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // International Arbitration Report. February 2003. С. 325.

<sup>2</sup> Н.И. Матузов, А.В. Малько. "Теория государства и права: учебник", Юристъ, 2004, С. 24.

четко подчеркнуть, что *lex mercatoria* -транснациональное коммерческое право. И в контексте транснационального права, указанная выше «кодификация», не означает и не может означать формализованное законодательство со стороны суверенного законодательного органа, как в традиционной позитивистской модели суверенного нормотворчества сверху вниз. В транснациональном бизнесе или торговле единого законодателя или создателя правовых норм не существует. Скорее, понятие кодификации относится к формулировке этих принципов и правил в официальных текстах (*black letter texts*)<sup>1</sup> и воспроизведению материалов сравнительного права, подтверждающих конкретный принцип или правило. В этом и отличается особенность *lex mercatoria* как транснационального права. Участники международного торгового оборота сами являются «законодательным органом». В некоторых случаях создаются специальные институты и центры для осуществления кодификации «нового торгового права», так как на сегодняшний день *lex mercatoria* весьма динамично развивается, что свидетельствует о неизменной актуальности *lex mercatoria*.

***Lex mercatoria как система права.*** Как было уже установлено, даже в том случае если некоторые элементы *lex mercatoria* подпадают под категорию правовых норм, *lex mercatoria*, в конечном итоге, не обладает свойством системы права. Действительно, *lex mercatoria* бросает вызов традиционной правовой теории, поскольку она разрушает связь между законом и государством, которое, с позитивистской точки зрения, характерно для системы права.<sup>2</sup>

По указанной причине, теория *lex mercatoria* была первоначально объяснена на основе естественного права, и после упадка последнего, она также была основана на теории правового плюрализма, разработанного Санти Романо, согласно которой системы права не являются монолитными, а представляют собой сосуществование систем и подсистем, одной из которых является *lex mercatoria*. С этой точки зрения *lex mercatoria* характеризуется как *tertium genus*, система права, созданная торговым

---

<sup>1</sup> В системах права общего права «black letter laws»-это прочно установившиеся либо в законодательствах, либо в прецедентом праве хорошо известные и принятые правовые нормы, которые больше не являются предметом разумных дискуссий и которые определяются из печатных источников.

<sup>2</sup> Kelsen H. Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or Pure Theory of Law, Oxford University Press. 1999. С. 99.

сообществом, которая отличается от национального законодательства и международного публичного права.

Интересный рефлексивный подход представил Теубнер к теории *lex mercatoria*, построенный между дескриптивной «Теорией систем» Николаса Лумана<sup>1</sup> и нормативистской «Дискурсивной» теорией Хабермаса.<sup>2</sup> Используя биологический термин, Гюнтер Теубнер утверждает, что *lex mercatoria* является аутопоэтической системой.<sup>3</sup> Аутопоэтический означает автоматически-само-созданный. Это процесс, где система как организм, как система права или как корпорация производит свою собственную организацию, поддерживает и представляет себя в пространстве. Т. е. все, что нужно *lex mercatoria* для поддержания ее организации она производит сама. В данном случае *lex mercatoria* выступает в качестве своеобразного автономного организма. Как отмечают Гюнтер Теубнер и Ральф Майклс, *lex mercatoria* - самодостаточный и самоподдерживающийся правовой порядок.<sup>4</sup> Таким образом, Теубнер рассматривает *lex mercatoria* скорее не как совокупность материальных норм, а скорее как процесс, в котором он организует и производит сам эти нормы.

Продолжая, Теубнер устанавливает, что, для того чтобы стать системой права от *lex mercatoria* требуется не завершенная система правил, в той мере в какой нормы создаются коммуникацией/обществом как «побочный продукт переработки правовых актов».<sup>5</sup> Вместо этого необходимо иметь суд, который принимал бы решения на основе правил, созданных в результате саморегуляции. Эта роль фактически выполняется международным коммерческим арбитражем, который позволяет воплощение договорных отношений.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С. 104

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Mazzacano P.J. The Autonomous Nature of the Lex Mercatoria. *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*. Article. 2012. С. 72

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С. 105

<sup>6</sup> Там же.



Можно выделить четыре основных признака, которые являются общими для подлинной системы права (*ordre juridique*): завершенность, предсказуемость, структурированный характер и способность развиваться.<sup>1</sup>

### 1) *Завершенность*

Общепризнанно, что система права должна быть в состоянии дать ответ на любой юридический вопрос, который возникает на практике. В противном случае, речь будет идти не о «правовой системе», а о «правовой массе». В связи с этим *lex mercatoria* не подпадает под категорию «система права», так как является неопределенной и незаконченной. Существует очень мало общих принципов торгового права, которые могут быть признаны общепризнанными и те очень немногие фундаментальны, чтобы быть бесполезными. Кроме того, предполагаемые правила *lex mercatoria* не охватывают всевозможные вопросы, связанные с международной коммерцией, например: деликт или создание вещных прав *in rem*. Действительно, *lex mercatoria* не предоставляет ответ на вопросы относительно договорных вопросов, таких как действительность договора и формальность. Его развитие находится в зачаточном состоянии и происходит до сих пор поиск вообще приемлемых решений.

Национальное статутное право концептуально не является исчерпывающим. Даже крупнейшие кодификации, такие как немецкий Гражданский Кодекс ФРГ или Гражданский кодекс Франции являются открытыми и неполными, в некоторой степени, допуская гибкость применения и дальнейшего развития со стороны судебной системы и доктрины. Точно так же, в некоторых юрисдикциях обычно прибегают к общим положениям и стандартам, таким как добросовестность, для того, чтобы поощрять создание новых правовых институтов и эволюцию существующей правовой системы. Здесь судья наделен значительной силой правотворчества - ситуация, напоминающая арбитражный процесс, где отсутствие комплексного транснационального правового материала дополняется творческой функцией арбитра.

Даже в том случае, когда *lex mercatoria* априори не может быть характеризована в качестве системы права, она завершена на практике принятием решений

---

<sup>1</sup> Gaillard E. *Transnational Law: a Legal System or a Method of Decision-Making? / The Practice of Transnational Law / Ed. by K.P. Berger. The Hague etc.: Kluwer Law International, 2001. С. 53*

международными коммерческими арбитрами. Это соответствует постоянно развивающемуся характеру международной торговли, требующая регулирования, которая является гибкой и открытой для постоянных изменений.

## 2) Структурированный характер

Система права может быть определена как «организованной набор правил, с различными уровнями общности и тесных связей между правилами, принадлежащих к этим различным уровням».<sup>1</sup> Эта структура отражает логику и значение системы в целом, служит в качестве точки отсчета в интерпретации любого правила в этой системе, например, использовать аналогии или интерпретации от противного, и в создании новых правил. Выше было установлено, что не существует систематического порядка между предполагаемыми правилами *lex mercatoria*. Как следствие, *lex mercatoria* не дает возможность учитывать согласованные и последовательные решения для конкретных случаев. Главный принцип *pacta sunt servanda* и его исключение, принцип *rebus sic stantibus*, вполне могут проиллюстрировать это. Действительно, взаимодействие между исключением *vis-a-vis* с более общими правилами не ясно, что привело к противоречивым результатам в спорах, связанных с долгосрочными контрактами.<sup>2</sup> Подчеркивается, что отсутствие структуры подчиняется существующему разнообразию стандартов и правил, которые якобы соответствуют *lex mercatoria*. Каждый из них отражает чувство справедливости различных сделок или профессий, которые слишком разнообразны, чтобы образовать однородный порядок. Без общей рамки ценностей и убеждений, невозможно получить внутреннюю согласованность.<sup>3</sup>

На наш взгляд, отсутствие систематического качества спонтанных правил *lex mercatoria* может быть, тем не менее, преодолено практикой международного коммерческого арбитража. В связи с этим, следует отметить, что арбитры создают необходимую базу для ценных разбирательств и систематических структур, необходимые для обеспечения жизнеспособности транснациональной правовой

---

<sup>1</sup> Gaillard E. Указ. соч. С. 60

<sup>2</sup> Delaume, G.R The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts, in: Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, 2nd ed., The Hague 1998. С. 120-121.

<sup>3</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С. 105

системы, путем увеличения публикаций их прецедентного права и обсуждение индивидуальных решений международных практиков и ученых.

### 3) *Предсказуемость*

Система права должна быть обеспечена необходимой открытостью и публичностью. Ее правила не могут оставаться в тайне. Вместо этого, они должны быть доступны для лиц, позволяя им предсказать вероятные последствия своих действий. В связи с этим, *lex mercatoria* была обвинена в отсутствии предсказуемости.

В первую очередь, ее правила трудно определить. *Lex mercatoria*-эфирная категория; она не может быть подтверждена в любой момент законом. Ссылки на нее могут содержаться в зарубежных изданиях, которые не всегда легкодоступны. Опять же, многие из статей о *lex mercatoria* отличаются друг от друга и содержат не широкие теории, а несколько конкретных примеров. В этих условиях, определение содержания *lex mercatoria* становится более затруднительным, чем определение содержания иностранного права. Также, применение *lex mercatoria* в международном арбитраже совершенно непредсказуемо, учитывая тот факт, что публикуются малое количество арбитражных решений и еще меньшее число связано с *lex mercatoria*. Другими словами, *lex mercatoria* не является системой права, поскольку ее правила «не доступны для сторон в той мере, в какой нормы права могут служить в качестве руководства поведения в ходе исполнения договора».<sup>1</sup> Данные аргументы проигрывают в свете того, что стали заметно происходить изменения в международном договорном праве, например, Центром транснационального права была разработана и запущена в 2001 году База данных Транснационального права (Transnational Law Database (TLDB)), предназначенная «для обеспечения доселе» недостающего звена «между теорией транснационального торгового права и международной правовой практикой».<sup>2</sup>

### 4) *Способность развиваться*

Система права должна быть в состоянии развиваться время от времени для того, чтобы давать ответ на изменяющиеся потребности общества, которые оно призвано

---

<sup>1</sup> Lopez Rodrigex A.M. Указ.соч. С. 107

<sup>2</sup> [http:// www.trans-lex.org](http://www.trans-lex.org)

регулировать. Национальное право обновляется с помощью законодательной деятельности или прецедентного права.

Это требование четко выполняется *lex mercatoria*, которое постоянно обновляется. Это «живое право». Некоторые ее элементы могут стать устаревшими, в некотором смысле, например, обычаи и нормы, кодифицированные специальными учреждениями, но они быстро преодолеваются новыми некодифицированными обычаями и практикой.<sup>1</sup>

Этот постоянно развивающийся характер *lex mercatoria* хорошо воспринимается арбитрами. Они, как правило, осуществляют поиск наиболее действующих правил, давая им предпочтение перед любой «стареющей» кодификацией. Это включает в себя применение норм, содержащихся в международных договорах, заключенных в ряде стран, но которые еще не вступили в силу.

***Lex mercatoria как субстантивный метод вынесения судебного или арбитражного решения.*** Приведенный выше анализ дает основание утверждать, что *lex mercatoria*, если не является подлинной правовой системой, обычно фактически выполняет функцию правового порядка. Арбитражная практика обеспечивает необходимую последовательность и жизнеспособность в совокупности правил и стандартов, которые происходят в международной торговле.

Собственно, Галиард предлагает рассматривать *lex mercatoria* как метод вынесения судебного решения, а не как совокупность транснациональных правил.<sup>2</sup> Данные правила применяются в результате транснационального метода вынесения судебного решения, которое состоит «в выводе по существу решения юридического вопроса не на основе конкретного закона, выбранного традиционным способом выбора применимого права, а на основе сравнительного анализа законодательств, которые позволят арбитрам применить правило, которое наиболее широко принято».<sup>3</sup>

Принятие подхода транснационального автономного понятия *lex mercatoria* при применении в разрешении международных судебных споров может иметь несколько

---

<sup>1</sup> Mazzacano P. The *lex mercatoria* as autonomous law. CLPE Research Paper 29/2008 Vol. 04 No. 06 (2008). С. 9

<sup>2</sup> Gaillard E. “Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, 10 ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, 1995, С. 224

<sup>3</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С. 109

преимуществ. В первую очередь, это позволяет не учитывать положения национального права, исключительно направленные на регулирование внутренних правоотношений. Во вторую очередь, это способствует достижению более высокой степени единообразия в международных судебных разбирательствах, так как, вместо того, чтобы применять правила из одного национального законодательства, учитываются принципы и нормы всех причастных правовых систем. И, наконец, в третью очередь, понимая *lex mercatoria* как метод вынесения судебного решения, устраняется аргумент о незавершенности *lex mercatoria*; арбитры всегда могут найти транснациональное решение в сравнительном праве.

Так же следует отметить, что рассматривая *lex mercatoria* как метод можно достичь достаточной гибкости за счет сравнительного анализа определенных элементов, учитывающего наиболее последние тенденции. Таким образом, метод *lex mercatoria* в каждом случае позволяет выносить международным коммерческим арбитрам индивидуальное решение. Данный подход также позволяет избежать множества вопросов, связанных с квалификацией *lex mercatoria* в качестве автономной правовой системы, доказательство чего составляет одно из слабых теоретических мест в логической структуре теории.

Транснациональный подход к вынесению судебного решения следует начинать с анализа содержания различных национальных законодательств, касающихся регулирования дела. Тем не менее, «решение, которое должно быть принято, возможно, не в точности соответствует тому, что каждый из различных национальных законодательств обеспечит в случае национальных правоотношений, но вполне может быть найден во взаимной адаптации таких законов в свете международно принятых стандартов».<sup>1</sup>

В связи с этим, транснациональный метод вынесения судебного решения был обвинен в непредсказуемости, так как лицо, принимающее решение, не может проводить функциональное сравнение всех причастных правовых систем. Также во время применения транснационального метода вынесения судебного решения не все

---

<sup>1</sup> Cuniberti G. Three Theories of *Lex Mercatoria*. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 52, No. 1, 2013; University of Luxembourg Law Working Paper No. 2013-1, 2014. С. 383

существующие правовые системы должны быть приняты во внимание. Этот метод направлен исключительно на то, чтобы «избежать преобладания решений, которые не получили достаточной поддержки в сравнительном праве, над решениями более общепринятыми в международном сообществе».

Кроме того, аргумент непредсказуемости не исключает субстантивные подходы. Даже применение национального законодательства приводит к неожиданным результатам.

Фактически, применяя решение, которое отражает наиболее общепринятую точку зрения, вопреки общепризнанным суждениям, учитывает вопросы последовательности и предсказуемости.

Транснациональный подход к международному судебному разбирательству, не является «экзотическим» явлением, как можно было бы представить. Есть возрастающее количество примеров субстантивных подходов, даже в традиционных системах международного частного права.

Например, согласно ст. 5 и 6 Римской конвенции 1980 о «Праве, применимом к договорным обязательствам», посвященные, соответственно, выбору права в потребительских/договорах для личного пользования и трудовых договоров, судья сталкивается с субстантивной оценкой содержания выбранной права *vis-à-vis* праву обычного места жительства потребителя или с иначе применяемым правом в трудовых договорах.

Даже Европейский суд принял субстантивный подход в рамках Брюссельской конвенции 1968 г. «По вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений» в отношении гражданских и коммерческих споров, например, в статье 5 Конвенции.

В ряде случаев Суд основывал свои решения на принципах, извлеченных из функционального сравнения законов государств-членов Европейского Союза, а не только на основе национальным законодательством одной страны. Кроме того, это побудило национальные суды принять транснациональный подход.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Bonell M.J., “The law applicable to international commercial contracts: the standpoint of Italian doctrine and case-law,” Bale Symposium on the Law Governing Contractual Obligations, Helbig & Lichtenhahn. 198. С. 24

На наш взгляд данный подход к определению понятия *lex mercatoria* может иметь определенную ценность. С учетом той решающей роли, которую играет международный коммерческий арбитраж в создании и применении транснациональных правил, *lex mercatoria* лучше характеризуется как метод вынесения судебного решения, а не как автономная, всеохватывающая система права.

Точнее, *lex mercatoria* может выступать в качестве субстантивного метода вынесения судебного решения, альтернативы традиционным коллизионным методам, который учитывает правила различного происхождения в поисках наиболее подходящего решения. Благодаря убедительному характеру аргументации некоторых арбитражных решений, оно постепенно превращается в корпус прецедентного права, который *de facto* выполняет ту же функцию, что и национальное законодательство в разрешении международных договорных споров.

Однако сводить роль *lex mercatoria* только к методу вынесения решения, на наш взгляд, является ограниченным и не передает всю сущность данного правового явления. Предпочтительнее рассматривать *lex mercatoria* в качестве совокупности юридических норм, которая упрощается в использовании и которая обеспечивает необходимую предсказуемость результатов, что, в свою очередь, оценивается участниками международного торгового оборота.

Выявив юридические особенности *lex mercatoria*, считаем немаловажным также вопрос о сфере применения *lex mercatoria* или по-другому предмете его регулирования.

Представители изучаемой теории трактуют предмет регулирования *lex mercatoria* достаточно широко. В предмет регулирования включают различные договоры, заключаемые в международной торговой сфере, среди которых: купля-продажа, подряд, страхование, аренда, представительство, перевозка, кредитные и расчетные отношения и т.д.

Анализ юридической литературы, показал, что *lex mercatoria* регулирует преимущественно коммерческие договоры. Следует четко установить, что же понимается под термином «коммерческий».

Так в сноске статьи 1 (3) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже устанавливается, что термин «коммерческий» должен

толковаться широко, чтобы охватывать вопросы, возникающие из всех отношений коммерческого характера, будь то договорные или нет. Отношения коммерческого характера включают, но не ограничиваются, следующие транзакции: любая торговая сделка для поставки или обмена товаров или услуг; дистрибьюторское соглашение; коммерческое представительство или агентство; факторинг; лизинг; подрядные работы; консультирование; машиностроение; лицензирование; инвестиции; финансирование; банковское дело; страхование; эксплуатационное соглашение или концессию; совместное предприятие и другие формы промышленного или делового сотрудничества; перевозки грузов или пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом.

Как видим, ЮНСИТРАЛ придерживается достаточно широкого толкования понятия «коммерческий договор». Следует согласиться с вышеуказанной трактовкой, так как в категорию «коммерческие договоры» следует включать не только сделки на поставку или обмен товарами, или услугами, но и другие виды торговых сделок, такие как, например, инвестиционные, концессионные и др. Однако указанные выше недоговорные отношения следует оставить без внимания, поскольку споры, возникающие из них, обычно не решаются арбитрами, применяющими *lex mercatoria*.

Применение национальной правовой системы, на наш взгляд, является неизбежным, в связи с тем, что *lex mercatoria* на сегодняшний день не в состоянии урегулировать всю сферу возможных вопросов, возникающих в международной торговой деятельности.

Подводя итог, следует отметить, что *lex mercatoria* - довольно новое явление правовой жизни, которое постепенно формируется исходя из потребностей динамически - развивающейся мировой экономики. До недавнего времени *lex mercatoria* была недостаточно определенной и несовершенной, но наблюдается некая тенденция повышения определенности норм *lex mercatoria*. Зачастую *lex mercatoria* воспринимается как независимая третья правовая система, глобальная по своей природе и эквивалентная национальной правовой системе, призванная служить интересам субъектов коммерческого оборота. Другие ученые утверждают, что *lex mercatoria* на самом деле не свод правил, но скорее субстантивный метод принятия решений.



## § 2. Международное частное право и *lex mercatoria*

В общих чертах нормы *lex mercatoria* не противоречат нормам национального права, поскольку базируется на принципах, присущих многим национальным правовым порядкам. Кроме того, исторически нормы средневекового *lex mercatoria* были инкорпорированы в национальные правовые системы. По существу, *lex mercatoria* дополняет нормы национальной правовой системы и выполняет вспомогательную по отношению к ней роль. Зачастую государства исключают применения норм *lex mercatoria* на своей территории и предусматривают возможность регулирования внешнеэкономических договоров только своим национальным правом.

В связи с тем, что государство не только участвует в торговле, но и регулирует внешнеэкономическую деятельность, оно может создавать нормы касательно вопросов экспортно-импортных операций, таможенного и валютного регулирования, имеющие публично-правовую природу. Эти нормы создают общие параметры, в рамках которых функционирует *lex mercatoria* на территории определенного государства.

Поскольку функционирование *lex mercatoria* в значительной мере зависит от явно выраженного или подразумеваемого согласия государства, то отсюда логически вытекает, что национальное законодательство имеет приоритет перед *lex mercatoria*. Это особенно ярко проявляется, когда речь идет об имплементации решений международных коммерческих арбитражей, принятых на основе *lex mercatoria*. Осуществление подобных решений на территории определенного государства целиком зависит от его усмотрения.

В дополнение к указанному, следует отметить, что применение норм *lex mercatoria* полностью зависит от предусмотрения и позволения национальным законодательством. В этом выражается одна из основных критик *lex mercatoria*. Одним из главных аргументов является то, что ни на международном и ни на внутригосударственных уровнях возможность выбора ненационального права не предусмотрена. Как указывается в юридических литературах, только система национального права может определить права и обязанности участников международного экономического оборота и что самое главное, обеспечить их

исполнение. Специалисты утверждают невозможность *lex mercatoria* заменить внутригосударственное (национальное) право, как правовую систему. Даже в том случае, если участники международного экономического оборота подчинили свое отношение, например, Принципам УНИДРУА, это означает всего лишь то, что они инкорпорировали его положения в их контракт.<sup>1</sup> А уже вопросы, касающиеся регулирования контракта будет по-прежнему применяться национальное право, выбранное на основании коллизионных норм МЧП страны суда.<sup>2</sup>

Так, если мы проведен анализ армянского законодательства, то заметим, что статья 1284 Гражданского кодекса РА устанавливает, что договор регулируется правом государства, выбранным соглашением сторон. Анализ данной статьи показывает, что выбор права сторонами ограничен именно «правом». Устанавливая данный термин, законодатель имел в виду именно правил, которые существуют как нормы права, а не как вненациональные системы или как совокупности норм, или как «общие принципы» или «принципы справедливости».

Как известно, МЧП является отраслью национального права и регулирует правоотношения, которые осложнены иностранным элементом, с помощью отсылки к правовой системе конкретного государства.

У МЧП и *lex mercatoria* единая цель – правовое регулирование международных коммерческих отношений между участниками, которые принадлежат к правовым порядкам разных государств. Разница между ними заключается, прежде всего в том, что международное частное право разрешает конфликты (коллизии) между коллидирующими правовыми системами и юрисдикциями различных государств путем указания конкретной правовой системы, которая должна регулировать определенное правоотношение с иностранным элементом, а действие норм *lex mercatoria* направлено не на разрешение конфликта между национальными правовыми системами по поводу определенного правоотношения, а скорее на недопущение подобных конфликтов путем

---

<sup>1</sup> Мажорина М. В. К вопросу о современном *lex mercatoria*. Revista nr. 3-4 2009. Электронный ресурс: <http://studiijuridice.md/> (Дата последнего обращения 02.02.2018)

<sup>2</sup> Канашевский В.А. Концепция «*lex mercatoria*» в международном частном праве// Российский ежегодник международного права. СПб., СКФ "Россия-Нева 2008. С. 228.

применения универсальных юридических норм, способных непосредственно регулировать правоотношения, отягощенные иностранным элементом.

Можно согласиться с американским коллизионистом немецкого происхождения Фридрихом Юнгером, который полагает, что «... международное частное право ... и *lex mercatoria* представляют радикально отличные подходы к одной и той же проблеме. Если международное частное право подчиняет международные сделки праву определенного государства или страны, то *lex mercatoria* (понятие, означающее совокупность транснациональных норм) будет регулировать их непосредственно, без вмешательства коллизионных правил». <sup>1</sup>

Схожей позиции придерживается и лорд Мэстилл, который указывает, что цель конфликта законов (коллизионного метода) заключается в том, что суд должен четко установить право какого государства применяется для регулирования договора. А при *lex mercatoria* первый шаг арбитра заключается в том, чтобы отвергнуть любое национальное законодательство в качестве применимого права.<sup>2</sup>

Строго говоря, МЧП, основа которого - коллизионные нормы, не регулирует непосредственно правоотношения, а лишь отсылает к правопорядку государства, который должен урегулировать на основе национальных материальных правовых норм правоотношение. Основу же *lex mercatoria* составляют именно нормы материального права, которые непосредственно регулируют правоотношения. Кроме того, если каждое государство имеет свое собственное МЧП, то *lex mercatoria* - это единообразное, универсальное право. В этом смысле *lex mercatoria* и международное частное право действительно противоположности, где для регулирования правоотношений, усложненных иностранным элементом, применяют различные методы. Кроме того, МЧП регулирует помимо коммерческих правоотношений также и семейные и трудовые, т.е. предмет правового регулирования *lex mercatoria* уже, чем у МЧП.

Как полагают представители российской доктрины международного частного права, «последовательное проведение в жизнь постулатов теории *lex mercatoria*

---

<sup>1</sup> Junger F. Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: The Lex Mercatoria and Private International law//Louisiana Law Review.Summer, 2000. Vol. 60. С. 1133

<sup>2</sup> Mustill M. "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years", Arbitration International.1988. С.154

практически лишает смысла коллизионную проблематику МЧП в части, затрагивающей отношения в сфере внешнеэкономических связей».<sup>1</sup> Хотя в последнее время в российской доктрине МЧП стал проявляться больший интерес к *lex mercatoria* и более терпимое отношение к этой теории, российские коллизионисты по-прежнему отдают явное предпочтение нормам МЧП перед нормами *lex mercatoria*. Например, ученые А. Жильцов и А. Муранов отмечают, что, несмотря на то, что теория и практика *lex mercatoria* заслуживают всяческого внимания и должны всемерно поощряться, но только в сочетании с правом коллизий законов и правом коллизий юрисдикций.<sup>2</sup>

В западной доктрине международного частного права, где дискуссия по поводу природы и значимости *lex mercatoria* ведется уже на протяжении полувека, сформировались две школы юридической мысли касательно транснационального торгового права: так называемые «интернационалисты», например, французский юрист Бертольд Гольдман, и «конфликтуалисты» (или коллизионисты), чье кредо наиболее выразительно представил в свое время английский юрист Френсис А. Манн.

Как подчеркивал выдающийся французский компаративист Рене Давид, критикуя «конфликтуалистов», «...идея юристов, которые пытаются подчинить международную торговлю в каждом случае одной или нескольким национальным системам права, - не более чем блеф. Люди практического склада в основном освободили себя от нее путем стандартных контрактов и арбитража, и государства не откажутся от своего суверенитета или прерогатив, если они откроют глаза на реальность и начнут перестройку международного права».<sup>3</sup>

По мнению представителя «конфликтуалистов» Ф.Манна концепция *lex mercatoria* слишком неопределенна, а употребление слова «транснациональный» неудачно.<sup>4</sup> *Lex mercatoria* не более чем фиговый листок, прикрывающий подмену

---

<sup>1</sup> Богуславский М.М. Международное частное право. Современные проблемы. М.ТЕИС, 1994. С.404.

<sup>2</sup>Маковский А.Л., Жильцов А.Н., Муранов А.И. Международное частное право: Иностранное законодательство. М.: Статут, 2000. С. 43

<sup>3</sup> David R. The International Unification of Private Law. International Encyclopedia of Comparative Law. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971. Part 5. C.25

<sup>4</sup> Goldman B., Mann F.A. Introduction // *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant* (Editor - E. Carbonneau). - 1998. Juris Publishing. C. XXIV

арбитром надлежащего применению национального права своими субъективными нормативными предпочтениями.<sup>1</sup>

Таким образом, «интернационалистам» в МЧП присущ более гибкий и прагматический подход к правовому регулированию внешнеэкономических операций. «Конфликтуалисты» же опасаются, что *lex mercatoria* в силу своей недостаточной определенности может стать орудием судейского и арбитражного произвола и тем самым подорвать стабильность нормативной регламентации международной торговли.

Иначе говоря, «интернационалисты» в большей мере сориентированы на такие социо-юридические цели, как справедливость и гибкость, а «конфликтуалисты» - на стабильность и определенность.

Отношение к теории транснационального торгового права в доктрине международного частного права в значительной мере определяется тем, к какому научному направлению - «мультилитаризму» (многосторонний подход) или «юнилитаризму» (односторонний подход) - причисляет себя автор. В основе этих направлений лежат вопросы установления юридической сущности МЧП, исходя из разных методов решения коллизионных проблем. В соответствии с юнилитаризмом, коллизионные вопросы рассматриваются с учетом национального права и национального суда, так как МЧП является отраслью национальной системы права, а судья должен применять только нормы своего национального права. Как следствие, на практике, юнилитаризм приводит к применению привязки *lex fori* практически ко всем правоотношениям с иностранным элементом. И именно сторонники данного подхода являются противниками теории транснационального торгового права.

Мультилитаризм, наоборот, в основном исходит из интересов международного сообщества и предусматривает выбор права с нейтральной точки зрения. Цель мультилитаризма унификация коллизионных и материальных норм права различных государств. В этом отношении он более терпим к теории *lex mercatoria*.

Одной из главных причин предпочтения *lex mercatoria* международными коммерсантами международному частному праву является, является непредсказуемый и более сложный характер международного частного права, а также долгий процесс

---

<sup>1</sup> Hight K. The Enigma of the Lex Mercatoria// Tulane Journal of Law.-1989.N. 63. С.613-616

принятия международных конвенций, и тот факт, что только *lex mercatoria*, за которым многолетняя практика и опыт большинства государств, предоставляет возможность находить решения, которые соответствуют наибольшим образом интересам и потребностям международного торгового мира.

Выход из сложившегося в современном международном частном праве кризиса доверия со стороны международного делового сообщества следует искать, прежде всего, на путях гармонизации и унификации коллизионных норм различных национальных правовых систем и увеличения в международном частном праве удельного веса унифицированных материально-правовых норм. Правильные шаги в указанном направлении - принятие таких международных документов, как Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, 1985 г. и принятая странами-членами ЕЭС в Риме в 1980 г Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам.

Датский профессор Катарина Боэль-Воелки предложила статью 3 (1) Римской конвенции 1980 г. дополнить положением, позволяющим сторонам контракта избирать Принципы УНИДРУА или Принципы европейского контрактного права в качестве применимого права.<sup>1</sup> По-видимому, профессор Боэль-Воелки придерживается того взгляда, что сторонам контракта следует позволить дополнить их выбор Принципов другими нормами *lex mercatoria*.

В зависимости от отношения к доктрине *lex mercatoria* и его источникам можно условно разделить на несколько групп всех ученых и последователей данной доктрины. К первой относятся коллизионисты, которые, в принципе, отрицают нормативный характер *lex mercatoria* и рассматривают международное частное право исключительно как систему коллизионных норм. Для представителей второй группы характерен методологический плюрализм, поскольку они видят *lex mercatoria* и его источники в качестве вспомогательного компонента системы международного частного права. Третья группа юристов занимает самую радикальную позицию, защищая теорию *lex mercatoria*, и подчеркивает неадекватность и архаичность

---

<sup>1</sup> Boele-Woelki K. Principles and Private International Law// Uniform Law Review.1996.C. 652

коллизийного метода по сравнению с материальным методом транснационального торгового права.

Теоретически можно спрогнозировать три вероятных варианта взаимодействия между *lex mercatoria* и международным частным правом. Во-первых, увеличение влияния *lex mercatoria* и соответственное уменьшение авторитета и значимости МЧП среди участников международной торговой деятельности. Во-вторых, упадок еще окончательно не сформированной доктрины *lex mercatoria*, если МЧП удастся преодолеть вышеуказанные трудности, посредством сближения правовых систем государств в вопросе правового регулирования международных торговых отношений. И, наконец, в - третьих, произойдет гармоничное взаимодополнение норм мирное *lex mercatoria* и МЧП.

Сейчас трудно предвидеть, каким именно образом будут развиваться взаимоотношения между *lex mercatoria* и МЧП, но есть все основания полагать, что последний вариант был бы наиболее целесообразен. Несмотря на реальный и потенциальный конфликт между коллизийными нормами международного частного права и *lex mercatoria*, последнее все-таки нуждается в коллизийных нормах: в *lex mercatoria*, как и в любой правовой отрасли, существуют пробелы, которые могут быть заполнены только нормами национального правопорядка. Коллизийные нормы необходимы в таких случаях для определения компетентного правопорядка.

В то же время некоторые аспекты международных сделок так близко связаны с национальными правовыми системами, что лучше оставить их для регулирования нормами этих правовых систем. К примеру, правоспособность физических и юридических лиц заключать контракты должна всегда определяться нормами национального правопорядка посредством коллизийной нормы. Также параллельно с применением норм *lex mercatoria* могут применяться коллизийные нормы, когда правопорядок конкретного государства предоставляет возможность применения норм *lex mercatoria* к международным коммерческим договорам. Торговые обычаи являются источниками как МЧП, так и *lex mercatoria*, что также позволяет говорить об их некоем единстве и взаимодополняемости.

Таким образом, хотя с первого взгляда может показаться, что существует некий конфликт между *lex mercatoria* и МЧП в регулировании международных коммерческих отношений, но в целом они сотрудничают, способствуя развитию обоих правопорядков.

### § 3. История возникновения и развития *lex mercatoria*

*Lex mercatoria* не является феноменом или изобретением 20-го века. Оно было сформировано с самых ранних истоков международной торговли для удовлетворения потребностей международного торгового сообщества.<sup>1</sup> *Lex mercatoria* не переставало существовать, оно было адаптировано к конкретным потребностям каждого форума.

Некоторые ученые называют *lex mercatoria* как новым правом коммерсантов или новым *lex mercatoria*. Действительно, *lex mercatoria* является историческим понятием. Гольдман отмечает, что историческим предшественником сегодняшнего *lex mercatoria* является римский *jus gentium*, свод норм, регулирующих экономические отношения между иностранцами и римскими гражданами.<sup>2</sup> Другие авторы идут дальше назад во времени и отслеживают истоки *lex mercatoria* в Древнем Египте или в греческой и финикийской морской торговле Древних веков.<sup>3</sup>

По нашему мнению, *lex mercatoria* последовательно прошло три этапа развития:

- 1) *Jus gentium* как первый исторический предшественник *lex mercatoria* (242 год до н.э.-212 год н.э.) или Древний *lex mercatoria*. (*The ancient lex mercatoria*).
- 2) Старое (средневековое) *lex mercatoria* (11 век -19 век). (*The medieval lex mercatoria*).
- 3) Новое (современное) *lex mercatoria* (50-е годы- наше время). (*The new lex mercatoria*).

1) *Jus gentium* как исторический предшественник *lex mercatoria* (242 год до н.э.-212 год н.э.) или Древний *lex mercatoria* (*The ancient lex mercatoria*).

Часто используемый термин новое торговое право подразумевает о

---

<sup>1</sup> Baddack F. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. LL.M. (International Trade Law), Thesis, Faculty of Law, University of the Western Cape. September 2005.С. 5

<sup>2</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С. 86.

<sup>3</sup> Там же.



существовании «старого» торгового права. Возникновение этого *lex mercatoria* может быть датировано античностью. С появлением самых ранних форм международной торговли появился набор правил, регулирующих эту торговую деятельность.<sup>1</sup> Местные законы не были согласованы и не подходили для регулирования данного комплекса международной торговой деятельности. Поэтому торговое сообщество разработал свой собственный набор правил в соответствии со своими потребностями и обычаями. Как указывает Трахман: «Обычай, а не закон, являлся опорой для торговли еще с истоков обмена».<sup>2</sup> Еще в 300 г. до н.э. купцы в Средиземном море использовали комплексный свод морского права, который состоял из торговых обычаев в виде «*Lex Rhodia*»-права острова Родос, который использовался греками и римлянами.<sup>3</sup>

В процессе исторического развития и становления транснациональное торговое право прошло несколько этапов, повторяя основные стадии развития международной торговли. Первый этап, который можно обозначить как предысторию *lex mercatoria*, связан с существованием древнеримского *jus gentium* (права народов), по сути исторического предшественника *lex mercatoria*. Как справедливо замечает Муромцев, «торговые сделки и торговое право преимущественно были обязаны своим развитием *jus gentium*».<sup>4</sup>

Юрист классического периода римского права Ульпиан определял *jus gentium* следующим образом: «Право народов - это то, которым пользуются народы человечества». (Дигесты - Д. 1.1.4).<sup>5</sup>

*Jus gentium* возникло в связи с узко национальным действием римского гражданского права, охватывавшим только отношения между римскими гражданами и не регулировавшим отношения с участием peregrinorum (иностранцев).<sup>6</sup>

*Jus gentium* сложилось из общих норм и принципов международного торгового оборота, в котором участвовали представители различных народов древности.

---

<sup>1</sup> Baddack F. Указ.соч. С.5

<sup>2</sup> Trakman L.E. "The evolution of The Law Merchant: Our Commercial Heritage" (Part I), *Journal of Maritime Law and Commerce*. Vol. 12, No.1, October, 1980. С. 4

<sup>3</sup> Trakman L.E. Указ. соч. С. 5

<sup>4</sup> Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. / Отв. ред. А.Д. Рудоквас. Науч. ред. В.С. Ем. М.: Статут, 2003. С. 230

<sup>5</sup> Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. С. 156.

<sup>6</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 108

Заметную роль в формировании *jus gentium* играли также международные договоры о дружбе и торговле и комментарии юристов. В Древнем Риме не существовало коллизионных норм и поэтому интересы торгового оборота удовлетворялись единой системой правовых норм *jus gentium*. Именно в этом и состоит принципиальное типологическое сходство между *jus gentium* и современным *lex mercatoria*.<sup>1</sup>

Компонентами *jus gentium* были принципы права, общие для всех государств и общие принципы свойственные естественному правосудию.<sup>2</sup> В дополнение к этому, были учтены также обычаи и обыкновения международной торговли.<sup>3</sup> Для римлян, *jus gentium* не было создано, а было обнаружено, так же как и общие принципы права, которые являются частью *lex mercatoria*.<sup>4</sup>

В трудах древнеримских юристов Гая, Цицерона и Ульпиана также нашла отражение идея необходимости создания единообразного права, которое бы регулировало торговый оборот между всеми народами. Так, по мнению Гая, все народы мира руководствуются «частично свойственным им национальным правом, частично - правовыми принципами, являющимися общими для всех людей». Принципы, общие для всех людей, как раз и проявились в процессе преторского судопроизводства, став ядром *jus gentium*.<sup>5</sup>

Под влиянием *jus gentium* сформировались «новые типы договоров, которые, в отличие от гражданского права, строились на основе простого соглашения сторон, независимо от каких-либо торжественных обрядов и вообще формальностей». <sup>6</sup> *Jus gentium* потеряло окончательно свое значение после издания эдикта Каракаллы в 212 г., предоставившем римское гражданство всему населению империи. Именно этот акт, по мнению Б. Гольдмана, стал причиной исчезновения *lex mercatoria* на несколько столетий.<sup>7</sup>

Таким образом, существование *jus gentium* показало, что, во-первых, есть некоторые нормы и принципы, которые распространяются на все народы и способны

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 109

<sup>2</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 13.

<sup>3</sup> Baddack F. Указ.соч. С.6

<sup>4</sup> Baddack F. Указ.соч. С.6

<sup>5</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 109

<sup>6</sup> Хутыз М.Х. Римское частное право: Курс лекций.М., «Былина».1994. С.17

<sup>7</sup> Goldman B. *Lex mercatoria*. Springer Netherlands. 1984. С. 3.

достаточно продуктивно регулировать коммерческие отношения между ними; во-вторых, что единообразный способ правового регулирования торгового оборота более целесообразен, чем коллизионный метод.

2) *Старое (средневековое) lex mercatoria (11 век -19 век). (The medieval lex mercatoria).*

Следует отметить, что в период раннего средневековья вместо единой правовой системы начали формироваться множество разных правовых систем, то есть происходил процесс фрагментации, который в большей части был связан с параллельным политическим процессом размежевания феодального общества.

Отсутствие централизованного государства, слабые темпы экономического роста и существующее разнообразие правовых систем стали факторами, сдержавшими возрождение торгового оборота. Некоторые специалисты оценивают процессы, происходящие в период раннего средневековья, как кризис рабовладельческого строя, который привел к упадку множества городов из-за упадков ремесленной и торговой деятельности, а также ухудшения монетного обращения.<sup>1</sup>

Указанная ситуация начинает меняться в так называемый период политического, экономического и культурного Ренессанса (с XI-XII веков). Так Древнеримское право заметно повлияло на развитие права на территориях, находившихся под властью Римской империи, в том числе в средиземноморских странах, адаптировавших римское частное право к своим специфическим условиям и нуждам. На рубеже XI-XII вв. после длительного периода исключительно локальных торговых связей (начавшегося с падения Римской империи) на юге Европы возродилось торговое мореплавание, а на севере получило развитие сукноделие. Так снова зарождается активная международная торговля и тесно связанная с ней система норм торгового права - *lex mercatoria*.<sup>2</sup> Некоторые исследователи отмечают, что именно в этот период возрождается особый метод регулирования международных торговых отношений- *lex mercatoria*.

В Средневековье продавцы были мобильны и начали торговать через границы. Поступая таким образом, путешествующие торговцы также транспортировали свои

---

<sup>1</sup> Поляк Г.Б., Маркова А.Н. Всемирная история. Учебник для вузов. В 8 т. Том 2: Средневековая Европа / Отв. ред. Е.В. Гутнова, 3 В. Удадьова. М.: Наука, 1992. С. 815

<sup>2</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 110

торговые обычаи и законы.<sup>1</sup> Таким образом, законы крупных городов или торговых центров были применены чаще и принятые в большей степени - они стали доминирующей.<sup>2</sup>

В это время международная торговля велась в основном на ярмарках (Бокэр, Ланью, Труа и др.), возникших вдоль наземного торгового пути между Италией и Фландрией. Купцы из разных стран нуждались в быстром разрешении споров согласно нормам, широко известным в купеческой среде. В результате стали появляться особые купеческие суды, связанные с ярмарками и функционирующие независимо от государственных судов. Эта независимость была обусловлена правом самоуправления купеческих гильдий, возникшем по политическим причинам: купеческое сословие в то время являлось инородным телом в феодальном обществе, где оно стремилось создать собственную «нишу».

Термин «*lex mercatoria*» впервые был использован в Флете или «*Fleta, seu Commentarius juris anglicani*»-руководство по законам Англии или свод обычаев, которая была написана на латыни во времена правления короля Эдуарда I около 1290 г.<sup>3</sup> Правила были распространены во всем цивилизованном мире, странствующими торговцами.

Наибольшее распространение *lex mercatoria* как автономная система купеческого права, получила в тех местах, где не было сильной феодальной власти, и допускалась возможность саморегуляции международного торгового оборота. В Северной Италии это были города-республики (Болонья, Модена, Венеция, Генуя, Пиза и др.), управляемые купеческим патрициатом, во Франции -суверенные «консульские» города юга. В других регионах, где позиции феодальной власти были сильнее, также стали появляться вольные города и города - коммуны, вовлеченные в международную торговлю.<sup>4</sup> В силу своего универсального характера *lex mercatoria* получило также распространение в Англии.

В основе средневекового *lex mercatoria* лежала концепция справедливости (*ex*

---

<sup>1</sup> Baddack F. Указ.соч. С. 7

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Kappus A. “*Lex mercatoria in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980*”, Frankfurt am Main; New York: P. Lang .1990. С. 34.

<sup>4</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 111

aequo et bono). Так консулы Болоньи призывали купеческие суды выносить решения «в соответствии с тем, что они считают справедливым».<sup>1</sup> Совет Венеции отдавал предпочтение торговому обычаю, а затем принципу добросовестности. Суды других городов требовали учитывать обычай и справедливость в купеческой среде. Исходный принцип справедливости средневекового *lex mercatoria* имел приоритет перед законами разных стран и был адаптирован к динамике торгового оборота, что наделяло *lex mercatoria* необходимой гибкостью. Быстрота купеческого судопроизводства также играла заметную роль в росте популярности *lex mercatoria*. К примеру, купеческим судам приходилось решать споры в промежутке времени между прибытием и отбытием торгового корабля.<sup>2</sup>

Судьями в купеческих судах были сами купцы, имевшие торговый опыт и знания торговых обычаев. Помимо торговых обычаев и обыкновений, купеческие суды использовали также морские кодексы, созданные в больших торговых портах Европы, например, в Барселоне и Бордо.<sup>3</sup> Как пишет Леон Тракман, «выбирая между юридическими формальностями и коммерческим обыкновением, необходимость в быстрой судопроизводства вынуждала таким образом коммерческих судей способствовать неотложным заботам самих торговцев вместо того, чтобы погружаться в детализированные рассуждения в формальной атмосфере суда».<sup>4</sup>

В рамках средневекового *lex mercatoria* возник целый ряд институтов, заимствованных позднее национальными правовыми системами. Именно в рамках *lex mercatoria* возникли коммандитные соглашения - договор между хозяином судна и капитаном-продавцом, страхование от морских рисков, типовые условия продажи на ярмарке и в порту; вексель, средство платежа с оплатой вне пункта сделки, превратившийся впоследствии в долговое обязательство; институт банкротства и т.д.<sup>5</sup>

Расцвет *lex mercatoria* пришелся на XIII-XIV вв., после чего начинается его упадок, вызванный экономическими и политическими причинами. В конце XIV в., когда в Западной Европе начался процесс образования суверенных государств,

---

<sup>1</sup> Тракман Л.Е. Указ. соч. С. 8

<sup>2</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 112

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Тракман Л.Е. Указ. соч. С. 13

<sup>5</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 113

центральная феодальная власть преследовала две цели: политическое и юридическое объединение страны и сохранение жесткой феодальной иерархии. Lex mercatoria с его самостоятельностью неизбежно стало на пути монархического абсолютизма. В конечном итоге его нормы были кодифицированы в национальное право европейских государств, а купеческие суды упразднены. В Англии, например, lex mercatoria растворилось в общем праве (Common Law), а купеческие суды были частично ассимилированы в систему судопроизводства общего права.<sup>1</sup> В результате нормы права, регламентирующие хозяйственный оборот, утратили былую гибкость, коммерческое судопроизводство стало более формальным и длительным, а торговые обычаи должны были соответствовать нормам позитивного права. Процесс «национализации» lex mercatoria окончательно завершился в XIX в., на смену ему пришел коллизионный метод правового регулирования внешней торговли.

Подводя итог, следует отметить, что Средневековое lex mercatoria регулировала деятельность особого класса людей (коммерсантов) в определенном месте (ярмарках, рынках и морских портах) и оно отличалось от местной, феодальной, королевской и церковного прав. Средневековые купцы на самом деле создали превосходный свод правил, который представлял собой твердую правовую основу для интенсивного развития рынка в Средние века. Обобщая, кратко можно выделить следующие особенности средневекового lex mercatoria: 1) его нормы создавались самими купцами, а не государственной властью; 2) оно было транснациональным, поскольку его положения были одинаковы во всех странах; 2) его главным источником были торговые обычаи; 3) нормы lex mercatoria применялись специальными купеческими судами, т.е. своеобразными судебными органами *societas mercatorum*; 4) lex mercatoria было детализированным и достаточно гибким правом; 5) его главным принципом была справедливость.

### 3) Новое (современное) lex mercatoria (*The new lex mercatoria*).

В 19 веке, с повышением национализма и процесса юридической кодификации, торговое право было включено в право каждого государства. Оно смешалось с особенностями национального законодательства и таким образом потеряло свой

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 114

унифицированный характер. Поскольку государства взяли под контроль международную торговлю, международные экономические отношения и трансграничные споры по договорам начали решаться со ссылкой на международное частное право.<sup>1</sup> Однако после окончательного установления международной системы суверенных государств и, как следствие, регулирование хозяйственных связей сугубо национальными средствами, не привело к прекращению мировой торговли или ее функционированию в условиях правового вакуума. Международное торговое сообщество коммерсантов пришло к выводу о потребности создания универсальной системы норм, с помощью которого можно было бы единообразно и эффективно вести торговлю. В результате доктрина *lex mercatoria* была возрождена в новом качестве.

Одной из первых таких шагов было утверждение стандартных контрактов лондонской Ассоциацией Торговли Кукурузой (London Corn Trade Association) в 1877 году.

Некоторые авторы связывают появление нового *lex mercatoria* с приходом постиндустриальной эры.<sup>2</sup> Постиндустриальное общество, по их мнению, не только индустриальное, но также и «финансовое общество», в котором происходит замена промышленной технологии на «контрактную технику». «Финансовые продукты» (в отличие от продуктов-товаров) создаются и существуют только как результат экспертного использования юридических концепций. В современной экономике произошло расщепление реальных продуктов-товаров и реально не существующих, символических продуктов (торговые марки, авторские права, технологии, акции, финансовые документы), которые также способны приносить прибыль. Основной тенденцией развития современного постиндустриального общества становится тенденция к самоорганизации и замене закона на контракт. В результате *lex mercatoria* выступает как система права, наиболее адекватная нуждам постиндустриального общества.<sup>3</sup>

В Новое время заслугу первооткрывателя концепции *lex mercatoria* следует считать за французским ученым-компаративистом Эдуардом Ламбертом в связи с

---

<sup>1</sup> Lopez Rodrigez A.M. Указ.соч. С. 87

<sup>2</sup> Galgano F. Указ. соч. С. 99

<sup>3</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 115

выступлением на Международном конгрессе сравнительного права в 1900 году вместе с Раймондом Салей. Они вместе задумали создать «вселенское право» единое для всего человечества.<sup>1</sup>

Э. Ламберд во время вышеуказанного конгресса в своем докладе «Общая концепция и определение науки сравнительного права» впервые сформулировал «теорию чего-то такого, что впоследствии было названо «новым *lex mercatoria*» или автономным купеческим правом.<sup>2</sup>

В дальнейшем, в 1929 году Гроссман-Доэрф опубликовал важную статью, в которой описал формирование автономного права коммерции и торговли, который состоял из обычаев и обыкновений, типовых контрактах и единообразных законов, изданных международными организациями. Согласно его учениям, право международной торговли не формируется и регулируется юристами и национальными законодательными органами, а сообществом международных торговцев. Национальные законы были отвергнуты торговым сообществом, и таким образом также увеличилась потребность арбитража как способа разрешения международных коммерческих споров.<sup>3</sup> Исходя из социальных и технических потребностей данное автономное право развивается без вмешательства национальных законодателей.

В 1961 году Голдштейн опубликовал статью о новом *lex mercatoria*, в котором писал: «Несмотря на различия в политических, экономических и правовых систем мир, новое торговое право быстро развивается в мире международной торговли. Время признать существующую автономную правовую систему, которая создавалась независимо от национальных правовых систем».<sup>4</sup>

Согласно Голдштейну, данное развитие было связано с двумя правовыми факторами: факультативный характер торгового права и растущая популярность арбитража как альтернативного метода разрешения споров в области международной торговли. Появление нового *lex mercatoria* также обусловлено многими отличиями присутствующими в национальных законодательствах и неадекватностью правового

---

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х томах. - Том 1. - М.: Международные отношения, 2000. С. 9.

<sup>2</sup> Аблэзгова О.В. Указ. соч. С. 47

<sup>3</sup> Baddack F. Указ.соч. С.17

<sup>4</sup> Goldstajjn A. The New Law Merchant // Journal of Business Law. - 1961. - Vol. 3. С. 12.



регулируя международных торговых отношений. Что касается экономических факторов, повлиявших на возрождение и развитие нового *lex mercatoria*, автор статьи перечисляет также создание мирового рынка для достижения высокой степени производительности и технологические разработки, которые приводят к более тесной интеграции различных рынков.<sup>1</sup>

Примерно в то же время, что и Гольдман, Шмиттгофф разработал аналогичную концепцию. С 1954 г. он разработал свою теорию о праве международной торговли и *lex mercatoria*. Он также определил источники нового торгового права, такие как конвенции, единые законы, обычаи и правила международных организаций.<sup>2</sup>

Данное новое торговое право представляет собой автономную правовую систему. Торговцы сами создали эту правовую систему: с одной стороны через влияние, которое они имели на национальных законодателей, которые соблюдали и твердо придерживались обычаев, а также потребности торгового сообщества в создании права, с другой стороны через их участие в арбитражных разбирательствах. Согласно автору, автономность *lex mercatoria* вытекает из того факта, что он не зависит и отличается от национальных законодательств, так же как и международное публичное право.<sup>3</sup>

Необходимость унификации и совершенствования торгового регулирования была признана не только в научных кругах, но также в среде непосредственных участников международного коммерческого оборота.

Большое влияние на развитие нового *lex mercatoria* на международном уровне сыграли ряд международных организаций, которые существенно влияют на развитие международной торговли. Резолюции, принципы, кодификации и кодексы, создаваемые этими организациями, в случае принятия зафиксированных в них норм государствами либо международными коммерсантами могут превратиться в обычай или общие принципы права. Среди таких организаций можно выделить несколько.

---

<sup>1</sup> Goldstajjn A. Указ. соч. С. 13

<sup>2</sup> Schmitthoff C. "The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation". The Sources of the Law of International Trade. (1964). С. 16-18.

<sup>3</sup> Baddack F. Указ.соч. С.20

Большое влияние на возникновение и развитие норм *lex mercatoria* оказала Международная Торговая Палата (далее также МТП) - международная межправительственная организация. Одной из главных задач данной организации является содействие улучшению мировых экономических отношений. Созданная в 1920 году, данная организация способствует техническому, организационному и правовому обеспечению международного бизнеса, а также играет ведущую роль в неофициальной кодификации действующих в международном коммерческом сообществе обычаев и обыкновений. Результатом работы МТП стали сборники унифицированных правил обычаев и обыкновений, которые широко применяются в большинстве стран мира. Одним из таких важнейших документов стали Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС) в разных редакциях.

Важную роль в развитии *lex mercatoria* сыграл также Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА), в результате деятельности которого были созданы «Принципов международных коммерческих договоров» (далее Принципы).

Известный юрист, господин Шмиттгофф особо подчеркивал, что именно в результате деятельности таких организаций, неизбежно возникнет автономное международное торговое право. Поэтому он сам активно принимал участие в работе указанных организаций и был инициатором создания одной из них - Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в 1966 году (Далее - ЮНСИТРАЛ или UNCITRAL).<sup>1</sup> Главной целью создания указанной организации было способствование перспективной унификации норм права международной торговой деятельности. Одной из главных направлений деятельности ЮНСИТРАЛ является разработка модельных (типовых) законов. Также ЮНСИТРАЛ разрабатывает модельные положения или условия для включения в коммерческие договоры и правовые руководства для составления контрактов.

Главным достижением ЮНСИТРАЛ является Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров, Нью-Йоркская конвенция 1974 г. об исковой давности в международной купле-продаже товаров, Женевская конвенция

---

<sup>1</sup> Аблѣзгова О.В. Указ. соч. С. 57

1983 г. о представительстве при международной купле-продаже товаров и др, которые оказали большое влияние на развитие *lex mercatoria*.

Увеличение числа разработанных указанными международными организациями рекомендательных актов не мог не поднять вопрос о юридической природе указанных документов и, конечно же, о юридической силе актов, созданных вне национальной правовой системы.

Как видим, во второй половине XX века именно международное торговое сообщество само находит возможность унификации регулирования своих торговых отношений. Как это происходило в Средние века, указанные направления привели к возрождению концепции *lex mercatoria*, демонстрирующий создание автономного правопорядка, который регулирует возникающие исключительно в международном коммерческом обороте отношения.

В заключении, на основе анализа теоретического и исторического материала можно выделить следующие этапы возникновения, становления и развития *lex mercatoria*:

1. Греческий (V - III вв. до н.э.) и Римский (III в. до н. э. - 212 г. н.э.) периоды - характеризуются зарождением предпосылок для возможности существования особого метода регулирования торговых правоотношений и появлением самобытного правового явления (*jus gentium*), отличного от гражданского права Древнего Рима, целью которого было регулирование отношений с иностранным элементом.<sup>1</sup>

2. Средневековье (XI в. - XVI-XVII вв.) - появление «подлинно международного торгового права», выработка основных принципов и механизмов его функционирования, формирование источников, становление особой процедуры торгового судопроизводства. Средневековое *lex mercatoria* представляло собой особый правопорядок, возникший исключительно по воле участников международной торговой деятельности с целью универсального регулирования коммерческого оборота.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Аблѣзгова О.В. Указ. соч.С. 45

<sup>2</sup> Там же.

3. Новое время (XVIII - XIX вв.) - полное поглощение *lex mercatoria* общим правом (в странах англосаксонской правовой системы) и торговыми кодексами (в странах континентальной системы права).<sup>1</sup> Дальнейшее возрождение *lex mercatoria* в качестве нового торгового права, признанного международным торговым сообществом вследствие осознания необходимости унификации и модернизации торгового регулирования. Создание важных международных организаций способствовали процессу унификации норм, регулирующих международную торговую деятельность и как следствие, дальнейшего развития доктрины *lex mercatoria*. Именно активное развитие мировой экономики в начале 19 века стало главной предпосылкой для возрождения и развития доктрины *lex mercatoria*.

На основе проведенного анализа можно сформулировать несколько характерных выводов относительно особенностей *lex mercatoria*, которые помогут в дальнейшем определиться с проблемами теоретического характера. Можно выделить следующие из них:

- *lex mercatoria* - продукт международного коммерческого сообщества, возникшее спонтанно в силу необходимости, испытываемой участниками мирового торгового оборота в стабильной, гибкой и предсказуемой системе норм, способной эффективно и быстро регулировать коммерческие отношения между этими участниками;<sup>2</sup>

- *Lex mercatoria* - это транснациональное торговое право, которое обладает определенной степенью независимости от правовых систем государств, созданная международным бизнес-сообществом исходя из практических соображений и справедливости;

- Независимость *lex mercatoria* проявляется в двух видах: де-факто (внутренняя независимость) и де-юре (внешняя независимость). Фактическая независимость *lex mercatoria* проявляется в том, что международное бизнес - сообщество независима в создании собственных правил поведения для регулирования международных договорных отношений и применяя их в альтернативных процедурах разрешения

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 19

споров, в частности в арбитражах. Для бизнеса - сообщества данные правила поведения действуют как закон, независимо от того, имеют ли они силу закона или нет и, как следствие, обладают фактической независимостью. С юридической точки зрения, *lex mercatoria* как право, которое состоит из обязательных правил поведения, зависит от признания со стороны национальных правовых систем, и тем самым не обладает де-юре независимостью.

- *Lex mercatoria* создано исключительно для регулирования международной коммерческой деятельности.

- *Lex mercatoria* носит также и вспомогательный характер для преодоления некоторых пробелов в законодательствах государств.

- Некоторыми авторами *lex mercatoria* рассматривается также как субстантивный метод разрешения международных коммерческих споров для установления норм, применимых к существу спора.

- Принципы и нормы *lex mercatoria* являются универсальными и представляют из себя некий общий знаменатель юридических традиций и правовых систем различных государств.

- Сферой регулирования *lex mercatoria* являются международные коммерческие договора. Однако *lex mercatoria* регулирует не все вопросы договорного права, т.к. некоторые институты, например договорная правоспособность субъектов, должны всегда регулироваться национальным законодательством;

- Стороны международного коммерческого договора могут ссылаться также на общие принципы права, торговые обычаи и т.д. для того, чтобы *lex mercatoria* применялось в качестве применимого права.

- Среди факторов, обосновывающих применение транснационального торгового права и его объективную необходимость, в научной литературе чаще всего называют такие: существование глобального бизнес - сообщества и единого мирового рынка, изменяющееся отношение правительств к самоорганизации в обществе, существование многонациональных юридических и аудиторских фирм, а также рост популярности международных коммерческих арбитражей.

- У МЧП и *lex mercatoria* единая цель – правовое регулирование международных коммерческих отношений между участниками, которые принадлежат к правовым порядкам разных государств. Действие норм *lex mercatoria*, в отличие от МЧП, направлено не на разрешение конфликта между национальными правовыми системами по поводу определенного правоотношения, а скорее на недопущение подобных конфликтов путем применения универсальных юридических норм, способных непосредственно регулировать правоотношения, отягощенные иностранным элементом.

## ГЛАВА 2. ИСТОЧНИКИ LEX MERCATORIA

### § 1. Общая характеристика источников *lex mercatoria*

В юридической литературе отмечается множественность и противоречивость взглядов авторов относительно источников *lex mercatoria*. При этом под источником *lex mercatoria*, по аналогии с категорией «источник права», понимается форма внешнего выражения воли участников международного коммерческого оборота.<sup>1</sup> Нормы *lex mercatoria* не составляют исключения и также имеют формы своего существования, однако они обладают определенной особенностью, которая связана с негосударственной сущностью самого *lex mercatoria*.

Дело в том, что его источниками являются лишь признанные в качестве таковых участниками международного торговой деятельности. При этом участники международной торговли руководствуются скорее чисто практическими целями целесообразности и удобства, которые зависят от конкретных потребностей мирового экономического оборота, нежели догматическими утверждениями теории права.

Анализ юридической литературы показывает, что сегодня можно встретить множество различных взглядов относительно источников *lex mercatoria*. В качестве источников *lex mercatoria* указывают международные торговые обычаи и торговые обыкновения, типовые законы, арбитражные решения, общепризнанные принципы права, международные конвенции, содержащие унифицированные материальные нормы, общую коммерческую практику и т.д.

Одной из главных особенностей источников *lex mercatoria* является то, что они не обладают систематическим характером и свойством иерархичности, так как не соподчинены друг другу, они достаточно разнообразны. Вышеуказанные обстоятельства приводят к нечеткости, что в свою очередь не позволяет участникам международного оборота свободно использовать эти источники. В связи с этим М.

---

<sup>1</sup> Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для вузов. Издательская группа НОРМА - ИНФРА-М, Москва, 1999. С. 400

Бонелл указывает, что точное содержание *lex mercatoria* может существенно изменяться в зависимости от особенностей профессиональной подготовки арбитров.<sup>1</sup>

Существует два подхода к определению содержания источников *lex mercatoria*: широкий и узкий или ограничительный и либеральный. Сторонники узкого подхода акцентируют свое внимание на спонтанный и нестатутарный характер *lex mercatoria*.<sup>2</sup> Таким образом, они исключают международные конвенции и типовые (модельные) законы. Особое внимание уделяется ненациональному характеру *lex mercatoria*, следовательно, международные конвенции и типовые законы не могут быть его частью, как только они вступают в силу и превращаются в национальное законодательство. Поэтому ни одно из правил, вытекающих из национальных законов или международного публичного права, не могут быть частью *lex mercatoria*.<sup>3</sup>

Одними из сторонников узкого подхода являются профессор Р. Гуд и Ф. Дассер, первый из которых к источникам *lex mercatoria* относит общепризнанные принципы и некодифицированные обычаи,<sup>4</sup> а второй - только торговые обычаи и общие принципы права.<sup>5</sup>

В отличие от последователей узкого подхода, сторонники широкого подхода определяют состав источников *lex mercatoria* исходя из рассмотрения его как транснационального коммерческого права. С их точки зрения, все те нормы, которые регулируют и применяются к международным коммерческим отношениям, являются частью *lex mercatoria*. Международное бизнес - сообщество создает свои правила поведения для регулирования международной торговли. Главной особенностью данных норм является их единообразие на международном уровне, применение которых позволяет избежать конфликтов между правовыми порядками различных государств.

---

<sup>1</sup> Мажорина М. В. К вопросу о современном *lex mercatoria*. Revista nr. 3-4 2009. Электронный ресурс: url: <http://studijuridice.md> (Дата последнего обращения 02.02.2018).

<sup>2</sup> Baddack F. Указ.соч. С.54

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Goode R. "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law International and Comparative Law Quarterly / Volume 46 / Issue 01 / January 1997.C.4

<sup>5</sup> Maniruzzaman A. F.M. The *lex mercatoria* and international contracts: a challenge for international commercial arbitration? Article. American University International Law Review.1999. C. 658-732



Сторонники широкого подхода, среди которых Б.Гольдман, К. Шмиттгофф, Филипп де Лу, Оле Ландо, А. Мережко и т.д, к числу источников *lex mercatoria* относят международные соглашения, типовые законы, общие принципы права, кодексы поведения, обычаи и обыкновения, типовые контракты и правила международных организаций.<sup>1</sup>

Многие противники доктрины *lex mercatoria*, утверждают, что некоторые из выше приведенных источников являются частью национальных законодательств государств, таак как исторически в определенный период некоторые из норм *lex mercatoria* были включены в правовые системы государств. Путем инкорпорации этих норм происходит трансформация их в национальное законодательство. Данная позиция считается весьма неубедительной. Как норма в определенной системе права перестают быть его частью и становится нормой определенного национального законодательства через простой акт его включения в последний? Считаем, что отнесение той или нормы к источникам *lex mercatoria* не исключает возможность включения их в какое-либо национальное законодательство. Кроме того, большинство общих принципов *lex mercatoria* включены в содержание большинства национальных законов, ибо они отражают соображения справедливой и добросовестной торговли, имеющие решающее значение для нормального функционирования бизнеса в любых условиях и при любых законодательствах.

Описав общую картину подходов относительно перечня источников *lex mercatoria*, следует более детально остановиться на каждом из них.

Так, по мнению профессора Ландо, к источникам *lex mercatoria* можно отнести: международное публичное право; типовые законы; общие принципы права; акты/правила международных неправительственных организаций; обычаи и обыкновения; типовые контракты; арбитражные решения.<sup>2</sup>

Широкую трактовку понятия «источники *lex mercatoria*» поддерживает также и украинский специалист А. Мережко. Так А. Мережко к основным источникам *lex mercatoria* относит: международные торговые обычаи и обыкновения (*usages*); нормы

---

<sup>1</sup> Baddack F. Указ. соч. С. 55

<sup>2</sup> Lando O. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute / Essays on International Commercial Arbitration* / Ed. by P. Sanders. Boston; London, 1991. С. 144

международного публичного права; общие принципы права, признаваемые всеми или большинством стран, активно участвующими в международной торговле; типовые (модельные) законы, разрабатываемые на международном уровне в качестве модели для национальных нормативных актов по определенному вопросу; решения международных коммерческих арбитражей; типовые проформы и контракты.<sup>1</sup>

Как видим также как и О. Ландо, А. Мережко включает нормы международного публичного права в список источников *lex mercatoria*.

Если проанализировать многочисленные определения международного публичного права, в том числе вышеуказанное, становится несколько затруднительным согласиться с позицией Ландо относительно включения норм международного публичного права в содержание источников *lex mercatoria*, так как такие нормы регулируют публично-правовые отношения между государствами, и целью которого является регулирование особого рода экономических, политических и других вопросов с помощью характерного для него императивного метода.

Как указывается у многих авторов, *lex mercatoria* как особый, автономный правопорядок возникло в рамках международного бизнес сообщества (*societas mercatorum*). Это сообщество физических и юридических лиц, осуществляющих международную торговую деятельность, которые создают свои собственные торговые обычаи для регулирования данной деятельности.

Проанализировав подходы к определению перечня источников *lex mercatoria*, все без исключения специалисты относят международные торговые обычаи и обыкновения к главным источникам *lex mercatoria*. Обычаи и обыкновения являются одним из источников регулирования торговли в целом, так же и в ее отдельных отраслях.

Одним из следующих немаловажных источников *lex mercatoria* выступают общепризнанные (общие) принципы права. «Общепризнанные принципы права» как научная правовая категория является также одной из сложных категорий в науке теории права. Дискуссии разворачиваются вокруг вопросов установления понятия, сущности и юридического содержания, практической эффективности и целесообразности общих принципов права.

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 32

Одной из особенностей общих принципов права заключается в том, что они являются своеобразным общим знаменателем юридических традиций и правовых систем различных государств. Общие принципы права являются обобщенными нормами, которые заключают в себе характерные особенности нормативной системы различных государств, которые пользуются высшим авторитетом.<sup>1</sup> Как указывает Малова О. В. понятие «общеизвестные принципы и нормы» имеет исключительно международно-правовую природу, поскольку «только в этой системе речь может идти о признании или непризнании тех или иных идей и нормативов разными государствами».<sup>2</sup>

Одним из характерных особенностей общих принципов права является их недостаточная определенность. Как отмечает А. Мережко, именно общий и неопределенный характер позволяет им быть гибким инструментом правовой регламентации, применимым к широкому спектру возможных ситуаций. Процесс их конкретизации происходит во время их применения судебными и арбитражными органами. Некоторые авторы также отмечают, что общие принципы права имеют объективный характер и не зависят от их отражения во внутригосударственном или международном праве, в связи с чем они пригодны для применения в рамках любой правовой системы и не нуждаются в предварительной адаптации к ее особенностям.<sup>3</sup>

Так исходя из сравнительного анализа прав разных государств и анализа различной литературы, можно установить, что существует только несколько правовых принципов, которые подлинно являются общими для всех правовых систем, среди которых: принцип добросовестности (*bona fides*), принцип *pacta sunt servanda*, принцип справедливости, принципы не злоупотребления правом, ответственность за правонарушение и т.д.

Различные списки правил и принципов *lex mercatoria* были составлены время от времени. Эти списки были рассмотрены профессором Бергером. Лорд Мастил составил список двадцати принципов, который он описывает как достаточно скромный улов

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 191

<sup>2</sup> Малова О. В. Правовой обычай, обыкновение и общеизвестные принципы и нормы международного права. Сибирский Юридический Вестник. 2001. № 4. Электронный ресурс: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1115398> (Дата последнего обращения 02.06.2018)

<sup>3</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 51

двадцатипятилетней арбитражной практики.<sup>1</sup> В его список входят следующие принципы:

1. Общий принцип, согласно которому договор, прежде всего, должен быть исполнен в соответствии со всеми условиями - принцип *pacta sunt servanda*. Данный принцип рассматривается как основополагающий для всей правовой системы, а не только как один из принципов *lex mercatoria*.

2. Первый общий принцип квалифицируется по крайней мере, в отношении определенных долгосрочных контрактов, с исключением похожего на *rebus sic stantibus*.<sup>2</sup> Взаимодействие принципа и исключения еще не полностью разработано.

3. Первый общий принцип может быть также предметом *abus de droit* и правила, согласно которому несправедливые и недобросовестные контракты не должны исполняться.<sup>3</sup>

4. Также может быть доктрина *culpa in contrahendo*.<sup>4</sup>

5. Контракт должен быть исполнен добросовестно.

6. Контракт, полученный с помощью взятки или других нечестных средств является недействительным, или, по крайней мере, не имеющим законной силы. Точно так же, если договор создает фиктивную сделку, направленную на достижение незаконной предмета.

7. Государственное учреждение не может уклоняться от осуществления своих обязанностей путем отрицания полномочий на заключения обязательного арбитражного соглашения или, утверждая, что соглашение не имеет законной силы из-за недостатка процессуальных формальностей.

---

<sup>1</sup> Mustill M. Указ. соч. С. 86

<sup>2</sup> «Неизменность обстоятельств» (юридическая формула, выражающая международно-правовой обычай, в соответствии с которым коренное изменение обстоятельств по сравнению с существовавшими в момент заключения международного договора может служить основанием для прекращения действия такого договора или выхода из него).

<sup>3</sup> Также известный как *Prohibition of Chicane*. Принцип судопроизводства, согласно которому право не должно применяться для разрешения или оправдания причинения умышленного вреда.

<sup>4</sup> “fault in conclusion of a contract” или Дефект при заключении контракта (преддоговорная ответственность). Концепция в договорном праве, которая признает прямую обязанность сторон вести переговоры с осторожностью и добросовестностью.

8. Контрольный пакет акций группы компаний рассматривается как заключение контрактов от имени всех членов группы, по крайней мере, когда вопрос касается заключения арбитражного соглашения.

9. Если непредвиденные трудности мешают исполнению договора, то стороны должны добросовестно вести переговоры, чтобы преодолеть их, даже если договор не содержит оговорки о пересмотре.

10. Соглашения «Gold clause»<sup>1</sup> действительны и подлежат исполнению. В некоторых случаях так же возможно, что «Gold clause» или «рассмотрение положения по поводу трудностей» могут быть подразумеваемыми.

11. Одна сторона договора имеет право освободить себя от договорных обязательств, если другая сторона совершила нарушение, но только если нарушение является существенным.

12. Ни одной из сторон не разрешается своими действиями вызывать невыполнение отлагательных условий своего собственного обязательства.

13. Суд не ограничен свойствами договора, приписываемые сторонами договора.

14. Убытки за нарушение договора ограничены предсказуемыми последствиями нарушения.

15. Сторона, которая понесла потери в связи с нарушением договора, должна принять разумные меры для их уменьшения.

16. Убытки за непоставку рассчитываются со ссылкой на рыночную цену товара и ценой, по которой покупатель приобрел эквивалентный товар взамен.

17. Сторона должна действовать быстро, чтобы осуществлять свои права, под страхом отказа другой стороной. Это может быть проявлением более общего правила: каждая сторона должна действовать старательным и практическим образом для защиты своих собственных интересов.

18. Должник может в определённых обстоятельствах подать встречный иск для погашения или уменьшения ответственности перед кредитором.

---

<sup>1</sup> Gold clauses specified within business contracts allow the creditor the option to receive payment in gold or gold equivalent. Электронный ресурс: [http://en.wikipedia.org/wiki/Gold\\_clause](http://en.wikipedia.org/wiki/Gold_clause) (Дата последнего обращения 08.06.2018)

19. Контракты должны толковаться в соответствии с принципом *ut res magis valeat quam pereat* («толкование должно быть таким, чтобы соглашение было действенным, а не бездейственным»).

20. Неспособность стороны ответить на письмо, написанное ему другой рассматриваться как доказательство согласия с его условиями.

Общепризнанные принципы права осуществляют несколько немаловажных функций, среди которых создание ведущих принципов правопорядка, в корреспонденции с которыми происходит применение и толкование норм права, а также они восполняют пробелы в национальном законодательстве при отсутствии конкретных правовых норм.

Один из основных упреков *lex mercatoria* - недостающая определенность его источников. Следует отметить, что в последние годы степень определенности источников *lex mercatoria* значительно выросла. Значительным вкладом в данном направлении стала разработка Центром транснационального торгового права юридического факультета Кельнского университета (далее Центр) достаточно исчерпывающего перечня из 130 общих принципов *lex mercatoria* вместе с тысячами полных текстов сравнительных ссылок, взятых из международных арбитражных решений, национальных законодательных актов и судебных решений, международных конвенций, мягких правовых документов, включая международных сводов договорного права, стандартных формах контрактов и договорных положений, взятых из международных разовых контрактов, торговой практики и обычаев, и академических источников.<sup>1</sup>

Как указывается непосредственно на интернет-платформе, «Транснациональные принципы» - систематическая онлайн-коллекция принципов и правил транснационального коммерческого права, которая используется адвокатами и арбитрами в международных коммерческих арбитражах, а также специалистами, разрабатывающими договоры и учеными по всему миру.<sup>2</sup> «Trans-Lex» принципы разделены на главы со статьями и комментариями, посвященные определенным

---

<sup>1</sup> Электронный ресурс: <http://www.trans-lex.org/purpose-concept> (Дата последнего обращения 02.06.2018)

<sup>2</sup> Там же.

вопросам, среди которых разделы: добросовестность и честная деловая практика; разумность; торговые обычаи; профессиональная компетентность; представительство; зачет встречных требований и уступка требований; договор: основные положения, заключение договора, заключение договоров со стандартными условиями, язык и форма, толкование, договорные обязательства, недействительность договора; исполнение; неисполнение; убытки; существенное изменение обстоятельств; неосновательное обогащение/реституция; корпорации; экспроприация; доказательство, средства доказывания; международный арбитраж: арбитражное соглашение, трибунал, арбитражный процесс, арбитражное решение и прекращение производства, конфиденциальность; международное частное право.

Можно встретить немалое количество случаев, когда сторонами в договоре закреплена оговорка о том, что их договор должен регулироваться общими принципами права. На наш взгляд указанное определено тем, что арбитры с согласия сторон имеют возможность рассматривать дела на основе принципа *ex aequo et bono*, т.е. по справедливости, а не на основе законодательства конкретной страны. Данная возможность закреплена практически во всех регламентах международных арбитражных судов. Примерами могут служить несколько дел, рассмотренных Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), среди которых: дела № ARB/81/2 Klöckner v. Republic of Cameroon и № ARB/81/1 Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, при рассмотрении которых применялись общие принципы права.

В известном деле между Ливийской Арабской Республикой и ливийско-американской нефтяной компанией (LIAMCO) 1977г., в концессионном соглашении, заключенной сторонами, содержалась оговорка о том, что соглашение должны регулироваться и интерпретироваться в соответствии с «общими принципами ливийского и международного права» и при отсутствии таких общих принципов в соответствии с «общими принципами права», которые могут применяться международными трибуналами. Таким образом, было установлено, что основным правом регулирующим соглашение - это ливийское внутреннее законодательство, если оно не противоречит принципам международного права, а также любая часть

ливийского законодательства, противоречащая принципам международного права, должна быть исключена. В ходе рассмотрения дела арбитражный суд установил, что для определения значения «принципов международного права» следует сослаться на те источники, которые были приняты Международным Судом ООН. «Принципы ливийского права» могут быть получены из ливийского законодательства, исламского права, обычаев, естественного права и справедливости. Что касается «общих принципов права», арбитражный суд заявил, что они обычно воплощаются в наиболее признанных правовых системах, и в частности в ливийском законодательстве, включая его современные кодексы и исламское право, а также они в основном упоминаются в международном и арбитражном прецедентном праве. Суд установил, что общие принципы права составляют сборник правовых предписаний и правил поведения, общепринятых в теории и практике. Примеры включают принцип неприкосновенности имущества и контрактов, уважение приобретенных прав, запрет на неосновательное обогащение, обязательство компенсации в случаях экспроприации и противоправного ущерба и т. д.

Созданные на международном уровне типовые законы следует также отнести к источникам *lex mercatoria*. Типовые законы выступают в роли образца для государств в целях разработки национальных нормативных актов по конкретному предмету или вопросу. Модельные законы являются правовыми инструментами «мягкого права», которые применяются, когда стороны решили включить его положения в контракт. Считается, что типовые законы могут содержать существующие международные торговые обычаи и создавать новые решения каких-либо коммерческих вопросов. Важным преимуществом типовых законов заключается в том, что государствам предоставляется возможность привести их индивидуальные нужды в соответствие с типовыми законами, которые отражают прогрессивную реальность международного торгового оборота, а не находиться перед альтернативой принятия или непринятия конвенции. Можно выделить несколько типовых законов, разработанных Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА) Модельный закон о раскрытии франшизы 2002 года, Модельный закон УНИДРУА о лизинге 2008 года, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 года, Типовой закон об электронной торговле 1998 года и т.д.



Некоторые специалисты к источникам *lex mercatoria* также относят «заведенный порядок».

И.С. Зыкин рассматривает данное понятие как практику взаимоотношений, установившуюся между сторонами договора, но не нашедшую в нем прямого отражения.<sup>1</sup> Продолжая, он отмечает, что заведенный порядок применяется, если контракт позволяет предположить намерение сторон им руководствоваться.<sup>2</sup>

Так единообразный торговый кодекс США дает свое определение заведенного порядка, под которым понимает любую практику или порядок деловых отношений, соблюдение которых в тех или иных, местах, профессии или сфере деятельности носит настолько постоянный характер, что оправдывает ожидание их соблюдения также и в связи с данной сделкой (статья 1-205).

В свою очередь пункт 1 статьи 9 Конвенция ООН 1980 года о договорах международной купли-продажи устанавливает, что стороны договора связаны практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях. Аналогичную статью можно найти и в Принципах УНИДРУА, в частности, в пункте 1 статьи 1.8.

Интересно, что ни Конвенция, ни Принципы УНИДРУА не устанавливают случаи, когда следует говорить об «установившейся» практике. Как показывает арбитражная практика, поведение обоих контрагентов в случае только одной предшествующей сделки между ними не является достаточным и, в частности, для этого необходимо длительное время и большое число заключенных и исполненных договоров, в том числе несколько судов указали на недостаточность двух договоров купли-продажи.<sup>3</sup>

Так в деле P4 1996/00448 от 03.12.1997 швейцарский суд установил, что правоотношения, установленные в виде двух контрактов, заключенных между сторонами, недостаточна и неудовлетворительна для признания практики. Данного положения придерживался и германский суд и в деле «Pizza cartons case» номер 49 C 502/00 от 13.04.2000. В другом деле № 10 Ob 518/95 от 06.02.1996 Верховный суд

---

<sup>1</sup> Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. М.: Международные отношения, 1990. С. 43.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Электронный ресурс: <http://www.cisg.ru/konvenciya-text-postatejno.php?id=9#b4> (Дата последнего обращения 26.04.2018)

Австрии выразил другой подход. Так, Немецкая и австрийская компания вступили в переговоры о заключении генерального контракта, не достигнув окончательного соглашения по нему. Вскоре после этого те же стороны заключили договор купли-продажи, согласно которому немецкая компания (продавец) должна была поставлять пропановый газ австрийской компании (покупателю). Так продавец выдвинул положение о том, что контракт не был заключен, поскольку вопреки стандартным условиям продавца согласие покупателя не было сделано в письменной форме. Суд в данном случае постановил, что возникновение практики возможно уже на самом раннем этапе деловых отношений сторон, если, хотя это и не зафиксировано в самом договоре, во время переговоров о заключении договора было ясно, что одна из сторон готова заключить договор только на совершенно конкретных условиях в соответствии со статьей 9 (1) Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.<sup>1</sup>

Необходимо заметить, что понятие «заведенный порядок» может охватывать как отдельные элементы договорных взаимоотношений (например, принятый сторонами срок для устранения дефектов количества, качества поставленного товара), так и содержания контракта, в целом (например, если стороны регулярно при заключении контракта использовали определенные условия, то в последующих аналогичных сделках они также являются связанными этими условиями, даже при отсутствии специальной ссылки на них).<sup>2</sup>

На основе практического и теоретического анализа, можно сделать вывод, что под заведенным порядком следует понимать сложившийся между субъектами международного коммерческого оборота тип поведения, который в течение определенного промежутка времени, установленного сторонами, неоднократно применялась и с определенной частотой и которое, как стороны могут впредь добросовестно предполагать, будет вновь наблюдаться в аналогичных ситуациях.

Другими источниками *lex mercatoria* следует признать стандартные условия договора, типовые контракты, формуляры. Они также являются достаточно

---

<sup>1</sup>Электронные ресурсы: <http://www.cisg.ru/konvenciya-text-postatejno.php?id=9#b4> и <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html> (Дата последнего обращения 26.04.2018)

<sup>2</sup> Аблѣзгова О.В. Указ. соч.С. 153

распространенными инструментами мягкого права, которые доступны для распоряжения сторонами и применяются, если стороны выбрали их в качестве регулирования их контрактных отношений. В данном случае также будет происходить их инкорпорация в договор. Типовые проформы и контракты, являясь следующим видом источников *lex mercatoria*, занимают довольно большое место в международном торговом обороте. Типовые проформы и контракты также разрабатываются ведущими международными организациями, которые являются экспертами в определенной области международной торговли. Данные документы являются хорошо-сбалансированными, справедливыми и беспристрастными текстами, основанными на опыте, которые отражают общее понимание и намерения международного торгового сообщества. Примером могут служить типовые контракты, разработанные Международной федерацией инженеров-консультантов (International Federation of Consulting Engineers- FIDIC) и Федерацией производителей масла, семян и жиров (FOSFA-Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Ltd) и Ассоциацией торговли зерном и кормами (GAFTA-Grain and Feed Trade Association).

Типовые контракты призваны облегчить осуществление коммерческой деятельности и, исходя из соображений удобства, участники международной торговли часто используют различные типовые контракты. Для таких контрактов характерно типизация включенных в них условий. Указанные типовые контракты могут быть рассмотрены в качестве источников, которые кодифицируют обычаи международной торговли или же могут рассматриваться как доказательство существования торгового обычкновения.

Можно согласиться с многими исследователями, которые указывают, что стандартные условия договора и типовые контракты, а также и другие формы выражения *lex mercatoria*, являются более передовыми и перспективными формами для регулирования международной торговой деятельности нежели конвенционная форма. В целом процесс унификации права международной торговли может происходить быстрее с помощью именно выработки типовых контрактов, чем путем заключения международных конвенций.

Возможность использования указанных документов содержится в Принципах УНИДРУА. Так статья 2.1.19 Принципов УНИДРУА 2010г. устанавливает, что стандартными условиями являются положения, подготовленные одной стороной предварительно для общего и неоднократного использования и фактически применяемые без переговоров с другой стороной.

К числу источников *lex mercatoria* многие юристы относят также и решения международных коммерческих арбитражей. Многие арбитры при принятии решений применяли различные нормы *lex mercatoria*. Арбитражные суды играют весьма важную роль в процессе реализации *lex mercatoria*. Международные арбитражные суды обладают большей свободой, чем национальные суды, относительно применения норм *lex mercatoria*. Также арбитражный суд не обязательно связан с каким-либо конкретным внутренним национальным правом. Сложившаяся международная арбитражная практика свидетельствует о том, что на сегодняшний день имеется большое количество арбитражных решений, которые были вынесены с применением норм *lex mercatoria*. Можно констатировать тот факт, что постепенно возникает самобытное прецедентное право *lex mercatoria*, которое состоит из целого ряда решений международных коммерческих арбитражей. Т. Карбоно по этому поводу высказывал мысль, что арбитражные решения, которые выносились на основе норм *lex mercatoria*, могут полностью являться основой для принятия дальнейших арбитражных решений.<sup>1</sup> Даже в научных кругах сформировалось некое прецедентное право-«*lex mercatoria arbitrales*», созданное решениями международных коммерческих арбитражных судов.

Однако считаем, что международные арбитражные решения не могут считаться источниками *lex mercatoria*, так как не создают их норм, а лишь обладают декларативным свойством, устанавливая факт или являясь свидетельством существования той или иной нормы *lex mercatoria*.

---

<sup>1</sup> Carbonneau T. E. A Definition of and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate, in: Carbonneau (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, 2nd ed., The Hague 1998, at 11 et seq. C.21

В научной литературе к числу дополнительных источников *lex mercatoria* иногда относят также и труды выдающихся юристов, в первую очередь таких, как Б. Гольдман, Ф. Как, Ф. Фушар, К. Шмитгофф и др.<sup>1</sup>

Труды выдающихся юристов, специалистов в области международного торгового и коммерческого права, играют заметную роль в развитии и распространении доктрины *lex mercatoria*, которая вполне сопоставима с ролью доктрины в международном публичном праве. Следует подчеркнуть, что теория нового *lex mercatoria* возникла и получила глубокое научное осмысление как раз в трудах ученых-юристов. В настоящее время в связи с недостаточной развитостью *lex mercatoria* его доктрина помогает восполнить пробелы и решать проблемы, возникающие в практике внешнеэкономических операций.

Анализируя вышеуказанное, можно прийти к следующим выводам относительно источников *lex mercatoria*:

- Источники *lex mercatoria* следует трактовать широко, так как в него входят помимо международных торговых обычаев и обыкновений, также и общие принципы права, акты неофициальной унификации, типовые (модельные) законы, разрабатываемые на международном уровне негосударственными учреждениями, типовые проформы и контракты.

- Источники *lex mercatoria* являются негосударственными средствами правового регулирования международной торговой деятельности и как следствие не обладают юридически обязательной силой.

- Источники *lex mercatoria* достаточно разнообразны, не обладает систематическим характером и свойством иерархичности, так как не соподчинены друг другу, они достаточно разнообразны, что приводит к затруднению применения их на практике.

- Нормы *lex mercatoria* приобретают обязательную юридическую силу в результате прямого закрепления участниками международной коммерческой деятельности в международном коммерческом договоре.

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 62

## § 2. Международные торговые обычаи как источники *lex mercatoria*

Торговые обычаи, а также обыкновения являются одним из первых и главных источников *lex mercatoria*, возникшие вместе с торговлей. Несомненно, торговые обычаи, принятые бизнес - сообществом как обязательные и применяемые торговыми судами, были важным объединяющим фактором в регулировании международной торговли.

Правовая категория «международные торговые обычаи» на сегодняшний день является одной из дискуссионных в науке международного частного права. Одной из главных проблем, которая связана с юридической категорией «обычай», заключается в том, что как на практике, так и в теории различных государств нет единого подхода при использовании терминов, обозначающих торговый обычай. Главная проблема связана с проблемами языковой амбивалентности. Так, например, в российской доктрине используется вместе с термином «обычай» также и термин «обыкновение». Схожая ситуация сложилась и в РА. В зарубежной доктрине также используются два термина «usage» и «custom». «Usage» иногда используется для обозначения практики или поведения, иногда для обозначения модели поведения, которая поднялась до уровня нормы. Разграничение указанных двух терминов стало уже традиционным в науке, разные авторы проводят разграничения по различным основаниям. Например, по мнению некоторых авторов, «custom» - это практика конкретной местности, а «usage»-практика в торговле, профессии или призвания.<sup>1</sup> Другие считают, что «usage»-просто модель поведения, а «custom» - применение обычая, обладающего юридически обязательного свойства. Современный подход состоит в том, чтобы рассматривать оба термина как взаимозаменяемые. В транснациональном коммерческом праве термин «usage» и «custom» представляет из себя то, что общепринято, а в международном праве эта ссылка обычно применяется к обычаю («custom»).

На наш взгляд и, исходя из армянского законодательства, не следует отождествлять эти два понятия. Во-первых, обычаи применяются без прямого согласия и выбора сторон и даже без их ведома.<sup>2</sup> Обыкновения, однако, должны упоминаться и избираться сторонами, чтобы быть применимым к конкретному контракту, в данном

---

<sup>1</sup> Goode R. "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law International and Comparative Law Quarterly / Volume 46 / Issue 01 / January 1997.C. 7

<sup>2</sup> Baddack F. Указ.соч. С.69

случае происходит их инкорпорация в контракт. Дж. Старке полагает, что обыкновение является международной привычкой, которая еще не получила полного юридического утверждения. Обыкновения могут быть конфликтующими между собой, обычай же должен быть единообразным и самодостаточным.<sup>1</sup> У обыкновений отсутствуют такие черты обычая как единообразие и повторяемость. Они не представляют собой формального источника права, но являются средством для составления и интерпретации контрактов.<sup>2</sup> Таким образом, самой главной отличительной чертой обычая является наличие *opinion juris*, т.е. наличие юридически обязательного элемента, что нет у обыкновения. Также считает и О. В. Малова, указывая, что различает эти понятия по такому признаку, как нормативно-правовой характер правового обычая.<sup>3</sup>

В Англии торговое обыкновение рассматривается как известное в определенной деловой сфере правило поведения и считается составной частью заключенного контракта, если только стороны не исключили его в прямо выраженной или подразумеваемой форме. В английском праве торговые обыкновения имеют важное значение для толкования некоторых юридических понятий, среди которых: отгрузка, текущие дни, оговорки «около» и т.п.

В американском праве определение торгового обыкновения (*trade usage*) установлено в Единообразном торговом кодексе США (*The Uniform Commercial Code*), в частности, в параграфе 1-303(с), где указывается, что торговое обыкновение - это любая практика или метод ведения торговли, соблюдение которых в той или иной сфере деятельности носит настолько постоянный характер, что оправдывает ожидание их соблюдения также и в связи с данной сделкой». Существование и объемы такого использования должны быть доказаны как факты.<sup>4</sup>

Как можно заметить нет единства в том, что понимать под обычным правом, где лежит переходный рубеж между указанными понятиями. Как показывает практика и

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> De Ly F. Указ. соч. С. 158.

<sup>3</sup> Бутакова Н. А. Обычай и обыкновения в коммерческой деятельности. Статья. Научные труды Северо-Западной академии государственной службы. Санкт Петербург. Изд-во СЗАГС. 2011. С. 142

<sup>4</sup> (с) A “usage of trade” is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. Электронный ресурс: URL: <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-303> (Дата последнего обращения 27.04.2018)

научная литература, термины «custom» в большинстве случаев используется, когда речь идет об обычно-правовой норме, а под термином «usage» - правила поведения ненормативного характера.

В целом, терминологические расхождения в этом вопросе связаны, в первую очередь, с различиями юридического содержания понятия «обычай» в международных коммерческих отношениях. Обыкновение применяется только в том случае, если стороны прямо закрепили в договоре ссылку на обыкновение или если из договора можно предположить намерения сторон руководствоваться определенным обыкновением.

Неписанный торговый обычай<sup>1</sup> - это практика или закономерность поведения среди субъектов, осуществляющих торговую деятельность, созданных повторением, которые в определенной степени приобрели нормативную силу. Существует две теории относительно природы неписаного торгового обычая. Во-первых, это особая форма международного обычного права. Другой подход, принятый (в частности) английским правом и статьей 9 (2) Венской конвенции ООН 1980 года о договорах международной купли-продажи товаров, заключается в том, что она вступает в качестве подразумеваемого условия договора.

До недавнего времени, было общепризнано, что для того, чтобы торговый обычай обладал нормативной силой недостаточно установить закономерность повторяющегося поведения среди торговцев, но также следует показать, что данное правило поведения соблюдается в связи с юридически обязательным свойством, а не из простой вежливости, удобства или целесообразности.

Вышеуказанное было поразительно проиллюстрировано в судебном решении дела *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* 1989 г., где указывалось, что существует некое различие между правилом поведения, которое часто или даже обычно используется в определенном коммерческом сообществе как милосердие и правилом поведения, которое обычно соблюдается, поскольку считается, что соответствующие стороны имеют юридически обязательное право требовать его.

---

<sup>1</sup> Термин «неписанный» здесь используется для обозначения принципа или правила, которые не были сведены к написанию, будь то в обязательной форме (например, судебное решение или конвенция) или в необязательной форме (например, частная кодификация или научной публикации).



Согласно данному делу, Правительство США ввело замораживание переводов американских банков со счетов ливийских граждан и на их счета. Истцы утверждали, что замораживание не имело никакого последствия за пределами Соединенных Штатов и требовало выплаты наличными в Лондоне или любыми другими способами, не связанными с деятельностью в Соединенных Штатах. Ответчики не возражали на тот факт, что приказ о замораживании имел экстерриториальный эффект, но утверждали, что использование рынка депозитов Евродоллара, которое переводится со счета за пределами США, выраженное в долларах США, может быть сделано только через систему клиринга США, то есть через CHIPS или Fedwire, и что это обязательно связано с действиями в Нью-Йорке, на которых приказ будет распространяться. В деле было доказано, что, хотя может существовать обычная практика перевода евродолларов через CHIPS или Fedwire и в доказательствах не было установлено, что это связано с тем, что такие методы перевода считались единственными, на которые вкладчик имел право требовать. Соответственно, истцы имели право на выплату наличными или каким-либо другим способом, который не предусматривал прохождение CHIPS или Fedwire.

Этот принцип находит точную параллель в международном обычном праве, в соответствии с которой требуется соединение *usus* и *opinio juris sive necessitatis* для установления принципа или нормы обычного права.

Важный вопрос, который долгое время обсуждался в научных кругах относительно юридической природы торгового обычая, заключается в том, достаточно ли сочетания *usus* и *opinio juris* или необходимо также, чтобы обычай получил судебное, арбитражное или законодательное признание.

Важным доказательством существования обычаев являются конвенции в сфере регулирования международных торговых отношений.

Анализ различной юридической литературы и законодательств многих государств, позволяет разделить обычаи как источники регулирования коммерческих сделок на внутригосударственные и международные торговые обычаи. В первом случае это те обычаи, которые сформировались и действуют в рамках юрисдикции

одного государства.<sup>1</sup> А вот в статье 1253 ГК РА говорится, что право, подлежащее применению к отношениям, осложненным иностранным элементом, определяется, в том числе, на основании международных обычаев, признаваемых в РА (такая же статья присутствует и в ст. 1186 ГК РФ). В указанном случае речь идет об обычаях, которые содержат коллизионные нормы, и тем самым являются источниками международного частного права. Обычаи, указанные в статье 1253 ГК РА, следует отличать от обычаев, указанных в статье 7 ГК РА. Во втором случае, обычаи содержат материально-правовое предписание и регулируют гражданско-правовые отношения по существу. В указанной статье национальное законодательство использует термин «обычаи делового оборота».

Ценной является высказывание Д.Ф. Рамзайцева о том, что «относящиеся к международной торговле правила представляют собой, с юридической точки зрения, правила, действующие на определенной территории. Поэтому вопрос о применении в соответствующем случае того или иного конкретного обычая должен решаться на основе законодательства той страны, право которой подлежит применению к внешнеторговой сделке... так как содержание гражданских правоотношений сторон по сделке может определяться на основе законов определенной страны».<sup>2</sup> Вследствие описанного, можно сделать вывод о том, что по своей юридической природе международные торговые обычаи являются разновидностью обычаев делового оборота.<sup>3</sup>

Интересной также является высказывание Л.А. Лунца, который предлагал различать «в сфере международных обычаев торговли такие, которые действительно могут быть названы унифицированными международными нормами, и такие, которые применяются во внешней (международной) торговле, но вследствие своих

---

<sup>1</sup> Канашевский В.А. Указ. соч.С. 226

<sup>2</sup> Рамзайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи. М. Внешторгиздат. 1958. С. 8.

<sup>3</sup> Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование.- М. Вольтерс Клувер. 2008. С. 227

национальных особенностей не могут быть названы нормами международного характера и являются по существу национальными обычаями».<sup>1</sup>

Вопрос относительно юридической силы или нормативности международного торгового обычая как источника *lex mercatoria* является одним из главных. Т.е. является ли вышеуказанный обычай правовой нормой или нет. По этому вопросу есть как минимум два подхода. Первый подход заключается в том, что до формального признания обычая его не существует, поскольку его нормативная сила зависит от удовлетворения определенным критериям: последовательность практики, разумность, известность и соответствие международному публичному порядку и которые устанавливаются решением суда. Парадокс при данном подходе заключается в том, что если функция суда или арбитра в установлении и определении права, в том числе любой нормы обычного права, то это правило должно существовать уже.

Альтернативная позиция, которую пропагандируют Харт, Салмонд и другие, заключается в том, что постановление суда в пользу обычая, отвечающего определенным юридическим критериям, является чисто декларативным и не придает, таким образом, юридическую силу обычаю. Эта позиция, которая ведется параллельно в области транснационального коммерческого права сторонниками нового *lex mercatoria*, представляется предпочтительным решением. Только последовательное соблюдение и использование в решениях может иметь указанный эффект. Таким образом, проблема заключается в том, чтобы определить, кем или по каким стандартам должны быть установлены внешние критерии, по которым должна быть проверена действительность использования международного торгового обычая.

Вопрос относительно юридической силы торгового обычая как источника *lex mercatoria* следует рассматривать в контексте и специфики юридической природы *lex mercatoria*. Если исходить из позитивистской концепции, то главным критерием для установления юридической силы обычая или придания нормативного характера обычаю является воля государства и полностью зависит от внутринационального права.

---

<sup>1</sup> Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. 2-е изд., перераб. и доп. М.: «Юрид. лит.», 1975. С. 165.

В рамках же *lex mercatoria*, как автономного правопорядка, право наделения юридически обязательной силой конкретной правовой нормы принадлежит международному торговому сообществу, т.е. участникам международной торговой деятельности, а не государству. Лорд Мастил отмечал, что никто не может отрицать обычай, так как является важным элементом в арбитражной практике. По его мнению, любой достойный национальный суд должен быть способен учитывать обычаи без необходимости отнесения обычая к какому-либо автономному правопорядку.<sup>1</sup>

Некоторые российские авторы, наоборот, утверждают, что «обычаи международного торгового или делового оборота» не имеют юридической силы и не могут быть источником международного частного права. Вместе с тем эти авторы отмечают, что обычаи международного делового оборота могут приобрести юридическую силу и стать источником права, если государства признают за ними это качество.<sup>2</sup> По их мнению, это возможно в двух вариантах: «либо индивидуально государством и тогда международный торговый обычай становится санкционированным обычаем и в таком качестве – источником национального права; либо совместно с государствами в форме международного договора или в форме международно-правового обычая и в таком качестве он становится источником международного (публичного) права».<sup>3</sup>

В РА для того чтобы международный торговый обычай приобрел нормативный характер и тем самым стал юридически обязательным, необходимо признание данного обычая в РА. Данное положение вытекает из статьи 1253, где говорится о том, что право подлежащее применению к отношениям, осложненным иностранным элементом, определяется также на основе международных обычаев, признанных РА. В данном случае законодатель имел ввиду применение «международных торговых обычаев», санкционированных государством. Как видим, Гражданский кодекс РА также отмечает, что международные обычаи должны быть признаны в РА для признания их в качестве правовой основы для установления применимого права. Предполагается, что для признания международного обычая в качестве источника права, нужно признание

---

<sup>1</sup> Mustill M. “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years”, *Arbitration International*.1988. С. 94

<sup>2</sup> Лебедев С.Н., Кабатова Е.В. Указ. соч. С. 194

<sup>3</sup> Там же.

его применения со стороны государства.<sup>1</sup> Обычно для признания определенной нормы в качестве обычая со стороны государства происходит в силу положений внутреннего законодательства этого государства.<sup>2</sup> В этой связи следует отметить, что некоторые цивилисты считают, что обычай санкционируется только с помощью закона, другие цивилисты утверждают, что не только посредством закона, но и через судебные решения, когда для выяснения отношений между сторонами суды решают применить ту или иную систему обычного права.<sup>3</sup>

Несомненно, международный торговый обычай становится источником права в силу его санкционирования государством. Однако, представляется невозможным исключение обычая из источников *lex mercatoria*, так как они являются по существу нормами *lex mercatoria*, возникающие исключительным образом по воле международного делового сообщества и не получающие письменного закрепления.

Следует отметить, что существуют определенные критерии, при наличии которых конкретное правило поведения может быть классифицировано как обычай. Одной из наиболее характерных черт обычая - это постоянное соблюдение. Т.е. для того, чтобы то или иное правило поведения признавалось международным торговым обычаем, необходимо его постоянное соблюдение в определенной области торговли. Следующей характерной чертой является широкая известность, а также то, что данные правила должны отражать типичный ход торговой практики. Также торговый обычай должен быть разумным и справедливым, т.е. обычай должен регулировать только те правоотношения, которые типичны для данного вида обычая. Последний немаловажный признак - убежденность международного торгового сообщества в юридическо-обязательной силы данной нормы, т.е. наличие *opinio juris*.

Одним из главных критериев применения торгового обычая является знание о нем участниками международной торговой деятельности. Как правило, не возникает проблем, когда стороны сделки знают тот или иной обычай, однако сложности могут

---

<sup>1</sup>Մանուկյան Մ. Հայաստանի Հանրապետության Միջազգային Մասնավոր Իրավունք. ՀՀ Քաղաքացիական օրենսգրքի 12-րդ բաժնի (Միջազգային մասնավոր իրավունք) դրույթների Գիտական և Պրակտիկ մեկնաբանություններ. - Եր. : Հեղ. Հրատ., 2013-էջ 24.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup>Հայկյանց Ա.Մ. Արտաքին տնտեսական պայմանագրերի իրավական կարգավորման հիմնահարցերը և ՀՀ օրենսդրությունը (դասախոսություն). Երևան. 2000. էջ 21.

возникнуть, если один из участников будет отрицать знание обычая и в этом момент возникнет необходимость выяснить, должен ли был данный контрагент знать о его существовании.

Решение этого вопроса в основном зависит от того, как постоянно он соблюдается и насколько известен данный обычай в международной торговле. В конечном счете, в указанных случаях на первый план выходит не субъективный критерий, а именно знание или не знание обычая сторонами договора, а объективный критерий, а именно постоянство соблюдения обычая и широкая известность. В качестве примера можно привести применение обычая, существующего в торговле определенными видами товаров, если стороны торгуют этим товаром на регулярной основе.

Анализируя вышеуказанное, возникает главный вопрос относительно обычая как источника *lex mercatoria*: необходимо ли, чтобы международные торговые обычаи удовлетворяли критериям, которые свойственны обычаям в рамках *lex mercatoria*, так же и критериям, установленными национальным законодательством, в рамках которого принимается решение о существовании обычая.

На наш взгляд для признания торгового обычая в качестве обычая в рамках *lex mercatoria* не обязательно его соответствие критериям национального законодательства, так как главная цель применения норм *lex mercatoria* заключается в недопущении применения норм национального законодательства для регулирования торговых отношений. Главное, чтобы в качестве обычая международной торговли ее рассматривало международное торговое сообщество. Кроме того, если мы отмечаем, что *lex mercatoria* является автономным правовым порядком, то и, следовательно, его нормы в виде обычая не должны соответствовать критериям какого-либо национального законодательства.

Характерной особенностью обычаев является также и их устная форма, т.е. она необязательно должна быть зафиксирована в каком-либо документе. Некоторые специалисты рассматривают эту особенность обычая как недостаток. В частности, противниками доктрины *lex mercatoria* устанавливается недостаточная определенность торгового обычая как источника *lex mercatoria* в качестве недостатка. Трудность

применения неcodифицированного обычая заключается в установлении его существования. Отдельные члены коммерческого сообщества могут иметь или полагать, что у них есть широкое представление о том, что такое обычай и его значение, но обычно возникнут сложности с установлением гипотетического обычая, его границы и квалификация будут размытыми. Это может быть легко продемонстрировано повседневным опытом и процессом судебного разбирательства, и оно применяется с равной силой к утвержденным, но ранее неисследованным обычным нормам. Данный пробел можно заполнить с помощью закрепления и уточнения в конкретном международном торговом договоре содержание применимого обычая.

Однако, следует отметить, что в последние годы данная проблема была преодолена и степень определенности обычаев значительно выросла. Важную роль сыграли разработка следующих документов: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципы европейского договорного права и Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria CENTRAL*.

Подводя итоги, следует отметить, что торговые обычаи играют центральную роль в процессе становления и развития *lex mercatoria* и в целях правильного понимания *lex mercatoria* как транснационального права, следует отказаться от внутренних понятий и представлений об обычае. В рамках же *lex mercatoria*, как автономного правопорядка, право наделения юридически обязательной силой конкретной правовой нормы принадлежит международному бизнес - сообществу, т.е. участникам международной торговой деятельности, а не государству. Для признания торгового обычая в качестве обычая в рамках *lex mercatoria* не обязательно его соответствие критериям национального законодательства.

### **§ 3. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципы европейского договорного права и Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria CENTRAL* как источники *lex mercatoria***

Теория *lex mercatoria* расцвела в послевоенный период, наряду с рождением европейского сообщества и растущего интереса к гармонизации и унификации права

международной торговли. Целью создания ЮНСИТРАЛ в 1966 году, например, было снижение правовых препятствий, которые мешают международной торговле. Для преодоления препятствий Генеральная Ассамблея ООН дала ЮНСИТРАЛ задачу по содействию прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли, в частности, путем содействия более широкому участию в существующих международных конвенциях и более широкого признания существующих типовых и единообразных законов; подготовки или поощрения принятия новых международных конвенций, типовых и единообразных законов и поощрения кодификации и более широкого признания международных торговых терминов, положений, обычаев и практики в сотрудничестве, при необходимости, с организациями, работающими в этой области.<sup>1</sup>

В этом контексте в 1971 году Совет Управляющих УНИДРУА выразил благоприятную возможность включения в Рабочую Программу Института «*essai d'unification portant sur la partie generate des contrats (en vue d'une Codification progressive du droit des obligations 'ex contractu')*».<sup>2</sup> Данный проект, позже переименованный как «Подготовка принципов международных коммерческих договоров», был весьма плодотворным в 1994 году, когда в последнем чтении различных проектов разделов Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (далее - Принципы; Принципы УНИДРУА), окончательный вариант текста был закончен и представлен на утверждение Совета управляющих.

В основе создание Принципов УНИДРУА лежит сравнительно-правовой анализ норм правовых порядков различных государств, регулирующих международные торговые сделки. Такой метод профессор А.С. Комаров обозначил как «неформальная унификация».<sup>3</sup>

Принципы УНИДРУА являются показателем нового явления частной кодификации, т.е. неофициальной, где гармонизация работы осуществляются без участия законодателей, вне государственной монополии правотворчества. Некоторые

---

<sup>1</sup> Lopez Rodrigez A.M. Указ.соч. С. 145

<sup>2</sup> Там же: “analysis of unification held by the general parties of the contract (in view of the progressive codification of the legal obligations).

<sup>3</sup> Комаров А.С. Принципы УНИДРУА как источник регулирования международных коммерческих договоров // ЭЖ-Юрист. 2001. № 4. С 4.



из специалистов утверждают, что Принципы УНИДРУА выступают «как современное формулирование *lex mercatoria*». Поскольку Принципы УНИДРУА кодифицированы в нормоподобных принципах с четко определенным содержанием, они обеспечивают практикующим юристам возможность применения *lex mercatoria* в повседневной юридической практике.<sup>1</sup>

Принципы УНИДРУА, впервые опубликованные Международным институтом унификации частного права в 1994 году, второе издание в 2004 году и наконец, третье, последнее издание в 2010 году, представляют собой не имеющее обязательной силы кодификацию общей части международного договорного права. Принципы УНИДРУА рассматриваются как важный шаг для создания объединенного и единообразного правового мышления в сфере договорного регулирования, и на протяжении многих лет были хорошо приняты не только учеными, но и на практике, где множество арбитражных и судебных решений были вынесены с применением Принципов УНИДРУА.

Посредством Принципов УНИДРУА устанавливаются общие правила для международных коммерческих договоров для преодоления весьма сложного и неэффективного коллизионного метода регулирования отношений, осложненных иностранным элементом. Принципы УНИДРУА, разработанные понятным языком и с точным содержанием, таким образом, предназначены для преодоления этих недостатков, связанных с международным частным правом, а также неопределенность и непредсказуемость в отношении правовых последствий сделки.

Правила, изложенные в Принципах, являются общими для многих существующих правовых систем. Данные правила отражают наилучшие решения для конкретных вопросов в сфере регулирования договорных правоотношений. Иначе говоря, Принципы УНИДРУА не только кодифицируют существующие принципы контрактного права, но также направлены на дальнейшую гармонизацию и унификацию норм коммерческого характера разных государств. Думается, данный

---

<sup>1</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С. 145

акт не следует рассматривать лишь как простую компиляцию общих принципов осуществления торговли.<sup>1</sup>

Во вступлении в этом документе говорится: «Целью Принципов УНИДРУА является установление сбалансированного свода норм, предназначенных для использования во всем мире, независимо от правовых традиций, а также экономических и политических условий отдельных стран, где они будут применяться».<sup>2</sup>

Национальные доклады, представленные на XV Международном конгрессе сравнительного права, проведенном в 1998 году в Бристоле, свидетельствуют о том, что, несмотря на различные правовые традиции и разнообразие самобытных национальных систем права, лишь немногие положения Принципов УНИДРУА явно противоречат соответствующим положениям национального договорного права. Подавляющее же большинство положений Принципов вполне совместимы с нормами договорного права большинства государств, а в некоторых случаях целесообразно уточняют или дополняют национальные нормы.<sup>3</sup>

Исследователи отмечают исключительно положительную роль Принципов и указывают, что их принятие явилось вехой в процессе унификации международного коммерческого оборота. К примеру, Антонайо Богджиано заявляет, что Принципы должны применяться всеми шведскими судами, Франц Верро называет Принципы «свежим воздухом для швейцарского договорного права». В Германии даже была создана Комиссия по пересмотру обязательственного закона, которая привела указанный акт в соответствие с положениями Принципов УНИДРУА.<sup>4</sup>

Несмотря на то, что Принципы УНИДРУА относительно чаще стали применяться в международном коммерческом обороте, в юридической науке не сформировался единый подход относительно правовой природы Принципов. Для того, чтобы Принципы УНИДРУА стали чаще использоваться в судебной и арбитражной практике, считаем необходимостью выработать единый подход

---

<sup>1</sup> Аблѣзгова О.В. Указ. соч.С. 133

<sup>2</sup> Комаров А.С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. (перевод на русский язык).

<sup>3</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 40

<sup>4</sup> Аблѣзгова О.В. Указ. соч. С. 133-134

относительно юридической силы данного документа. Следует отметить, что впервые о юридической природе данного документа было сказано самим Управляющим советом УНИДРУА, одобрявшим все три окончательные версии УНИДРУА. Как утверждает данный орган: «Принципы не предполагают правительственного одобрения, не являются обязательным документом, и их принятие, в конце концов, зависит от их убедительной авторитетности».<sup>1</sup> Вышеуказанное положение официально не относит Принципы УНИДРУА к источнику права. С позитивистской точки зрения и из общей теории права источником права следует считать «способы закрепления правил поведения, которым государство придает правовую силу».<sup>2</sup> Таким образом, с юридической точки зрения, для того, чтобы Принципы УНИДРУА стали источниками права, необходима государственная воля для придания юридически обязательного характера Принципам, а также внешняя форма.

Следует отметить, что Принципы УНИДРУА представляют из себя «мягкое право», так как разработана международной негосударственной организацией, а не сувереном - государством.

Можно согласиться с профессором М.Бонелла, который полагает, что «...Принципы УНИДРУА ни в коей мере не претендуют на выражение только норм, которые уже общеприняты на международном уровне; то, что здесь утверждается, - это не их прямое и исключительное применение в качестве «общих принципов права» или *lex mercatoria*, а всего лишь возможность прибегнуть к ним как к одному из многих источников, доступных для определения содержания таких (или сходных) довольно неопределенных формулировок, используемых сторонами. Только будущее покажет, вырастут ли Принципы УНИДРУА в нечто большее и нечто отличное в смысле их самоутверждения во всей своей целостности в качестве наиболее подлинного выражения «общих принципов права» или *lex mercatoria* в области контрактного права».<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Алимова Я.О. Доктринальные подходы к определению нормативной природы принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. Статья. Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал. 2012. С. 67

<sup>2</sup> Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., Юрид. изд-во НКЮ СССР. 1940. С. 173.

<sup>3</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 42

Многие российские специалисты, такие как С.В. Бахин, М.М. Богуславский, Г.К. Дмитриева, А.С. Комаров и Л.П. Ануфриева также полагают, что Принципы УНИДРУА не обладают обязательной юридической силы.

Так Л.П. Ануфриева считает, что эти Принципы носят рекомендательный характер и имеют факультативное действие, т.е. применяются в тех случаях, когда стороны специально сделали на них ссылку в контракте.<sup>1</sup>

По мнению Г.К. Дмитриевой Принципы УНИДРУА следует рассматривать как неофициальную кодификацию международных обычаев, которые могут применяться только на основании прямо выраженной воли сторон.<sup>2</sup>

Интересным являются комментарии к ст. 1.4 Принципов УНИДРУА, разработанные под руководством М.И. Бонелля, в которых указывается, что учитывая особый характер Принципов как негосударственного инструмента регулирования, ни Принципы как таковые, ни индивидуальные контракты, заключенные в соответствии с ними, не могут превалировать над обязательными нормами внутреннего права, будь то национального, международного или наднационального происхождения, применимого в соответствии с соответствующими нормами международного частного права.<sup>3</sup>

Как видим, большое внимание в комментариях к Принципам УНИДРУА уделяется тому обстоятельству, что императивные нормы национального, т.е. внутригосударственного права, обладают преимуществом перед нормами, закрепленными в Принципах.

Некоторые специалисты утверждают, что Принципы УНИДРУА являются сводом торговых обычаев.<sup>4</sup> Можно согласиться с данной точкой зрения, но с некоторым дополнением относительно того, что Принципы УНИДРУА следует рассматривать как некую квинтэссенцию общих принципов права и торговых

---

<sup>1</sup> Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том 2. Особенная часть: Учебник. - М.: Издательство БЕК, 2002. С 166

<sup>2</sup> Дмитриева Г.К. Международное частное право: учеб.- 3-е. изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2010. С. 344.

<sup>3</sup> Working Group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd) Fifth session Rome, 24 – 28 May 2010: <http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study50/s-50-115-e.pdf>. (Дата последнего обращения 27.04.2018)

<sup>4</sup> Հայկյանց Ա.Մ. Ապրանքների միջազգային առուվաճառքի իրավական կարգավորումը: Գիտազործնական ձեռնարկ-Եր. : «Ասողիկ» 2011- 326 էջ

обычаев, применяемых в международном торговом обороте. Подтверждение сказанного можно найти в Преамбуле самих Принципов, где указывается возможность применения Принципов в случае, если стороны ссылаются в договоре на общие принципы права.

А, например, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ в деле № 302/1996 от 27 июля 1999 г. указал, что Принципы УНИДРУА, по его мнению, постепенно приобретают статус торговых обычаев, признаваемых на международном уровне.<sup>1</sup> Схожая позиция была высказана в решении по делу № 217/2001 от 6 ноября 2001 г.<sup>2</sup>

Подводя итоги вышесказанного, следует отметить, что, на наш взгляд, Принципы УНИДРУА следует отнести к негосударственным неправовым инструментам регулирования международной торговой деятельности. Они не являются правовыми источниками в традиционном смысле слова и их применение зависит, в первую очередь, от изъявления воли сторонами, которое может выражаться разными способами.

Вопрос относительно сферы применения Принципов можно найти в них самих, в частности в Преамбуле, где указывается, что Принципы устанавливают общие нормы для международных коммерческих договоров. Это заявление отражает два основных условия для применения Принципов, а именно то, что договор должен быть «международным» и «коммерческим».

В самих Принципах отсутствует упоминание о том, какой контракт следует считать международным, т.е. отсутствуют критерии определения. Как известно, существуют различные определения «международных контрактов» среди юридических текстов и доктрин. С этой точки зрения, Комментарий к Принципам уточняет, что подход является прагматичным, который воплощает всевозможные трактовки широкого определения термина «международный».<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> И.С. Ефремова. Особенности применения Принципов УНИДРУА в практике международных арбитражных судов и арбитражных судов Российской Федерации. // Вестник института законодательства и правовой информации имени М.М. Сперанского. - Иркутск: Институт зак-ва и правовой информации им. М.М. Сперанского, 2013, № 3. С. 26

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Lopez Rodrigez A.M. Указ.соч. С. 149

Что касается коммерческого характера контракта, Комментарий к Принципам дает понять, что это не относится к традиционному разделению между «гражданской» и «коммерческой» трансакции, которые до сих пор существуют в некоторых правовых системах. Цель его всего лишь исключить так называемые потребительские договоры из сферы применения Принципов УНИДРУА. Потребительские контракты регулируются специальными законами, которые включают обязательные правила, направленные на защиту слабой стороны сделки. Не дается также определения «потребительского договора», но понятно, что Принципы воплощают в себе широкое понятие коммерческих контрактов, охватывающих все виды контрактов, которые заключаются с целью прямого или косвенного извлечения прибыли и которые связаны с трансграничным перемещением товаров, валют, услуг, технологий или других финансовых, или экономических активов, при условии, что не может быть установлены типичные элементы потребительских сделок».<sup>1</sup>

Важным вопросом является также возможность их применения на практике. Преамбула данного документа детальным образом устанавливает условия, при наличии которых возможно их применение.<sup>2</sup>

Структура Принципов весьма объемная и самодостаточная. Принципы состоят из Преамбулы и 119 статей, которые разделены на 7 глав.<sup>3</sup>

Однако в самих Принципах, в частности части 2 статьи 1.6 указывается, что вопросы, которые прямо в них не разрешены, но охватываются сферой Принципов, подлежат разрешению в соответствии с их основополагающими общими принципами.

Положения Принципов УНИДРУА разделены в целом на две части: первая часть, «Общие положения», включает в себя все те основные принципы, которые характерны для всех правовых систем,<sup>4</sup> среди которых: свобода договора,

---

<sup>1</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С.150

<sup>2</sup> 1) если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этими Принципами; 2)если стороны согласились, что их договор будет регулироваться *lex mercatoria*, «общими принципами права» или аналогичными положениями; 3) они могут использоваться для решения вопроса, возникающего при невозможности установить соответствующую норму применимого права; 4) они могут использоваться для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов; 5) они также могут служить моделью для национального и международного законодательства.

<sup>3</sup> Комаров А.С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. Перевод на русский язык.

<sup>4</sup> Ζωηλιώτης У. У. Указ. соч.С. 331

добросовестность и честная деловая практика, недобросовестные переговоры и т.д. Вторая часть Принципов УНИДРУА регулирует следующие вопросы: «Заключение договора и полномочия представителей», «Действительность», «Толкование», «Исполнение», «Зачет», «Уступка прав, перевод обязательств, уступка договоров», «Исковая давность», «Множественность должников и кредиторов».

Новеллой для армянского законодательства является статья 2.1.15 Принципов УНИДРУА «Недобросовестные переговоры». В данной статье предусматривается преддоговорная ответственность, известная большей части странам общего права. Так статья 2.1.15 устанавливает что «сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, является ответственной за потери, причиненные другой стороне». Там же в пункте 3 данной статьи дается толкование понятия «добросовестности», согласно которой «недобросовестным, в частности, является вступление стороной в переговоры или их продолжение при отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной».<sup>1</sup>

Главную роль в применении Принципов УНИДРУА играют международные коммерческие арбитражи. Национальный суд при разрешении международного коммерческого спора будет рассматривать Принципы УНИДРУА в качестве условий, инкорпорированных в международный торговый договор или как документ, который доказывает существование обычая международной торговли, который также отражает общепризнанные принципы права. А международный коммерческий арбитраж применяет Принципы несколько в ином качестве, в случаях, установленных в Преамбуле данного документа, как указывалось выше.

Практика применения Принципов УНИДРУА государственными и арбитражными органами представлена в электронной базе данных UNILEX ([www.unilex.info](http://www.unilex.info)). Приведем некоторые из них.

Уже через год после их обнародования (лето 1995 г.) Международный арбитражный суд при Международной торговой палате в Париже (МТП) впервые в деле № 7110 от 1995г. применил их в процессе рассмотрения конкретного спора между английской компанией и правительственным агентством одной из ближневосточных

---

<sup>1</sup> Комаров А.С. Указ. соч.

стран. В основе спора лежали девять взаимосвязанных контрактов о поставке оборудования, причем ни один из этих контрактов не содержал отсылки к какому-либо национальному праву. Лишь в некоторых из них содержалась ссылка на то, что споры, вытекающие из данных контрактов, должны решаться в соответствии с «принципами естественной справедливости» (natural justice). Рассматривая это дело, арбитраж пришел к выводу, что стороны намеревались исключить применение к контрактам какого-либо национального права и подчинить эти контракты «общим правилам и принципам» международного характера. По мнению арбитража, поскольку эти «общие правила и принципы» наиболее ярко отражены в Принципах УНИДРУА, именно последние и следовало применить, несмотря на то, что упомянутые контракты были заключены более чем за 15 лет до создания Принципов УНИДРУА.<sup>1</sup>

В своей статье Альдо Маскарено и Элина Мереминскаяй, опубликованное в Оксфордском журнале 2013 года, сделали серьезные изучения о применении Принципов УНИДРУА как одних из главных источников *lex mercatoria*. Ими был произведен сбор статистических данных относительно применения Принципов.<sup>2</sup>

Как указывается в статье, регион Западной Европы составляет большое число случаев применения Принципов УНИДРУА (47,9 процентов), Восточная Европа (включая Россию) составляет 17,4 процентов, азиатский регион (в том числе Австралия и Новая Зеландия) 13,1 процентов, Латинская Америка до 8,1 проценов, Северная Америка до 8,5 процентов (включая США, Канаду, Бермудские острова, Антильские острова и Ангилья), Ближний Восток до 3,1 процентов, и Африки 1,9 процента, где всего пять случаев. Наблюдается тенденция в увеличении применения Принципов УНИДРУА в четырех из шести регионов мира.

Факт того, что Принципы УНИДРУА не рассматриваются как *terra incognita* ни арбитражными, ни национальными судами отображается в рисунке номер 1. Число дел национальных судов, в которых применены Принципы УНИДРУА составляют 114 случаев и число арбитражных дел-168.

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 171

<sup>2</sup> Mascareno A., Mereminskayay E. The making of world society through private commercial law: the case of the UNIDROIT Principles. Unif. Law Rev. (2013).1-26



**Рисунок 1. Принятие Принципов УНИДРУА арбитражем и судебной системой**

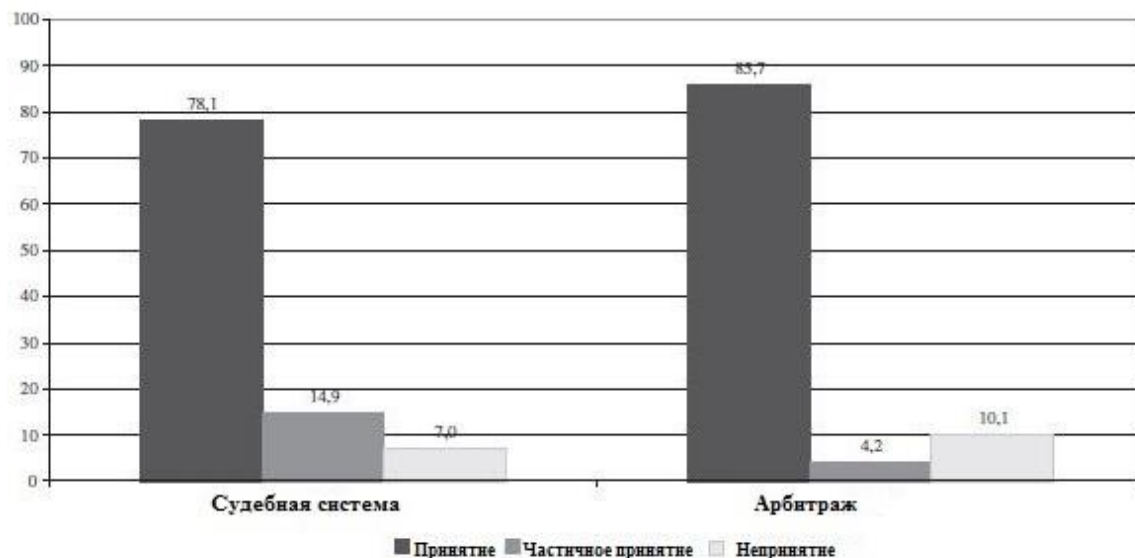
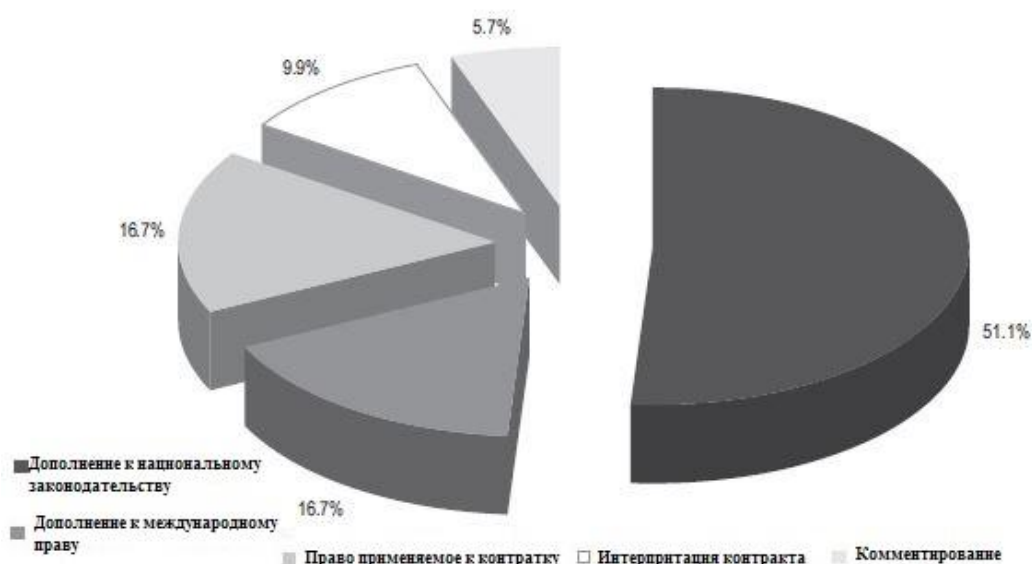


Рисунок 2, в свою очередь, показывает статистику применения Принципов УНИДРУА в различных качествах, таких как: право, регулирующее контракт, для интерпретации контрактов, для комментирования, в качестве дополнения к национальному законодательству и международному праву. Как показывает данный рисунок Принципы применяются в большинстве случаев в качестве дополнения к национальному законодательству и покрытия пробелов в нем.

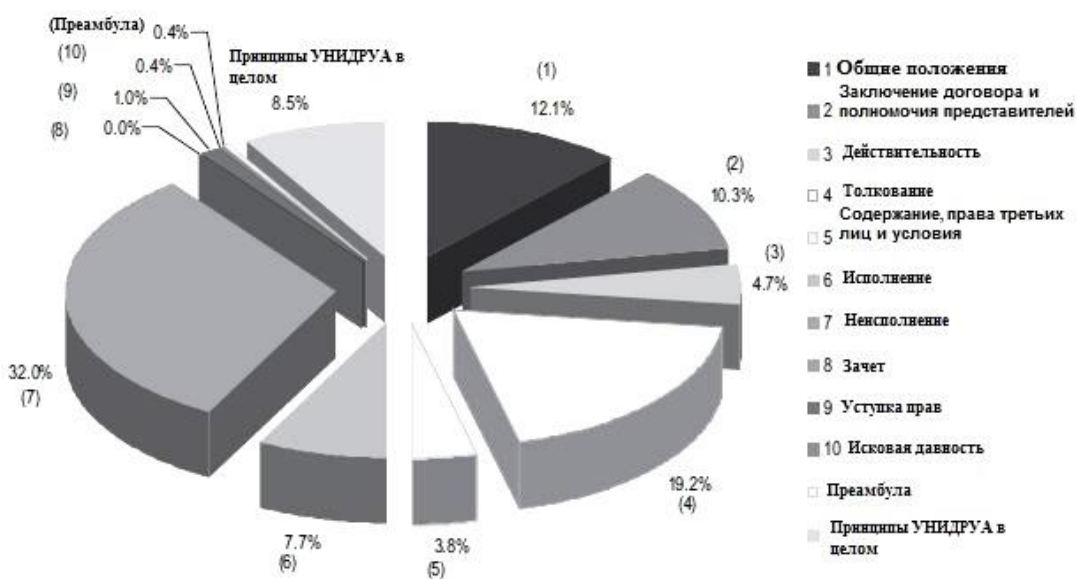
**Рисунок 2. Использование Принципов УНИДРУА**



Следующий рисунок показывает, что наибольшее количество ссылок (32 процентов) сделано на 7 главу, которая регулирует вопросы неисполнения

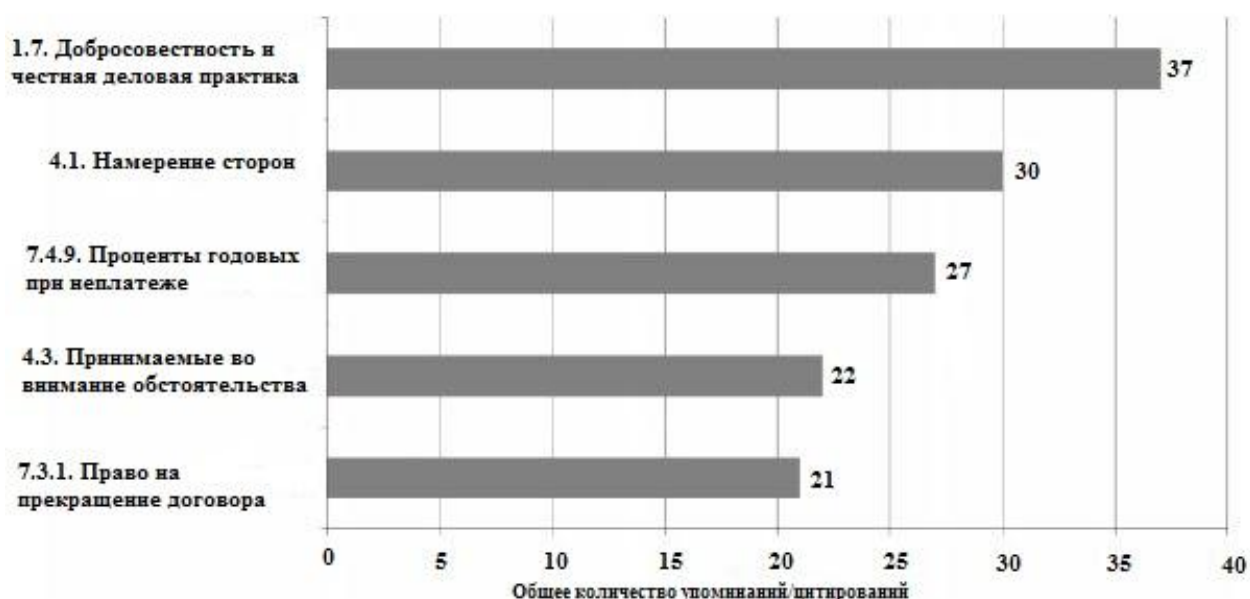
обязательств, а именно невыполнение стороной любого из своих обязательств по договору, включая ненадлежащее исполнение и просрочку исполнения (Статья 7.1.1). Из этих 32 процента статья, к которой ссылаются в большей степени, является статья 7.3.1 «Право на прекращение договора» (13 процентов), Статья 7.4.2 «Полная компенсация» (8 процентов) и статья 7.4.9 «Проценты годовых за неплатеж» (16,7 процентов). На втором месте находится глава 4 «Толкование» (19,2 процента обращений), из которых статья 4.1. «Намерение сторон» (30.9 процента среди статей Главы), статья 4.2 «Толкование заявлений и иных действий» (14,4 процента) и статья 4.3 «Принимаемые во внимание обстоятельства» (22,7 процента). Первая глава Принципов УНИДРУА занимает третье место по количеству процентов ссылок. В целом на первую главу были сделаны 12,1 процента ссылок, из которых 1.7 («Добросовестность и честная деловая практика») является одной из самых цитируемых статей Принципов УНИДРУА-74 процента цитирования в данной главе. За ним идет глава 2 «Заключение договора и полномочия представителей»-10,3 процентов. И, наконец, 8,5 процентов относится к ссылке к Принципам УНИДРУА в целом, в основном в качестве дополнительного источника наряду с национальным законодательством и международными документами.

**Рисунок 3. Цитирование глав Принципов УНИДРУА**



В дополнении, рисунок 4 показывает пять наиболее цитируемых статей Принципов УНИДРУА.

**Рисунок 4. Цитирование статей Принципов УНИДРУА.**



Как видим из приведенных статистик, Принципы УНИДРУА получили достаточно широкое применение как среди участников международного торгового сообщества, так и среди арбитража.

В целом, подводя итог, следует отметить, что в настоящее время Принципы УНИДРУА выступают в качестве авторитетного и достаточно известного сборника единообразных правил международной коммерции. Принципы УНИДРУА разработаны известной межправительственной организацией с учетом международного опыта в сфере регулирования международной коммерческой деятельности.

Принципы УНИДРУА, несмотря на свой международный характер, могут быть также применены и во внутреннем коммерческом обороте путем включения его положений в договор, так как обладают высоким юридическим уровнем и разработаны на основе анализа всех правовых систем.

Принципы УНИДРУА охватывают весьма широкий спектр международных коммерческих договоров. Его значимость, в первую очередь, заключается в том, что он исключает какие-либо противоречия правового регулирования международных

коммерческих сделок правовыми порядками различных стран. Как отмечает М. Бонелла, «Принципы УНИДРУА представляют собой успешное сочетание правовых традиций и инноваций, приемлемые как для коммерсантов, так и для судов».<sup>1</sup> Думается, что при реформировании и совершенствовании гражданского законодательства РА, следует принять во внимание Принципы УНИДРУА, как один из выдающихся примеров свода и анализа лучшей практики во всем мире. Такая практика была использована, в частности, при разработке Гражданского кодекса РФ, когда учитывались положения Принципов УНИДРУА. Принципы УНИДРУА имеют большую практическую значимость также с позиции того, что РА является участником Всемирной торговой организации и Евразийского экономического союза, что в свою очередь, предполагает активное расширение сотрудничества между армянскими и иностранными коммерсантами, и как следствие заключение международных коммерческих договоров.

Можно отметить, что, являясь большим достижением практически всех правовых систем мира и являясь общим знаменателем между юридическими традициями большинства стран, на данный момент Принципы УНИДРУА представляют из себя довольно популярный документ как среди лиц, осуществляющих международную торговлю, так и среди судей международных коммерческих арбитражей. И как следствие, по мере роста популярности и применимости Принципов УНИДРУА будет возрастать также и роль и значимость самого *lex mercatoria*.

Следующим немаловажным сводом принципов договорного права являются Принципы европейского договорного права (*European Principles of Contract Law*) или по другому его также называют Принципы Ландо (далее ПЕДП или Принципы Ландо). Публикация Части I и II Принципов европейского договорного права в декабре 1999 года знаменует собой начало новой эры в разработке действительного транснационального договорного права. Так же как и Принципы УНИДРУА, ПЕДП выступает за неформальное развитие закона снизу. Пересмотр или кодификация европейского и международного договорного законодательства отражают новое

---

<sup>1</sup> Ζαηλϋωίνϋ Ϭ. Ϭ. Ϭказ. соч. С. 332

явление - «ползучая кодификация» транснационального права. Это возрождает знаменитый спор между Тибо и Савиньи о правильном способе кодификации права.

16 декабря 1999 года на конференции, организованной Институтом частного права Моленграффа в Утрехте, была представлена новая версия Принципов европейского договорного права Часть I и II. Поскольку разработка подлинного европейского Гражданского кодекса еще далека, указанная презентация представляла собой веху в развитии современного *ius commune europaeum*, подлинного европейского контрактного права. Идея разработки сводов Европейского договорного права (Restatement of European contract law) восходит к началу шестидесятых годов.

Принципы европейского договорного права были составлены Комиссией Европейского договорного права (далее Комиссия). Эта комиссия состоит из ученых-юристов из стран-членов ЕС (15 первоначальных членов ЕС). Председателем этой комиссии является известный специалист в области международного частного права Оле Ландо. Вскоре после опубликования ПЕДП привлекли внимание многих высших судебных инстанций Европы и большого числа государственных органов, отвечающих за модернизацию национального законодательства в области договорного права.

Первая редакция ПЕДП была опубликована еще в 1995 г. Данное издание состояло из вводного обзора, в котором описывались основные цели Принципов, и пятидесяти девяти статей и комментариев к каждой статье, а также в нем присутствовали короткие сравнительные обзоры. Новая версия ПЕДП, вышедшая официально в 2000 г. состояла из 131 статьи и 9 глав. В дальнейшем Комиссия разработала общие положения об обязательствах. В 2002 г. ПЕДП появились уже в действующей на сегодняшний день форме.

Основная идея создания этих принципов сводилась к тому, что они должны были рассматриваться в качестве основы для будущего законодательства ЕС. Создание данного законодательства предназначалось для гармонизации всех законов ЕС. Принципы европейского договорного права не являются законодательством ЕС и не являются обязательными, но они являются сводом правил, которые стороны могут выбрать для регулирования своего договора вместо права конкретной страны.

Здесь следует отметить, что в отличие от Принципов УНИДРУА, сфера

регулируемого которого международные коммерческие договоры, Принципы Ландо предназначены для применения исключительно на европейском рынке, где различия между национальными договорами одной страны и другой не были такими существенными.

Термин Принципы указывается в данном документе как нормы, не обладающие юридической силой закона или нормы, которые имеют более общую юридическую природу.<sup>1</sup> Как указывается в самом тексте ПЕДП, в частности, в 1-ой статье, эти принципы предназначены для применения в качестве общих норм договорного права в Европейских Сообществах. Там же указывается, что ПЕДП применяются, когда стороны согласились включить их в свой договор или указали, что их договор должен регулироваться ПЕДП. Далее, в статье конкретизируется, что ПЕДП применяются, если стороны согласились, что их договор должен регулироваться «общими принципами права», «*lex mercatoria*» или тому подобное; или не выбрали какую-либо систему или право страны для регулирования своего договора, а также могут применяться в том случае, если выбранная система права не дает решения или ответы относительно существующего вопроса.

Несмотря на длительную дискуссию, необходимость изложения нового свода европейского или международного договорного законодательства поднимает множество правовых вопросов, до сих пор неизвестных традиционной правовой доктрине за пределами как США, так и Европы. Классифицируя ПЕДП как «мягкое право», их характер как «пересмотр или кодификация норм договорного права», который не известен в традиционной европейской правовой доктрине, провоцирует вопрос относительно их точного юридического эффекта или юридической сущности и их влияния на развитие европейского контрактного права и контрактного права в целом.

Одной из особенностей ПЕДП как источника транснационально права является его неформальная кодификация или как принята в европейских правовых кругах называть «ползучая кодификация». Ползучая кодификация представляет собой неофициальный процесс продвижения права снизу, посредством «частных» усилий

---

<sup>1</sup> «Модельные правила европейского частного права» (перевод с английского), науч. ред. Н.Ю. Рассказова, «Статут», 2013, с.-592, Стр. 11

ученых и юридической практики, иногда под эгидой международного учреждения, такого как ЮНИДРУА, а не традиционный процесс кодификации права. Важную роль в этом контексте играют Свод контрактного права, а также других проектов для неформальной кодификации европейского и международного договорного и коммерческого права. В то же время определение их юридического качества или сущности требует пересмотра традиционной теории правовых источников. Какова юридическая значимость и сущность совокупности правовых норм и принципов, которые меньше чем кодексы внутреннего законодательства или конвенции международного публичного права, но больше чем просто совокупность определенных правил в правовой обзорной статье? Зависит ли ответ на данный вопрос от принятия и применения ПЕДП в течение определенного периода времени, как и в отношении *opinio iuris* - требования обычного права?

Также понятие «ползучая кодификация» представляет собой постепенное развитие со временем. Ползучая кодификация не только неформальный, но и медленный и устойчивый процесс. Он никогда не заканчивается и всегда находится в процессе движения к более действенным и практическим правилам. Это особое качество ползучей кодификации обусловлено особым характером регулируемой областью права. В гораздо большей степени, чем любая другая область права, договорное право - это право о жизни, развивающейся огромными темпами и требующей гибкой и легко адаптируемой правовой базы. Своды и другие формы неофициальной кодификации договорного права оставляют достаточно места для адаптации права к новым событиям и для создания новых транснациональных концепций и методов при сохранении приемлемого уровня правовой неопределенности. Кроме того, эти неофициальные инструменты могут быть адаптированы к постоянно меняющимся условиям реальной жизни гораздо быстрее и гораздо эффективнее, чем любая формальная кодификация. Переиздание новой версии Принципов ЮНИДРУА, а также относительно быстрое развитие от первой до настоящей версии Принципов Ландо являются убедительным доказательством этого положения.

Следующим немаловажным вопросом является вопрос относительно того, является ли ПЕДП более чем просто инструментом мягкого права, или их можно рассматривать так же как истинную кодификацию общих принципов договорного

права или, в глобальном контексте, в качестве кодификации нового *lex mercatoria*. Как указывает П. Бергер, например, преамбулы принципов Ландо и ЮНИДРУА предусматривают их применение в тех случаях, когда стороны ссылаются на «общие принципы, *lex mercatoria* или тому подобное», и эта ссылка сама по себе может означать, что все содержащиеся в ней правила и принципы являются частью транснационального коммерческого права. Принципы как частная форма правотворческого процесса сами устанавливают свою юридическую сущность.<sup>1</sup>

Также следует отметить, что для квалифицирования определенных правил или принципов как часть транснационального права требуется принятие этих правил и принципов международным бизнес - сообществом (“*societas mercatorum*”) и международными арбитражными судами в качестве компетентных судов международной торговли и социальных «инженеров» транснационального торгового права.<sup>2</sup> Примерами применения Принципов Ландо множество, например, в деле 2002/O/410 *The Gibraltar Football Association (GFA)/Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, применялось положение, в решении ICC No. 3131, No. 9839 и т.д.

Одним из главных и стандартных аргументов против *lex mercatoria* было то, что она не применяется на практике или применяется достаточно редко и отсутствие у него практических и действенных правил означало, что оно не оправдывало разработку практических подходов. На сегодняшний день картина изменилась.

Эмпирические исследования показывают, что *lex mercatoria* фактически используется в юридической практике. Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria* дают представление о растущем изобилии этого нового транснационального коммерческого права. Основной проблемой, однако, было то, что практикующим и ученым было чрезвычайно трудно получить быстрый и легкий доступ к содержанию или источникам *lex mercatoria*. Международные исследования об использовании транснационального права в международной практике, проведенные Центром транснационального права (СЕНТРАЛ) в период с 1998 по 2000 год, показали, что отсутствие знаний о содержании и источниках *lex mercatoria* является основным камнем преткновения на пути к усиленному принятию этой

---

<sup>1</sup> Klaus Peter Berger. *The Principles of European Contract Law and the concept of the “Creeping Codification” of law.* *European Review of Private Law* 1:21-34, 2001. P. 33

<sup>2</sup> Там же.



концепции.<sup>1</sup> Фактически, утверждалось, что вместо того, чтобы участвовать в бесконечных дискуссиях о теоретической жизнеспособности доктрины *lex mercatoria* как академической теории, «возможно, более полезно спросить: что из себя представляет это новое право? Какие принципы он включает в себя? Какие конкретные правила он устанавливает? Одним словом, каково его содержание?».

Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria* или База данных о транснациональном праве (Transnational Law Database (TLDB)) (далее База данных или Свод принципов), история которого датируется 1992 годом, разработанная Центром Транснационального права СЕНТРАЛ (CENTRAL) дает ответы на вышеперечисленные вопросы и предназначена для восполнения доселе «недостающего звена», между теорией транснационального торгового права и международно-правовой практикой.

Развитие Базы данных является свидетельством или показателем нового прагматизма, которая сформировалась во время дискуссии о транснационализации международного коммерческого права в последнее десятилетия.<sup>2</sup> Это движение началось с публикации Принципов ЮНИДРУА в мае 1996 года. Тот же самый прагматичный подход был принят в отношении разработки Принципы европейского договорного права Комиссией Ландо. Свод принципов основан на тщательном сравнительном исследовании права разных государств и международной торговой практики.

Основная причина данного нового прагматизма заключается в феномене глобализации и изменениях вместе с ним социально-экономического ландшафта. Глобализация подразумевает не только создание глобального рынка, в котором договорные отношения «виртуализируются», товары продаются, а деньги передаются в течение нескольких секунд по всему миру, но также и символизирует сильную тенденцию от суверенной монополистической власти над национальными государствами и от «Вестфальской» модели межгосударственных отношений к децентрализованному процессу законотворчества со стороны неправительственных организаций, к частному правлению, частным структурам управления и частному

---

<sup>1</sup> Klaus Peter Berger, *The Practice of Transnational Law*, 2001. С. 111

<sup>2</sup> Klaus Peter Berger, *Transnational Commercial Law in the Age of Globalization*, Rome, (2001), P. 27.

гражданскому обществу.<sup>1</sup> Эти социально-экономические события, в свою очередь, привели к новым представлениям о праве и законотворческом процессе, а также к попыткам пересмотреть иерархию правовых источников. Эти новые теоретические представления облегчили принятие новых форм децентрализованного нормотворчества на «периферии» правового процесса, принятие которого было немислимо всего десять лет назад.

Для более чем 130 принципов и правил транснационального права, таких как «*ракта sunt servanda*», «*venire contra factum proprium*», «обязанность смягчать ущерб», или «компенсация за экспроприацию», Свод принципов предоставляет пользователю как официальный текст принципов, так и исчерпывающие сравнительные ссылки, взятые из международных арбитражных решений, внутренних уставов и судебных решений, международных конвенций, инструментов мягкого права, включая международные переформулировки контрактного права, стандартных форм контракта и договорных положений, взятых из международных контракты, торговые практики и обычаи, а также академические источники. Т.е данный источник из себя представляет своеобразный свод как непосредственно текста принципов, так и комментарий к ним и судебной практики. Все эти ссылки, насколько это возможно, воспроизводятся в полнотекстовых версиях. Для каждого принципа или правила в комментарии объясняется, как они могут применяться на практике и как они связаны с другими принципами Свода. Эта последняя функция особенно важна, поскольку она показывает, как *lex mercatoria* постепенно превращается в подлинную систему права.<sup>2</sup>

Свод принципов может применяться в различных целях, например:

- для определения применимых правил в споре, если стороны выбрали «транснациональное коммерческое право», «общие принципы права», «*lex mercatoria*» или тому подобное;
- для определения применимого права, если отсутствует выбор права сторонами, арбитры решают применить эту концепцию к рассматриваемому спору;
- для обеспечения автономной интерпретации и для заполнения внутренних пробелов в международных конвенциях и других единообразных правовых инструментах;

---

<sup>1</sup> Klaus Peter Berger, *Lex Mercatoria Online: the CENTRAL Transnational Law Database* at [www.tldb.de](http://www.tldb.de). P. 85

<sup>2</sup> Там же. С. 86

- для установления спорных значений различных ключевых юридических терминов транснациональной торговли, например, «форс-мажор», «лишения», «лучшие усилия» и т.д.;
- для дополнения или исправления будущего Европейского гражданского кодекса;
- для предоставления юридических знаний о современном коммерческом праве развивающимся странам и странам с переходной экономикой;
- для предоставления информации о транснациональном праве другим наукам (политике, экономике, социологии), которые исследуют столкновение между территориальными ограничениями права и транснационализацией международной торговли и торговли в эпоху глобализации.<sup>1</sup>

Свод принципов также основан на концепции «ползучей кодификации» транснационального права: неисчерпывающий, открытый список принципов и правил *lex mercatoria*, который постоянно обновляется, но никогда не завершается. Список воспроизводит все те правила и принципы *lex mercatoria*, которые были приняты в международной арбитражной и договорной практике. Список объединяет различные источники, которые способствовали эволюции транснационального коммерческого права. Концепции «ползучей кодификации» основывается на трех основных предпосылках:

1) Во-первых, *lex mercatoria*, которая характеризуется своей открытостью, гибкостью и неформальностью, требует методики кодификации, которая отражает все эти характеристики.

2) Во-вторых, транснациональное коммерческое право является всемирным явлением и требует метода кодификации, который обеспечивает мгновенный и легкий доступ к его содержанию в любое время и во всем мире.

3) В-третьих, метод кодификации должен включать использование обширного прецедентное права международных арбитражных судов и международную редакционную практику в качестве «социальных инженеров» *lex mercatoria*.<sup>2</sup>

В отличие от Принципов УНИДРУА и Принципов Ландо, этот Свод принципов не ограничивается сферой международного коммерческого договора. Скорее, Свод

---

<sup>1</sup> Там же. С. 91

<sup>2</sup> Там же. С.85

принципов исходит из решений, практики международного арбитража и, следовательно, содержит правовые принципы, которые связаны с теми областями права, которые играют доминирующую роль в международном арбитражном прецедентном праве, такие как международное корпоративное право, конфликт законов, правил доказывания, международного права экспроприации и общего арбитражного права.<sup>1</sup>

Также, в отличие от Принципов УНИДРУА и Принципов Ландо, Свод принципов не является инструментом, который позволил бы обходить применение права конкретного государства. Нормы данного свода недостаточны для непосредственного регулирования договора, в том числе положений, общих для всех гражданско-правовых договоров. Как указывалось выше, в Своде закреплены принципы не только договорного права, но некоторые принципы корпоративного права, процессуального права, принципы доказывания, рассмотрения дел арбитражным судом и т.д. Также для разъяснения некоторых принципов данный документ отсылает к законодательству различных стран, международным документам и арбитражной практике.

Вместе с тем, не следует умалять важность и практичность данного документа, который представляет из себя весьма серьезную работу по систематизации правовых принципов, правил и определений, основной целью которого-обеспечение практиков и ученых «онлайн платформой кодификации и знаний» о транснациональном коммерческом праве, новом *lex mercatoria*.

В целом, исходя из анализа практического и теоретического материала, а также анализа источников *lex mercatoria*, можно сделать следующие выводы:

- на сегодняшний день существует некая тенденция отказа от позитивистского понимания права и в результате все больше развиваются и применяются негосударственные инструменты регулирования международных коммерческих договоров и возрастает роль нормотворческой деятельности международного бизнес сообщества;

- на сегодняшний день отсутствует исчерпывающий перечень всех источников *lex mercatoria*, что весьма затрудняет процесс правоприменения;

---

<sup>1</sup> Там же. С 86

- источники *lex mercatoria* характеризуются различной правовой природой и юридической силой;
- действенность того или иного источника *lex mercatoria* непосредственно зависит от его способности к самореализации и авторитетности среди участников международного торгового сообщества, независимо от признания государством;

## **ГЛАВА 3. ЮРИДИЧЕСКИЙ МЕХАНИЗМ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ НОРМ LEX MERCATORIA**

### **§ 1. Международная арбитражная практика и *lex mercatoria***

Важным вопросом при изучении *lex mercatoria* является вопрос применения норм *lex mercatoria* на практике, условия, при которых возможен выбор *lex mercatoria* сторонами, а также арбитражными и национальными судами, а также вопросы юридических механизмов имплементации норм *lex mercatoria*. *Lex mercatoria* – прагматичная концепция, и любой теоретический вклад должен отвечать интересам предпринимателей, занимающихся трансграничной торговлей, и способствовать широкому применению как со стороны участников торговли, так и со стороны международных коммерческих арбитражных судов. В данном случае под юридическим механизмом имплементации следует рассматривать совокупность средств, обеспечивающих реализацию и применение норм *lex mercatoria*. Деятельность арбитражных и национальных судов играет важную роль в процессе имплементации норм *lex mercatoria*.

Одним из главных имплементаторов *lex mercatoria* являются арбитражные суды, так как обладают большей свободой, нежели национальные суды, относительно применения норм *lex mercatoria*. Свидетельством действительного существования *lex mercatoria* является практическое применение его норм арбитражными судами.

Важным вопросом является также вопрос о том, помогает ли нам предполагаемая теоретическая модель *lex mercatoria* в виде транснационального коммерческого права решить практические вопросы применения норм *lex mercatoria*. С точки зрения сторон международного торгового договора, *lex mercatoria* выступает в качестве «нейтрального права» и служит некой альтернативой национальному законодательству.

Как показывает арбитражная практика, весьма сложным и противоречивым вопросом является также вопрос о том, при каких обстоятельствах арбитражный суд может применять нормы *lex mercatoria* для разрешения конфликта. Сложности возникают во-первых, из-за трудностей установления юридической сущности *lex*

mercatoria и во-вторых, статус коллизионных правил в арбитраже остается неурегулированным.

Традиционное разрешение споров на основе коллизионных правил, которые приводят к применению внутреннего национального законодательства, основанного на механическом концептуальном обосновании, в настоящее время считается неадекватным в контексте арбитража. Главная составляющая критики заключается в том, что данные традиционные правила не могут обеспечить определенность и предсказуемость для международного делового сообщества.

Рассмотрим условия, при которых применение норм lex mercatoria становится возможным.

*1. Выбор lex mercatoria в качестве применимого права в международном коммерческом договоре (прямая ссылка на lex mercatoria).*

В последнее время, широко признано как в научной юридической литературе, так и в арбитражной практике, что стороны свободно выбрать не только право конкретной страны для применения к их договорным правоотношениям, но также и нормы ненационального характера. Данная свобода выражена во многих законах об арбитраже и правилах институциональных арбитражей посредством закрепления термина «норма права» (rules of law). При рассмотрении дела национальным судом указанная возможность не предусмотрена. Таким образом, стороны могут сделать прямую ссылку в договоре о применении lex mercatoria к их договорным правоотношениям,<sup>1</sup> поскольку lex mercatoria представляет из себя совокупность общих принципов права, общие для всех цивилизованных стран, нет никаких оснований отрицать его применимость в качестве права, регулирующего договор. Этот подход был подтвержден прецедентным правом. В вышеуказанном случае стороны международного коммерческого договора предусматривают в договоре ссылку на нормы lex mercatoria, тем самым, выражая свою волю не применять право конкретного

---

<sup>1</sup>Հովհաննիսյան Վ. Վ. Առևտրային արբիտրաժը Հայաստանի Հանրապետությունում. Գիրք. ԵՊՀ հրատարակչություն, 2011. 199 էջ.

государства. Как показывает практика, участники международной торговли все чаще выбирают *lex mercatoria* как право, регулирующее договор.<sup>1</sup>

Сравнительный анализ статей армянского законодательства позволяет выделить указанную возможность. Так в статье 1284 ГК РА указывается правовая категория «*право страны*», а в статье 28 закона РА «О коммерческом арбитраже» указывается - «*норма права*». Аналогичные статьи можно найти, например, в Арбитражном акте Англии 1996 г. (статья 46), в федеральном законе Швейцарии о международном частном праве (статья 187), в Арбитражном биле Шотландии 2009 г. (часть 6), а также в Гражданско-процессуальном кодексе Германии (секция 1051). Схожие статьи можно также найти и в статье 17 Арбитражного регламента МТП 1998 г. и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г., в частности, в пункте 1 статьи 28 указывается, что арбитражный суд разрешает спор в соответствии с такими *нормами права*, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Как отмечается в комментариях к Типовому закону: «с наличием ссылки на выбор «норм права» вместо «права», Типовой закон обеспечивает расширение возможностей выбора сторон в том, что касается определения права, применимого к существу спора, поскольку они могут, например, договориться о нормах права, которые были разработаны международным форумом, но пока еще не включены ни в какую национальную правовую систему».<sup>2</sup>

Следует отметить, что в одном из 130 «Trans-Lex» принципов есть принцип XIII.4.1 «Правила, применимые к существу; Решение на основе принципов справедливости», который устанавливает: «Арбитражный суд разрешает спор в соответствии с такими *нормами права*, которые выбрали стороны в качестве применимых к существу спора. Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться, если иное не выражено, как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным

---

<sup>1</sup> Lando O. "The law applicable to the merits of the dispute", in: Lew (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration", (1987), С. 104.

<sup>2</sup> Комментарии к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985г. Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже United Nations publications. Sales No R.95. V.18. P. 27



нормам».<sup>1</sup> В комментариях к данному принципу устанавливается, что использование в тексте указанного принципа термина «норма права» вместо «право», позволяет сторонам не ограничиваться внутренним (национальным) правом. Стороны могут также выбрать транснациональное коммерческое право (*lex mercatoria*, общие принципы права).<sup>2</sup>

Данной позиции придерживаются многие юристы. Так, например, Л. Аренас утверждает, что юридическая категория «норма права» включает в себя также нормы *lex mercatoria*,<sup>3</sup> также О. Ландо отмечает, что стороны в данном случае могут выбрать в качестве применимого права транснациональное право и арбитры всегда предпочтение дают именно ненациональному праву.<sup>4</sup> Также отмечает «большой частью было признано в международно-правовой доктрине и арбитражной практике, что слова «нормы права», показывают, что арбитры могут применить транснациональные правовые принципы, такие как *lex mercatoria*».<sup>5</sup>

Канашевский В.А. в свою очередь отмечает, что в силу международных договоров и национального законодательства в определении применимого права к спору и в толковании самого термина «право» и «нормы права» в практике арбитражей имеются значительные отличия от подходов государственных судов.<sup>6</sup> При этом автор указывает, что использованный в ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ термин «нормы права» означает возможность сторон выбрать в качестве применимого «не только право в его обычном смысле, т.е. нормы, составляющие часть национальной правовой системы, но также и правовые нормы, разработанные на международном уровне», например «содержащиеся в конвенциях или аналогичных юридических актах... даже если они не приобрели обязательной силы в качестве права определенного

---

<sup>1</sup> Электронный ресурс: <http://www.trans-lex.org/970020> (Дата последнего обращения 02.06.2018).

<sup>2</sup> Commentary to Trans-Lex Principle, Электронный ресурс: <http://www.trans-lex.org/970020> (Дата последнего обращения 02.06.2018).

<sup>3</sup> Arenas L.C. Good faith in the *lex mercatoria*: an analysis of arbitral practice and major western legal systems. Thesis. University of Portsmouth. 2011. С. 25, 42.

<sup>4</sup> Lando O. The Law Applicable to the Merits of the Dispute, in: Sarcevic (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Boston, London 1991. С. 6, 24, 26.

<sup>5</sup> Howarth R. J. "Lex Mercatoria: can general principles of law govern international commercial contracts?" *CanterLawRw* 2; (2004) 10 *Canterbury Law Review*. С. 36

<sup>6</sup> Канашевский В.А. Указ. соч. С.106

государства».<sup>1</sup> Такой подход является преобладающим в современной российской литературе.

Как отмечается в официальном комментарии к преамбуле Принципов УНИДРУА, «наблюдается все возрастающая тенденция разрешать сторонам согласовывать «правовые нормы», не являющиеся нормами какого-либо национального права, на котором арбитры должны основывать свое решение». В частности, это предусмотрено п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. и п. 1 ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г. И далее: «Руководствуясь этим подходом, стороны свободны выбирать Принципы в качестве «правовых норм», в соответствии с которыми арбитраж будет рассматривать спор с тем, что Принципы будут применяться, исключая какое-либо национальное право», не затрагивая применение лишь свехимперативных норм международного частного права (ст. 1.4 Принципов).<sup>2</sup>

Регламенты многих международных арбитражей позволяют применять *lex mercatoria* к спорам, в числе которых следует указать Международный арбитражный суд в Лондоне, Итальянскую арбитражную ассоциацию и Нидерландский арбитражный институт. МТП в Париже широко известна своей активностью в использовании *lex mercatoria* при решении конкретных дел. Арбитражные правила Австралийского центра международного коммерческого арбитража (Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA) Arbitration Rules) также предусматривают возможность вынесения арбитражным трибуналом решения на основе выбранного сторонами «нормы права» (статья 34). Арбитражные правила ВОИС (Всемирная организация интеллектуальной собственности) (WIPO Arbitration Rules) в статье 59 также предусматривают возможность вынесения арбитражного решения на основе права или нормы права, избранного сторонами. Арбитражные правила Немецкого института арбитраж 1998 года (DIS Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration) в статье 23, Арбитражные правила Швейцарии 2006 года (Swiss Rules of International Arbitration) в статье 33, а также Арбитражные правила 2010 года Арбитражной палаты

---

<sup>1</sup> Там же.

<sup>2</sup> Там же.

Милана (Camera Arbitrale di Milano - Arbitration Rules) в статье 3 предусматривают указанную возможность.

В перечисленных регламентах отразилась эволюция статуса международного арбитража, который становится намного обособленным от всех национальных законов. В настоящее время арбитраж более свободен в выборе права, который он посчитает возможным применить. Арбитражная практика свидетельствует, что зачастую в качестве права арбитры сознательно применяют также некую независимую совокупность юридических норм, а именно нормы *lex mercatoria*. В юридической доктрине вышеописанный процесс принято назвать процесс делокализации, т.е. обособление международного коммерческого арбитража от национального законодательства места проведения арбитража, включая его международное частное право и процессуальные нормы. И как результат процесса делокализации, возрос интерес международных арбитров к теории транснационального торгового права и более активному использованию его источников.<sup>1</sup>

Примером может служить решение МКАС при ТПП РФ по делу № 11/2002. Так в данном деле стороны в договоре установили: «все споры, разногласия и требования, возникающие из настоящего Договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его толкования, исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению на основе общих принципов права (*lex mercatoria*) в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово - промышленной палате Российской Федерации, г. Москва, в соответствии с его Регламентом».<sup>2</sup> Арбитражный суд в своем решении установил: «в соответствии со ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» при вынесении решения МКАС при ТПП РФ руководствуется нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. В Договоре стороны указали, что споры из данного Договора подлежат разрешению на основе общих принципов права *lex mercatoria* и все условия, не предусмотренные указанным Договором, «регулируются законодательством Германии и Российской Федерации». Поскольку последнее положение означает, что сторонами не осуществлен выбор права конкретного государства и принимая во

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 159

<sup>2</sup> Электронный ресурс, URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=16451> (дата последнего обращения 30.04.2018)

внимание, что для разрешения данного спора с учетом обстоятельств дела достаточно использования общих принципов *lex mercatoria* и условий договора, заключенного сторонами, состав арбитража решил руководствоваться Принципами международных коммерческих договоров УНИДРУА и условиями Договора сторон».<sup>1</sup> Как видим, стороны сделали прямой выбор и избрали в качестве применимого права «общие принципы права *lex mercatoria*». Можно встретить множество арбитражных решений, где для регулирования международных договорных отношений сторонами контракта осуществлена оговорка о применении того или иного источника.

Однако, зачастую, когда стороны международного торгового договора желают избежать применение норм национального законодательства в случае спора, они редко закрепляют в договоре оговорку с термином *lex mercatoria*. Чаще они закрепляют клаузу со ссылкой на обычаи международной торговли, общие принципы права или транснациональное право и т. п. Данная договорная клауза позволяет арбитражу применить нормы *lex mercatoria*.

В отличие от национального суда, арбитражный суд, как правило, не обязан следовать правилам права определенной страны. Арбитр не вынужден применять *lex fori*, закон места нахождения арбитражного суда. Также поскольку арбитр не связан правилами коллизионного права определенного государства, он должен действовать в соответствии с общим намерением сторон.

Следует указать, что выбор сторон всегда соблюдается арбитрами при рассмотрении вопроса применения норм *lex mercatoria*. Применение права, выбранного сторонами, никогда не отвергалось по основаниям неполноты или непригодности, неприемлемости или тому подобное. Указанное исходит из принципа автономии воли сторон при выборе применимого права (*lex voluntatis*), так как большинство национальных законодательств предусматривают данный основополагающий принцип МЧП. Принцип *lex voluntatis* играет весьма важную роль в международном коммерческом арбитраже. Они могут свободно решать, какое национальное законодательство следует применять, исключать все национальные законы и разрешать арбитрам основывать свое решение на *lex mercatoria* или транснациональном праве, общих принципов права и т. п., или действовать в качестве дружеского посредника.

---

<sup>1</sup> Там же.

## *2. Отсутствие выбора сторон применимого права в международном коммерческом договоре.*

Весьма сложным вопросом в МЧП является также вопрос установления применимого права, когда отсутствует клауза сторон о выбранном применимом праве в договоре. Арбитры ограничены под воздействием требования того, что они должны служить ожиданиям сторон посредством принятия, насколько это возможно, нейтрального решения о применимом праве. Одним из аспектов этого требования является нейтральность применимого материального права. Арбитражная практика свидетельствует о том, что применение арбитрами национального права одной из сторон при отсутствии оговорки о применимом праве, зачастую рассматривается как предвзятое отношение со стороны арбитров. Указанные трудности призваны урегулировать *lex mercatoria*, выступающего в качестве нейтрального и альтернативного регулятора международных торговых отношений.

В указанном случае арбитраж будет рассматривать отсутствие клаузы о выбранном праве как желание сторон не подчинять свои договорные правоотношения праву конкретного государства, так как если бы стороны имели намерение подчинить договор нормам права конкретного государства, то такая оговорка была бы предусмотрена сторонами. Причиной этому могут быть разные, например, стороны не могут достичь согласия о выборе применимого права, так как каждая сторона желает выбрать свое «родное» право, или, например, предполагаемое применимое право настолько неразвито, что оно неспособно предоставить решение рассматриваемого вопроса. С указанной проблемой сталкиваются в исламских странах, где право преимущественно носит религиозный характер, и для сторон практичнее установить положение о том, что их договор будет регулироваться общими принципами права или международными торговыми обычаями.

Возможность для арбитров применять ненациональный закон в отсутствие воли сторон становится совершенно ясной в решении МТП No. 1641/1969, где арбитр установил, что стороны не указали национальный закон, который они хотят применять к своим отношениям или спорам или переписке. Делая это, они недвусмысленно

уполномочили арбитра применять нормы права и, в их отсутствие, коммерческие обычаи, касающиеся толкования их обязательств.

В том случае, если сторонами не осуществлен выбор применимого права и не закреплена соответствующая клауза в договоре, международный коммерческий арбитраж должен соответственно установить применимое право. Для установления применимого права арбитрами выделяют несколько подходов. *Первый* - применение коллизионного метода для установления применимого права. В указанном случае практика выделяет два варианта действий арбитража: первый - применение коллизионных норм, которые арбитры сочтут применимыми. Данный подход можно найти в статье 28 закона РА «О коммерческом арбитраже», где указывается, что при отсутствии какого-либо указания сторон арбитраж применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он посчитает применимыми. Аналогичное положение можно найти и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 года. Практика свидетельствует, что наиболее часто арбитры применяют в указанных случаях коллизионный принцип наиболее тесной связи.<sup>1</sup> *Второй* подход - использование норм страны места проведения арбитража или *lex fori*, если отсутствует соглашение сторон о применимом праве.<sup>2</sup>

Последний подход определения применимого права заключается в том, что арбитраж разрешает спор на основании тех норм, которые наиболее тесно связаны со спором, включая нормы *lex mercatoria* или на основе норм, которые он сочтет применимыми.<sup>3</sup> Т.е. происходит отказ арбитража от применения коллизионного метода.

Арбитражная практика уже давно следует последней позиции. Так в деле № 9419<sup>4</sup>, рассмотренное МТП, где стороны также не установили в договоре применимое право. Истец утверждал, что в отсутствие какой-либо ссылки на конкретный

---

<sup>1</sup> Лапшина А.С. К вопросу о праве, применимом международным коммерческим арбитражем. Сибирский юридический вестник. № 1(52). 2011. С.145.

<sup>2</sup> Лапшина А.С. Указ. соч. С. 146

<sup>3</sup> Commentary to Trans-Lex Principle. Электронный ресурс, URL: <http://www.trans-lex.org/970020> (дата последнего обращения 30.04.2018)

<sup>4</sup> Электронный ресурс, URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=664&step=FullText> (дата последнего обращения 15.06.2018)

национальный закон, требования основаны на общепризнанных принципах международной торговли, позволяя арбитру вынести свое решение на основе так называемого *lex mercatoria*, кодифицированные нормы которого можно встретить в Принципах УНИДРУА. Арбитр, в свою очередь, в решении отметил, что во время отсутствия прямого выбора сторон применимого права, арбитр не может выбрать применимое право прямым образом, а должен на основе коллизионных норм установить право, которое, по его мнению, является наиболее подходящим. Далее арбитр заметил, действуя таким образом он выполняет свой долг и что в данном случае необходимо установить подходящую правовую систему, которая должна применяться, и таким образом, применить право конкретного государства.

В выше рассмотренном деле МТП № 7375<sup>1</sup> рассматривался спор между участниками из Ирана и США. В данном деле стороны также не выбрали применимое право, арбитраж должен был определить применимое право. Арбитр осуществил объективный анализ применимого права и решил применить привязку наиболее тесной связи и установил, что договор наиболее тесно связан с правом США, исходя из различных факторов, среди которых место существенного исполнения и центр тяжести договора. После данного анализа арбитр осуществил также и субъективный анализ. Арбитр установил, что кроме прямо выраженного выбора сторон и объективно применимого права, есть также и третий подход - подразумеваемое намерение сторон относительно применимого права. И в качестве субъективного анализа арбитры изучили, так сказать, «подразумеваемый отрицательный выбор». В результате, арбитр стоял перед выбором трех подходов: выбор третьего независимого национального правопорядка, выбор норм, свойственных правопорядкам двух сторон и последний подход, выбор ненационального права и общих принципов права. После глубокого изучения, арбитры пришли к решению применить третий подход как наиболее удовлетворительный и объективный для обеих сторон. В данном деле наглядно было представлено, что если арбитр является энтузиастом по отношению к доктрине *lex*

---

<sup>1</sup>Электронный ресурс, URL:<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=625&step=FullText> (дата последнего обращения 15.06.2018)

mercatoria и если последняя предлагает решение делу, арбитры найдут способ применить его нормы.

В другом деле МТП № 9875<sup>1</sup> арбитражный трибунал также должен был установить применимое право в отсутствие воли сторон. Спор касался относительно патентного лицензионного соглашения между французским и японским сторонами. Обе стороны настаивали на применение своего национального права. Трибунал рассмотрел положения договора, включая такие факторы, как территория продажи и валюта платежа. В нем также обсуждалось место решающего исполнения договора и географический охват лицензированных прав. Указанные факторы не приводили к французскому законодательству, но устраняли также и японское законодательство. Арбитраж установил неадекватность применения ни право Франции, ни право Японии, указывая, что договор лицензирования в различных частях мира будет не целесообразно регулировать правом одного из сторон в отсутствие соглашения сторон о таком выборе. И как результат, арбитражный трибунал установил в решении, что самыми подходящими нормами права, которые должны быть применимы к данному спору, являются нормы *lex mercatoria*.

Анализируя вышеуказанные арбитражные решения, можно смело установить, что различные трибуналы по-разному интерпретируют коллизионный правила в зависимости от их отношения к доктрине *lex mercatoria*. Поэтому необходимо обеспечить больше предсказуемости в процессе применения *lex mercatoria*. Это может быть достигнуто путем поиска определенных индикаторов, факторов или действительно связующих факторов, которые установят связь между сделкой и *lex mercatoria*. Анализируя вышеописанные арбитражные решения, можно выделить следующие факторы:

- характер самих сторон: являются ли государственным образованием или частным лицом;
- свойство или сущность сделки; его международный характер;
- предмет или сложность сделки;

---

<sup>1</sup> Электронный ресурс, URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=675&step=FullText> (дата последнего обращения 15.06.2018)



- условия договора сторон;
- предполагаемое намерение сторон.

Применение норм *lex mercatoria* в отсутствие прямого указания сторон, следует интерпретировать как реализацию намерения сторон вывести свой договор из области регулирования законодательством конкретного государства.

3. *Применение lex mercatoria вместе с национальным законодательством и международными нормами.*

На сегодняшний день главным способом регулирования международных торговых отношений остается все-таки коллизионный способ, который порой является весьма затруднительным и емким. Национальные правовые системы порой обладают пробелами как в части материально-правовой, так и в части коллизионно-правовой в связи с тем, что международные торговые отношения развиваются достаточно динамично и национальное законодательство не успевает создать благоприятные условия для своевременного регулирования данных отношений. В этом случае арбитры применяют нормы *lex mercatoria* для устранения пробелов национального законодательства, а также международных конвенций, соглашений, интерпретации, толковании договорных условий, а также толкование, дополнение положений, закрепленных в праве конкретной страны, в соответствии с целями международной торговли.<sup>1</sup>

*Lex mercatoria* также часто применяется для толкования международных коммерческих договоров. Примерами могут служить решения № 8769 1999г. и № 8908 1998г., вынесенные арбитражными судами при МТП, в которых было установлено, что при принятии решения по существу дела, арбитражный трибунал в дополнение к соответствующим положениям Гражданского кодекса Италии, неоднократно ссылаясь на положения, содержащиеся в Принципах УНИДРУА, определяя их как «нормативные тексты, которые могут считаться полезными в интерпретация всех договоров международного характера».<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Зарубина Н. П., Пустельникова Н. О. *Lex mercatoria* как внесударственное регулирование трансграничных сделок. Электронное научное издание «Ученые заметки ТОГУ» 2014, Том 5, № 4. С. 879

<sup>2</sup> Электронный ресурс, URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=663&step=Abstract> (дата последнего обращения 30.04.2018)

Можно встретить много случаев, когда нормы *lex mercatoria* применяются для восполнения пробелов в международных конвенциях, в частности, Венской конвенции. Так в арбитражном деле 2004г. по делу N 100/2002 МКАС арбитры установили, что к спору между сторонами применимы в первую очередь положения указанной Конвенции и дополнительно российское законодательство. Однако в ходе дела МКАС констатировал, что поскольку не существует ставки банковского процента в индийских рупиях в России, т.е. в месте нахождения кредитора, состав арбитража учел принятую для таких случаев международную практику, нашедшую отражение в Принципах УНИДРУА 1994 г. (п. 2. ст. 7.4.9), согласно которой «размер процентов годовых должен составлять среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, превалирующую в отношении валюты платежа в месте платежа, либо, если такая ставка отсутствует в этом месте, то такую же ставку в государстве валюты платежа».<sup>1</sup>

В деле № ARB/84/3 *Southern Pacific Properties v. Arab Republic of Egypt* Международного центра по урегулированию инвестиционных споров арбитры применили *lex mercatoria*, обосновывая тем, что закон, выбранный сторонами, а именно египетский закон, умалчивает об отправной точке для начисления процентов.<sup>2</sup> Данный подход был выражен также в деле МТП № 5030/1992. Многие ученые отвергают данную позицию, утверждая, что для арбитра решающим должна быть воля сторон и сам контракт, а при неприменении арбитрами должного выбранного применимого права, стороны могут остаться неудовлетворенными.

Отмечается, что применение транснационального права, а именно *lex mercatoria*, вместо выбранного сторонами применимого национального права может стать основанием для отмены арбитражного решения, в частности приведения в исполнение. Некоторые арбитры, учитывая такую возможность, отвергли применение транснациональных правил, когда стороны конкретно установили применимое национальное право.

---

<sup>1</sup>Электронный ресурс, URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=515> (дата последнего обращения 30.04.2018)

<sup>2</sup> Lopez Rodriges A.M. Указ.соч. С. 118

Так, например, в арбитражном решении № МТП 4237/1984, который касался договора купли-продажи товаров между ганской и сирийской сторонами, единоличный арбитр отвергнул применение *lex mercatoria* в качестве «надлежащего права, регулирующего спор». Он охарактеризовал так: «... как утверждается в литературе, международные арбитражные суды должны по мере возможности применить *lex mercatoria*, оставляя в стороне тот факт, что его содержание однозначно определить не всегда, возможно и тот факт, что ни одна из сторон не утверждает о применении *lex mercatoria*. Скорее всего, каждая сторона усиленно доказывает на основе своего национального законодательства, т.е. на основе сирийского и ганского/английского права. Соответственно, арбитр должен придерживаться подразумеваемого желания сторон применять национальное законодательство».<sup>1</sup>

Как указывается многими авторами, даже если нет четкого намерения сторон подчинить свой договор какому-либо конкретному праву страны, арбитры должны сначала попытаться установить применимое право либо путем определения «центра тяжести» договора, либо путем сравнения всех связанных коллизионных правовых систем, либо путем анализа материального содержания национальных правовых систем, относящихся к спору. Только когда эти три альтернативы будут исчерпаны, арбитры могут прибегнуть к применению транснационального торгового права. Тем не менее, в некоторых областях права, например, перестрахование, лизинг, подрядные работы, контрактные гарантии и т.д., национальное законодательство редко содержит решение некоторых вопросов. Здесь непосредственно применение транснациональных правил может быть более подходящим для интересов сторон, чем прибегать к коллизионным нормам и национальному законодательству. Однако некоторые арбитражные решения были вынесены на основе транснациональных правил при отсутствии воли сторон о применимом праве.

Например, в решении МТП № 2375/1975, 239 относительно преддоговорных обязательств между французской компанией, с одной стороны, и испанской и багамской компании на другой, арбитры установили, что спор должен был быть решен в соответствии с общими принципами права и международными торговыми обычаями

---

<sup>1</sup> Там же.

и обыкновениями. Наконец, в известном решении МТП № 5953/1989, относительно контракта на поставку угля между американской и испанской компаниями, арбитр решил, что в отсутствии выбора сторонами права, спор должен быть решен в соответствии с «обычаями международной торговли, иначе известными как *lex mercatoria*».<sup>1</sup>

Согласно исследованиям, проведенным в Армении, институциональным арбитражным судом при организации «ЭйДиАр Партнерс» в деле, рассмотренной 2015г. о регистрации домена, который включал в себя товарный знак другой организации, арбитражный трибунал помимо национального законодательства РА в сфере интеллектуальной собственности, применил также принятые в этой области обычаи международно оборота.

4. *Применение lex mercatoria арбитрами, уполномоченными сторонами выступать в качестве amiable compositeur или выносить решение на основе принципа справедливости (ex aequo et bono).*

Следующее условие, при котором возможно применение *lex mercatoria* для регулирования международных торговых отношений и разрешения вытекающих из него споров, это рассмотрение арбитрами дел в качестве «дружеских посредников» (*amiable compositeurs*) или разрешение споров «по справедливости» (*ex aequo et bono*). Во время рассмотрения спора на основе принципа справедливости арбитры не ограничиваются применением законодательства определенного государства, но также могут выносить решение на основе экстра-правовой нормы.<sup>2</sup> В вышеуказанном случае арбитры могут применять также и *lex mercatoria*.

Арбитры в основном обязаны принимать решения в соответствии с применимым материальным правом. Однако большинство *lex arbitri* допускают принятие решений в соответствии с принципами справедливости (*ex aequo et bono*) или возможность для арбитров разрешать спор и принимать решения в качестве дружеского посредника (*amiable compositeur*). Рассмотрение арбитрами дела на основе *amiable compositeur* или в соответствии с принципом *ex aequo et bono* не означает одно и то же. В юридической

---

<sup>1</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ.соч. С. 120

<sup>2</sup> Schreuer C. Decisions *ex aequo et bono* under the ICSID Convention. 11(1) ICSID Rev. Foreign Investment Law Journal 37.1996. С. 62-63

теории, хотя эти методы принятия решений являются двумя разными понятиями, на практике они сталкиваются друг с другом, и иногда их сложно отличить друг от друга. Тем не менее, они могут быть определены как два отдельных подхода, как следует из иностранных и международных правил и стандартов, регулирующих их.

Согласно законодательству многих стран, включая и армянское законодательство (ч. 3 статьи 28 закона РА «О коммерческом арбитраже»), рассмотрение и принятие решения в качестве дружеского посредника - процедура, когда арбитры напрямую уполномочены сторонами спора принимать решения в соответствии с законом и правовыми принципами, но они имеют право модифицировать последствия применения конкретных правовых норм. Принцип справедливости является лишь одним из аспектов такого принятия решений. Эту концепцию можно охарактеризовать как процесс поиска права и справедливости, чтобы найти справедливое и возможное решение. В международной практике принятие решений на основе *ex aequo et bono* рассматривается в домене принципов морали и справедливости, и акцент делается на субъективном чувстве справедливости арбитра.

Для целей принятия решений в соответствии с принципами справедливости не имеет значения, является ли спор международным или внутренним. Однако такой подход не должен нарушать рамки принципов правовой системы и социального порядка в месте осуществления судебного разбирательства, т. е. он не должен превышать пределы общественного порядка (*ordre public*).

Полномочия принимать решения в соответствии с принципами справедливости могут быть делегированы сторонами арбитрам непосредственно в арбитражном соглашении (арбитражной оговорке) или в соответствии с соглашением, достигнутым сторонами в любое время в ходе арбитражного разбирательства до вынесения арбитражного решения.

Включение в контракт оговорки о дружеском посреднике дает арбитрам большую свободу. Он может принимать арбитражное решение на своих личных убеждениях и соображениях. Следовательно, если арбитр считает, что *lex mercatoria* применима к спору или будет лучше служить интересам сторон, он может

применить его. Поэтому введение в предложение вышеуказанной оговорки логически позволяет арбитражу применять *lex mercatoria*.

Анализируя вышеуказанное, становится очевидным, что возможность применения норм *lex mercatoria* предусматривается только в международном коммерческом арбитраже, так как при принятии решения о выборе применимого права является более не зависящим от права какого-либо государства. В целом практика применения *lex mercatoria* получила наибольшее распространение именно среди международных коммерческих арбитражей, что и дает повод считать их главным имплементатором норм *lex mercatoria*.

В РА арбитражная практика настолько незначительна, что не позволяет определить практику применения норм *lex mercatoria*. Некоторые армянские авторы утверждают, что возможность применения норм *lex mercatoria* весьма ограничена, так как сперва арбитр должен определить применимое право на основе коллизионных норм и уже потом на основе этого права определить возможность использования какого-либо источника *lex mercatoria*.

Следует отметить, что признание и принятие основополагающих принципов *lex mercatoria* были очень эффективными и полезными для развития международного коммерческого арбитража.<sup>1</sup> Инновации были настолько эффективными, что даже представители исламского арбитража утверждают, что *lex mercatoria* и исламское право полностью совместимы.<sup>2</sup>

На сегодняшний день имеется значительное число арбитражных решений, вынесенных на основе норм *lex mercatoria*. Процесс обзора арбитражных решений в целом осложнен тем фактом, что не все арбитражные решения публикуются и если публикуются, то определенная часть решения публикуется. Это связано, главным образом, с особенностью арбитражного процесса, который осуществляется в строгом соответствии с принципом конфиденциальности.

Рассмотрим наиболее известные из этих решений. Вначале целесообразно обратиться к тем арбитражным решениям, которые были вынесены на основе такого

---

<sup>1</sup> Հովհաննիսյան Վ. Վ. Առևտրային արբիտրաժը Հայաստանի Հանրապետությունում. Գիրք. ԵՊՀ հրատարակչություն, 2011. 200 էջ.

<sup>2</sup> Там же.

важного источника *lex mercatoria*, как общие принципы права, поскольку эти решения стали известны в арбитражной практике еще до появления самой теории *lex mercatoria*.

Одним из примечательных и первых таких арбитражных решений, было решение по делу английской компании *Lena Goldfelds Ltd* против Правительства СССР в 1930 году.<sup>1</sup> Для рассмотрения дела был учрежден арбитражный суд в составе трех судей: по одному от каждой стороны концессионного соглашения и одного супер арбитра. Перед началом арбитражного разбирательства советская сторона отозвала своего арбитра, и решение было вынесено двумя оставшимися арбитрами.

Предметом спора было заявление английской компании относительно нарушения советской стороной своих обязательств по концессионному соглашению и требование адекватной компенсации. В соответствии со ст. 89 концессионного соглашения, «стороны основывают свои отношения ... на принципах доброй воли и добросовестности, также как на разумном толковании положений настоящего соглашения». Перед арбитражным судом стояла задача определить право, применимое к договору о концессии, предоставленной Правительством СССР английской компании. В результате рассмотрения данного дела арбитраж применил не право Англии или СССР, а общие принципы права, выделив из них путем сравнительного анализа такой принцип, как запрет неосновательного обогащения (*Enrichissement sans cause*). Вначале советская сторона отказалась от выполнения вынесенного решения, однако позднее, после переговоров, согласилась на выплату компенсации английской компании.<sup>2</sup>

В следующем деле между Кувейтом и американской компанией *American Independent Oil Company* в центре внимания находился вопрос о компенсации в связи с национализацией Кувейтом имущества этой американской компании в нарушение концессионного соглашения. В соответствии с концессионным соглашением, размер компенсации должен был определить арбитраж, а в ст. III (2) говорилось о том, что «право, регулирующее существенные вопросы между сторонами, будет определяться с учетом ... транснационального характера их отношений, а также принципов права и

---

<sup>1</sup> Nussbaum A. Arbitration Between the *Lena Goldfelds Ltd.* and the Soviet Government. 36 *Cornell L. Rev.* 31 (1950). Электронный ресурс: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol36/iss1/2> (дата последнего обращения 02.06.2018)

<sup>2</sup> Там же.

практики, преобладающих в современном мире». Исходя из этой статьи концессионного соглашения, арбитражный суд в своем решении от 24 марта 1982 г. воспользовался общими принципами права в качестве элемента транснационального права.<sup>1</sup>

В другом деле, рассмотренном МТП в Швейцарии (дело № 3267), выбор сторонами *lex mercatoria* был подкреплён ссылкой на национальное право, что подчеркнуло общее между этими системами права. Речь шла о споре между мексиканской и бельгийской компаниями. Стороны выбрали в качестве применимого права «общие принципы коммерческого права». Арбитрам пришлось заняться исследованием узкого вопроса о различии между заранее определенными оценочными убытками и фактическими убытками. В конечном итоге они постановили: «Хотя данному арбитражу не заявлено, что положениям некоей конкретной правовой системы следовало бы оказывать заметное влияние на спор, который арбитрам, действующим как *amiable compositeurs*, можно разрешать в соответствии с общим правом договоров, стоит упомянуть, что этот метод компенсации убытков приемлем также и с точки зрения бельгийского права (ст. 1152 Гражданского кодекса Бельгии)».<sup>2</sup>

Рассмотрим теперь другие арбитражные решения, в которых тем или иным образом фигурируют источники *lex mercatoria*.

В деле № 2291 МТП, арбитражный суд прямо применил *lex mercatoria*. Арбитражный суд пересмотрел тарифы на грузовые перевозки на основе принципа применил *lex mercatoria rebus sic stantibus*,<sup>3</sup> в соответствии с которым при осуществлении международных коммерческих сделок должен существовать баланс между взаимными обязательствами сторон. Тем не менее, суд применил этот принцип только в отношении товаров, которые не были указаны на момент заключения договора. Для регулирования вопросов перевозки товаров, которые были на момент заключения договора арбитражный суд применил также и Французское право. Как

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С.168

<sup>2</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С.171

<sup>3</sup> «Неизменность обстоятельств» (юридическая формула, выражающая международно-правовой обычай, в соответствии с которым коренное изменение обстоятельств по сравнению с существовавшими в момент заключения международного договора может служить основанием для прекращения действия такого договора или выхода из него).



видим, в данном случае дополнительно с французским правом применил также нормы *lex mercatoria*. Однако в той части, где *lex mercatoria* противоречило нормам национального права, последнее преобладало.<sup>1</sup>

В другом деле МТП № 3540, арбитры должны были разрешить спор между французской компанией и югославским субподрядчиком. В данном деле арбитры, выступавшие в качестве дружеского посредника, непосредственно применили *lex mercatoria*, но в определенных пределах.<sup>2</sup> Они считали необходимым исследовать вопрос, «будет ли решение, принятое на основе *lex mercatoria* и использования максимы *pacata sunt servanda*, оставляя в стороне международный публичный порядок, существенно отличаться от решения, принятого на основе национального права».

Это дело было возбуждено в Швейцарии французским предпринимателем против югославского субподрядчика в связи с неисполнением последним договора о строительстве в России. Хотя в договоре содержалась оговорка, дававшая право арбитрам действовать в качестве «дружеских посредников», арбитры вначале попытались определить национальное право, применимое к договору. В первую очередь они обратились к коллизионным нормам Швейцарии как места проведения арбитража (*lex loci arbitri*). Согласно коллизионному праву Швейцарии, применимым правом оказался закон места обычного пребывания субподрядчика, т.е. закон Югославии.<sup>3</sup> Однако арбитры пришли к выводу, что стороны не намеревались применять югославский закон, и обратились к коллизионному праву Франции, из которого выяснилось, что законом, применимым к сделкам подобного рода, является закон России как места нахождения недвижимости, являющейся объектом сделки. Далее арбитры решили, что стороны не намеревались применять и российское право. Поскольку коллизионные нормы привели к противоречивым результатам, арбитры, опираясь на доктринальные источники, применили *lex mercatoria*, а именно «генеральные и общие правовые принципы».<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> De Ly F. Указ. соч. С.263.

<sup>2</sup> De Ly F. Указ. соч. С.264

<sup>3</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 169

<sup>4</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 170

В деле *Pabalk Ticaret v. Ugilor/Norsolor* арбитры вместо выбора между двумя национальными правопорядками непосредственно применили *lex mercatoria*. Это решение было обжаловано в Австрии и Франции. В Австрии на том основании, что арбитражный суд якобы превысил свои полномочия и что его решение нарушило императивные нормы австрийского законодательства. Тем не менее, австрийский суд пришел к заключению, что решение арбитражного суда, основанное на применении принципа справедливости (*equity*), не связано с превышением полномочий и что использование принципа справедливости не противоречит нормам права Австрии. Во Франции Кассационный суд также поддержал решение арбитражного суда.<sup>1</sup>

Некоторые решения МТП интерпретируют выбор сторон как неявную ссылку на *lex mercatoria*. Например, в решении МТП № 8365/1996 относительно договора банковской гарантии, который был заключен между немецким и испанским банком, арбитры интерпретировали намерение сторон подчинить контракт «международному праву» как «подразумеваемый выбор применимого права, включающей международные торговые обычаи и общие принципы права (*lex mercatoria*)».<sup>2</sup> Однако подобная оговорка была игнорирована единоличным арбитром, рассматривавшим спор во Франции в деле МТП № 7319/1992 между французской и ирландской сторонами. Стороны договорились, что «соглашение должно быть истолковано в соответствии с и регулироваться законами и правилами, применимыми к членам Европейского экономического сообщества». Арбитр, тем не менее, постановил, что стороны не осуществили правильный выбор права, поскольку соглашение сторон не может быть истолковано как «подразумеваемая ссылка на какие-то смутные международные правовые или торговые принципы» и применил ирландский закон, как закон привычного места деятельности, имеющего решающее значение.<sup>3</sup>

Обратим внимание на использование в международной арбитражной практике другого немаловажного источника *lex mercatoria*, как Принципы УНИДРУА.

В основе другого дела № 8261, также рассматривавшегося Международным арбитражным судом при МТП в 1996 г., лежал контракт, заключенный между

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 169

<sup>2</sup> Lopez Rodriguez A.M. Указ. соч. С. 115

<sup>3</sup> Там же.

итальянской компанией и правительственным агентством одного из ближневосточных государств, причем в самом контракте не содержалось ссылки на какое-либо национальное право, а каждая сторона настаивала на применении своего права. В этом деле арбитрами было принято решение воспользоваться Принципами УНИДРУА как одним из источников *lex mercatoria*. В данном деле арбитры установили, что они будут строить свое решение «...на основе условий договора, с дополнением общих принципов торговли как воплощение *lex mercatoria*».<sup>1</sup> В дальнейшем без объяснений арбитраж применил непосредственно несколько положений Принципов УНИДРУА (статьи 4.6, 4.8, 7.4.1, 7.4.7, 7.4.13), тем самым неявно рассматривая Принципы УНИДРУА в качестве источника *lex mercatoria*.

В деле, рассматривавшемся арбитражем *ad hoc* в 1997 г. в связи со спором по поводу договора купли-продажи акций, заключенным между акционерами аргентинской и чилийской компаний, стороны позволили арбитрам решать дело в качестве «дружеских посредников», поскольку в договоре не предусматривалось выбора применимого права.<sup>2</sup> Несмотря на то, что стороны договора обосновывали свои претензии, опираясь на положения аргентинского законодательства, арбитраж решил применить Принципы УНИДРУА, мотивируя свое решение тем, что эти принципы представляют собой «обыкновения международной торговли, которые отражают решения различных правовых систем и международной договорной практики».<sup>3</sup>

Наконец, можно упомянуть о решении МТП № 7365, где дело касалось контракта на поставку сложной военной техники, заключенной в 1977г. между американской корпорацией и ВВС Ирана. Сам контракт изначально содержал оговорку о применении иранского права, но когда возник спор, стороны согласились дополнительно применить «общие принципы международного права и торговые обычаи». При решении вопроса о праве, применимом к существу спора, арбитражный суд постановил, что «...поскольку обе стороны, в конце концов, согласились дополнительно применить общие принципы международного права и торговые

---

<sup>1</sup> Bonell M.J. Указ. соч. С. 207.

<sup>2</sup> Bonnell M.J. UNIDROIT Principles: a Significant Recognition by a United States District Court // Uniform Law Review. NS-Vol. IV, 1999-3. UNIDROIT. С. 651-663

<sup>3</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 172

обычай, и на основании статьи 13 (5) Правил МТП, Арбитражный суд, по мере необходимости, будет учитывать также принципы и обычаи. Что касается содержания таких правил, суд должен руководствоваться принципами международных коммерческих договоров УНИДРУА...».<sup>1</sup>

В другом деле МТП № 13012 2004 года, возник вопрос относительно применимого права для регулирования договорных отношений между французской и американской компаниями. Во время арбитражного разбирательства стороны ссылались на французское право и на право штата Иллинойс. Арбитр установил, что ни одни из этих правовых систем не является убедительным и решающим для данного дела и решил основывать свое арбитражное решение на основе общих принципов права или *lex mercatoria* - осуществил соответствующую ссылку на Принципы НИДРУА «в качестве основного направления в определении международных норм права, применимых к договору между сторонами».<sup>2</sup>

В свете сотен решений, принимаемых ежегодно международными коммерческими арбитражами без обнародования, довольно трудно определить хотя бы приблизительно количество тех решений, которые выносятся на основе *lex mercatoria*. Можно предположить, что в настоящее время удельный вес таких решений сравнительно невелик, хотя и продолжает постепенно расти. В то же время современной практике почти не известны решения национальных судебных органов, которые бы недвусмысленно отменяли арбитражные решения в связи с тем, что в их основе лежало *lex mercatoria* как таковое.

В свете сказанного можно обобщить условия, при наличии одного из которых, возможно применение норм *lex mercatoria* международным коммерческим арбитражем:

1. прямой выбор сторонами *lex mercatoria* в качестве применимого права в международном коммерческом договоре (прямая ссылка на *lex mercatoria*);
2. отсутствие выбора сторон применимого права в международном коммерческом договоре;

---

<sup>1</sup> Bonell M.J. Указ. соч. С.208.

<sup>2</sup> Электронный ресурс: URL: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1409> (Дата последнего обращения 02.06.2018).

3. возможность применения норм *lex mercatoria* предусматривается в случаях, когда арбитры уполномочены сторонами выступать в качестве *amiables compositeurs* или на основе принципа *ex aequo et bono*;

4. для устранения пробелов и дополнения положений в законодательстве и международных документов, в частности конвенций, а также для толкования договоров, арбитры могут применить также нормы *lex mercatoria* в качестве дополнения к вышеуказанным актам.

## **§ 2. *Lex mercatoria* в национальном праве и судебной практике государств**

Установив условия, при которых применение *lex mercatoria* арбитражным судом становится возможным, следует рассмотреть условия и вопросы, при которых применения *lex mercatoria* допустимо также и национальными судами. В рамках указанного, следует установить два вопроса: возможно ли применение норм *lex mercatoria* национальными судами для регулирования споров из международных коммерческих договоров вместо права конкретного государства, и второй вопрос – может ли национальный суд отказать в признании и приведении в исполнение решений международных арбитражных судов, которые были вынесены с применением норм *lex mercatoria*.

В отличие от международных арбитражных судов, которые приняли и широко применяют нормы *lex mercatoria*, то национальные судебные системы с опаской относятся к *lex mercatoria*, и практика применения его норм национальными судами весьма незначительна. Незначительная судебная практика связана с рядом проблем и вопросов применения норм *lex mercatoria* национальными судами. Будет ли национальный суд применять *lex mercatoria* в качестве права в соответствии с выбором сторон или даже в качестве надлежащего права относительно спорного вопроса, если выбор другого права не был сделан?

Первоначально концепция *lex mercatoria* вызывала большое недоверие со стороны национальных судов. Так, например, в деле *Messageries maritimes* (21 июня 1950 г.) Французский кассационный суд заявил, что «любой международный

контракт обязательно должен иметь привязку к национальному закону».<sup>1</sup> Указанное является показательным примером традиционного подхода национальными судами. Только с 80х-90х годов национальные суды начали постепенно признавать факт существования некой совокупности юридических норм, а именно *lex mercatoria*.

Как известно, национальные суды традиционно применяют нормы национального законодательства для регулирования международных коммерческих договоров.<sup>2</sup> Постоянная палата международного правосудия в 1929 г. в деле между бразильским и сербским займом, постановила, что «...любой договор, который не является договором между государствами в качестве субъектов международного права должен основываться на праве конкретного государства».<sup>3</sup>

Национальные суды связаны, прежде всего, своими национальными законами и должны применять свои правила. Национальные суды определяют применимое право (и законность возможного выбора права сторонами) на основе собственных норм международного частного права, т.е. путем применения коллизионных правил форума.<sup>4</sup> Практика показывает, что национальные суды всегда используют свои собственные коллизионные правила определения применимого права. Противники *lex mercatoria* отрицают возможность его применения национальными судами, даже в тех случаях, когда его нормы были выбраны сторонами в качестве права, регулирующего договор.<sup>5</sup> Их позиция объясняется тем, что они не воспринимают *lex mercatoria* в качестве независимого права, вследствие чего *lex mercatoria* не может выступать в качестве применимого права.

Согласно приверженцам доктрины *lex mercatoria* оно может быть применено в соответствии с привязкой закона *lex fori* (страны суда). Закон национального суда *lex fori* определяет пределы применения *lex mercatoria*.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 179

<sup>2</sup> Lopez Rodriges A.M. Указ.соч. С. 129

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> International Chamber of Commerce. Policy and Business Practices. Developing neutral legal standards for international contracts. A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts. С. 19.

<sup>5</sup> Baddack F. Указ.соч. С.172

<sup>6</sup> Там же.

С другой стороны, учитывая важность принципа *lex voluntatis* МЧП, которая заключается в том, что стороны свободны при выборе применимого права, национальный суд не будет полностью игнорировать оговорку о *lex mercatoria* в качестве выбранного права. Некоторые специалисты международного частного права утверждают, что даже если стороны решили подчинить свой договор *lex mercatoria*, это означает, что стороны инкорпорировали его нормы в свой контракт.<sup>1</sup> И к контракту по-прежнему будет применяться национальное право, которое будет выбрано на основе норм международного частного права страны суда, т.е. на основе коллизионного метода.<sup>2</sup>

Национальные суды, так или иначе, должны уважать выбор сторон и, как следствие, будут применять нормы *lex mercatoria* в качестве договорных положений, т.е. когда стороны включили конкретные нормы *lex mercatoria* в свой договор. А также, законодательства многих государств обязывают принимать во внимание обычаи - это еще одна возможность для применения *lex mercatoria* национальными судами. Однако, в отличие от арбитражных судов, национальные суды не могут применять *lex mercatoria* если стороны конкретно не указали *lex mercatoria* для регулирования их правоотношений.<sup>3</sup>

Как указывается в практическом материале, разработанном Международной торговой палатой, нормы, которые не являются частью национальной правовой системы, могут применяться помимо инкорпорирования их в контракт, также и в том случае, когда эти нормы могут быть квалифицированы как торговые обычаи.<sup>4</sup>

В целом, свобода сторон и арбитров делать выбор в пользу того или иного правопорядка, включая *lex mercatoria*, зависит от национального законодательства. С точки зрения юридического позитивизма, именно от национального права зависит окончательное решение вопроса о признании существования *lex mercatoria* как

---

<sup>1</sup> Мажорина М. В. К вопросу о современном *lex mercatoria*. Revista nr. 3-4 2009. Электронный ресурс: <http://studiijuridice.md/> (Дата последнего обращения 02.02.2018)

<sup>2</sup> Канашевский В.А. Концепция «*lex mercatoria*» в международном частном праве // Российский Ежегодник международного права, 2007. СПб.: СКФ «Россия-Нева», 2008. С. 228.

<sup>3</sup> Baddack F. Указ.соч. С.172

<sup>4</sup> ICC Policy and Business practice. Developing neutral legal standarts for international contratcs. A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts. С. 7

полноценного правопорядка.<sup>1</sup> В то же время решений национальных судебных органов, в которых затрагивается концепция *lex mercatoria*, намного меньше, чем аналогичных арбитражных решений. Это объясняется главным образом тем, что лишь незначительный процент арбитражных дел обжалуется в национальных судах.<sup>2</sup>

Многие специалисты отмечают, что *lex mercatoria* применяется исключительно в рамках рассмотрения спора международными коммерческими арбитражами и случаи применения норм *lex mercatoria* в качестве применимого права к международному коммерческому договору национальными судами единичны.

В своей работе Г. Берман и Ф. Дассер цитируют выдержки их двух судебных решений, вынесенных в рамках национальных судебных систем. Первое дело из немецкой судебной практики (1933 г.), в рамках которого был рассмотрен спор из контракта о морской перевозке грузов. Решение суда первой инстанции, основанное только на международном коммерческом обычае, было отменено вышестоящим судом по тому основанию, что суд первой инстанции при вынесении решения не определил право какого государства должно быть применено к контракту. Второе дело по спору из международного заемного контракта было рассмотрено в 1950 году французским судом: решение суда первой инстанции, основанное только на созданном сторонами контракта праве, было отменено кассационной инстанцией по тому основанию, что контракт должен быть основан на праве какого-либо государства.<sup>3</sup>

В общем, негативное отношение национальных судов можно истолковать, главным образом, той причиной, что в отличие от арбитражных судов национальные суды связаны коллизионными нормами своей национальной правовой системы. Кроме этого, исследование национальных законодательств и международных договоров в сфере регулирования отношений, осложненных иностранным элементом в вопросе установления применимого права, позволяет выделить правовые термины, наличие которых ограничивает возможность применения национальными судами

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 178

<sup>2</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 179

<sup>3</sup> Карсакова Н.А. Теория *lex mercatoria* в юридической доктрине и практике. Дис. ... канд. юрид. наук.. Москва 2006, С. 103.



норм *lex mercatoria*, среди которых: «право государства», «право страны», «право».

Рассмотрим некоторые из них. Так, в статье 2 Гаагской конвенции «О праве, применимом к международной купле-продаже товаров» 1955 года указывается, что «купля-продажа регулируется внутренним правом страны, указанной Договаривающимися Сторонами», далее, в пункте 1 статьи 3: «если сторонами не определено право, подлежащее применению в соответствии с условиями, предусмотренными в предыдущей статье, продажа регулируется внутренним правом страны, являющейся местом постоянного проживания продавца в момент получения им заказа».<sup>1</sup>

Положения Римской конвенции «О праве, применимом к договорным обязательствам» 1980 года является схожим и устанавливают, что договор регулируется правом, избираемым сторонами (пункт 1 статьи 3).

РА на данный момент не участвует ни в одном из приведенных конвенций, однако коллизионные нормы, применяемые национальными судами, практически не отличаются от приведенных выше примеров. На основе анализа статьи 1284 Гражданского кодекса РА, где указывается, что «договор регулируется правом государства, выбранным соглашением сторон», можно сделать вывод о том, что *lex mercatoria* не может быть выбрано как отдельное целостное применимое право для регулирования международных коммерческих отношений даже при реализации принципа *lex voluntatis* (по согласию сторон). Национальные суды в случаях оговорки или согласия сторон о выбранном *lex mercatoria* для регулирования своих договорных отношений будут рассматривать как соглашение сторон об инкорпорации в контракт. В этом случае данная оговорка будет рассматриваться как договорное положение, которое должно применяться и толковаться в соответствии с действующим (внутренним) правом и главный вопрос о применимом праве будет решен на основе национальных коллизионных норм, которые, как правило, не допускают применения транснациональных норм. В данном контексте под понятием «право страны» подразумевается исключительно законодательство конкретного государства и таким

---

<sup>1</sup> Бекашев К.А., Ходаков А.Г. Международное частное право. Сборник документов. М.: Издательство БЕК, 1997. С. 198-201.

образом исключается возможность применения какого-либо другого ненационального источника права.

Необходимо разработать более гибкую коллизионно-правовую норму Гражданского кодекса РА в целях создания более благоприятной среды для привлечения международных инвестиций. Для достижения указанной цели следует создать более широкие возможности для участников международной торговой деятельности при осуществлении выбора применимого права, в частности, должна быть предоставлена возможность выбора не только права определенного государства, но также и возможность выбора норм *lex mercatoria*.

В связи с вышеуказанным, предлагается изложить п. 1. ст. 1284 ГК РА в следующей редакции: «В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, стороны могут выбрать право, включая нормы транснационального характера, которые подлежат применению к содержанию правоотношений».

Схожая ситуация сложилась и в Российской Федерации. В Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации указывается, что «выбор права ограничен именно «правом», т.е. правилами, сформулированными и существующими в качестве норм права, а не какими-либо «вненациональными» системами или совокупностями норм, «принципами справедливости», «общими принципами» или нормами, некогда бывшими правовыми, но утратившими свою юридическую силу (нормы отмененного акта или денонсированного международного договора)».<sup>1</sup>

Как указывается также Канашевским, использованный законом термин «право» включает лишь объективное право, т.е. в качестве применимого можно выбрать лишь действующее право существующего государства, а также положения международных договоров. Термин «право» не включает в себя *lex mercatoria*.<sup>2</sup>

Так итальянский суд в Падуе в своем решении № 651 от 11 января 2005 года в деле *Ostrozniak Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.* установил: «В соответствии с коллизионным правом Италии стороны свободны в выборе применимого права, но

---

<sup>1</sup> Ануфриева Л.П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный). М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 165.

<sup>2</sup> Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М. Вольтерс Клувер. 2008. С. 56-57

при этом они должны выбрать право конкретного государства. Ссылка сторон на наднациональное или транснациональное право, такие как *lex mercatoria*, Принципы УНИДРУА или Венскую конвенцию международной купли-продажи товаров, в том случае если она не применима, не может считаться легитимным и подлинным выбором права сторон, но может считаться включением этих норм в договор с тем условием, что они будут связывать сторон только до тех пор, пока не будут противоречить императивным нормам применимого внутреннего права».<sup>1</sup>

Однако можно найти несколько примеров применения национальными судами норм *lex mercatoria*. Одним из них является решение II Гражданской палаты Апелляционный суд Цюриха от 9 мая 1985 года по делу о банковской гарантии. Так в данном деле суд, без установления на основе коллизионных норм применимого права, постановил, что «банковская гарантия, будучи установленной практикой международной торговли, принадлежащей к транснациональному *lex mercatoria*, должен толковаться в соответствии с потребностями международной торговли».<sup>2</sup>

Другим примером является решение Хозяйственного суда Нанта во Франции от 11 июля 1991 года относительно спонсорского контракта между спонсором из Саудовской Аравии и французской компанией SOAF. Суд решил в пользу спонсора, ссылаясь на «общие принципы права, обычаи международной торговли и *lex mercatoria*, из которых, как напомнил лорд Мэстил, основополагающее место занимает принцип *pacta sunt servanda*».<sup>3</sup>

Подводя итоги вышесказанного, следует отметить, что в настоящее время почти все системы международного частного права и судебная практика признают только право конкретного государства как возможные правила, регулирующие международный коммерческий договор и очень маловероятно, что национальный суд сможет выбрать *lex mercatoria* для регулирования коммерческих отношений, осложненных иностранным элементом.

Возможность ссылки на общие принципы права, вероятно, следует рассматривать национальным судом как ссылка на транснациональные правила,

---

<sup>1</sup> Электронный ресурс : URL <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1005> (Дата последнего обращения 02.06.2018)

<sup>2</sup> Lopez Rodriges A.M. Указ.соч. С. 134

<sup>3</sup> Lopez Rodriges A.M. Указ.соч. С. 135

которые должны применяться в рамках национального законодательства и не в качестве альтернативной правовой системы, которая регулирует договор вместо внутреннего законодательства.<sup>1</sup>

Выбор сторонами норм *lex mercatoria* для регулирования международного коммерческого договора национальным судом не будет считаться в качестве действительного выбора применимого права, но будет рассматриваться, как только ссылка на правила, которые необходимо применять в правовой системе, определенной на основе применения коллизионно-правового метода.

Вот почему возможный вариант подчинения международного коммерческого контракта нормам *lex mercatoria* вместо внутреннего законодательства не рекомендуется, если стороны решат передать спор на разрешение в национальный суд.

Национальные суды в случаях оговорки или согласия сторон о выбранном *lex mercatoria* для регулирования своих договорных отношений будут рассматривать соглашение сторон об инкорпорации в контракт. В этом случае данная оговорка будет рассматриваться как договорное положение, которое должно применяться и толковаться в соответствии с действующим (внутренним) правом и главный коллизионный вопрос о применимом праве будет решен на основе национальных коллизионных норм, которые, как правило, не допускают применения наднациональных/транснациональных норм.

В описанном случае подразумевают два основных различия в отношении к ситуации, когда транснациональные правила должны применяться в рамках *lex mercatoria* вместо внутреннего законодательства. Во-первых, если договор регулируется внутригосударственным правом, его положения (в том числе возможный набор правил, включенные посредством ссылки) должны соответствовать императивным нормам применимого внутреннего права. В случае конфликта, императивные положения регулирующего внутреннего права будут иметь преимущественную силу. Во-вторых, транснациональные правила, включенные

---

<sup>1</sup> International Chamber of Commerce. Policy and Business Practices. Developing neutral legal standards for international contracts. A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts. C. 19.

посредством ссылки в договоре должны быть согласованы с применимыми положениями действующего законодательства. Так, например, если в контракт включить положения Принципов УНИДРУА такая координация не всегда будет легкой, так как один и тот же вопрос может регулироваться по-разному Принципами УНИДРУА и национальным законодательством, например, вопросы относительно форс-мажора.

Считаем необходимым также проанализировать решение армянского суда для разрешение спора, вытекающего из международного коммерческого договора, и установить возможность и практичность применения норм *lex mercatoria*, в целях демонстрации преимуществ применения указанных норм также и национальными судами.

Так в деле № ԵՔԴ/0024/02/08, рассмотренного судом РА общей юрисдикции административного округа Норк-Мараш города Ереван, возник вопрос относительно международного договора купли-продажи между «Гранд Кенди» ООО, зарегистрированной в Армении и украинской компанией «Тронка-Агротех» ООО. Согласно делу, украинская компания должна была осуществить поставку профессиональной производственной техники, после осуществления предоплаты армянской организации. Во время рассмотрения дела возник вопрос относительно установления применимого права, так как в договоре отсутствовала соответствующая оговорка. В первую очередь, суд неправильно установил, что применяется право РА, так как в договоре установлено, что разбирательство должно происходить на территории регистрации армянской организации, далее суд установил, что в соответствии с Гражданско-процессуальным кодексом РА, национальные суды применяют армянское законодательство, и в конечном итоге, суд установил, что данный спор возможно урегулировать законодательством РА. Далее судья стал применять коллизионные нормы РА, и в соответствии с которым установил, что решающее исполнение договора связано с «Гранд Кенди» ООО и как следствие применил нормы Общей части ГК РА.

Далее судья установил, что нормы ГК РА и нормы ГК Украины идентичны, и начал применять также нормы ГК Украины. Таким образом, судья осуществил неправильное установление применимого права, так как на основе статьи 1285 ГК РА

в отсутствие оговорки сторон о применимом праве применяется право страны продавца, в данном случае законодательство Украины.

Вышеуказанное можно было избежать, если бы армянским законодательством была бы предоставлена возможность применить также и транснациональные нормы. В данном случае нормы Принципов УНИДРУА смогли бы полностью урегулировать спор, возникший из данного договора.

На наш взгляд, реальный прогресс в области международного коммерческого права будут продвигаться только тогда, когда стороны будут иметь свободу выбора стандартов и норм права, подготовленные международными учреждениями, действующими в области международного коммерческого права, и когда суды начнут уважать такой выбор права и применять эти правила. Международные институты, которые ведут активную деятельность в международной торговле, являются эффективными при определении и кодификации норм права, которые находятся в соответствии с потребностями торговцев, являющимися активными в современной трансграничной торговле. Такие торговцы защищают свои собственные интересы, подчиняя свои контракты этим нормам права. И как следствие, международная торговля нуждается в своем собственном общем праве, со своей особой ролью и полным спектром функций. Международная торговля сейчас, как никогда, нуждается в реальной *ius commune mercatorum*, материальном праве, который может регулировать международные торговые отношения. Было бы немыслимо оставлять по-прежнему регулирование международной торговли множеством национальных законов, которые в свою очередь ставят в безвыходное положение. Национальные суды должны переходить от однозначно негативного к более терпимому отношению к *lex mercatoria*.

### **§ 3. Проблемы оспаривания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на основе *lex mercatoria***

В настоящее время арбитраж представляет собой один из наиболее распространенных и развитых способов внесудебного альтернативного урегулирования

споров. Арбитраж является предпочтительным методом разрешения споров также в международной торговле.<sup>1</sup> Роль арбитража, как альтернативного средства быстрого и доступного разрешения споров не может быть недооценена.<sup>2</sup>

Арбитражные суды играют весьма важную роль так же в процессе реализации норм *lex mercatoria*, что является одним из главных свидетельств реального существования *lex mercatoria*. В последнее время происходит некая эволюция теорий международного арбитража, который считается все более и более отделенным (делокализованным) от всех национальных законов. В доктрине данный процесс называют «делокализация международного коммерческого арбитража». Особенность данного процесса заключается в том, что арбитраж, отделяется не только от процессуальных законов своего места, но и от любой другой национальной правовой системы и его процессуальных законов, и выносит арбитражное решение без ссылки на какое-либо национальное право, но только на основе правил, согласованных сторонами.<sup>3</sup> Такая делокализация международного коммерческого арбитража привела к большому интересу со стороны международных арбитров к теории транснационального торгового права и более активному использованию его источников.

Поскольку, как отмечалось, главная роль в реализации норм *lex mercatoria* отводится арбитражам, неизбежно возникает вопрос о признании и исполнении в рамках национальной юрисдикции арбитражных решений, вынесенных в соответствии с *lex mercatoria*.<sup>4</sup> Т.е. возникает важный вопрос относительно действительности и исполнимости арбитражных решений, вынесенных на основе норм *lex mercatoria*.

Различают две процедуры, реализуемые государственными судами и определяющие дальнейшую судьбу любого арбитражного решения: во-первых, процедура обжалования и последующей возможной отмены решения международного арбитражного суда по различного рода основаниям, установленным

---

<sup>1</sup> Baddack F. Указ.соч. С.3

<sup>2</sup> Манукян М. А., Арутюнян С. Е. Основные признаки действующих институциональных арбитражных судов в Республике Армения. //Евразийский юридический журнал. 2012. № 5 (48). С. 20

<sup>3</sup> Avanesian A. B., The New York Convention and Denationalised Arbitral Awards (with Emphasis on the Iran United States Claims Tribunal, Journal of International Arbitration Vol. 8, No. 1, Geneva, March 1991, P. 15

<sup>4</sup> Карсакова Н.А. Указ. соч. С. 139

законодательством, во-вторых, процедура признания и исполнения решения международного арбитражного суда, в рамках которой возможен отказ в принудительном приведении в исполнение решения в случае выявления в ходе процедуры обстоятельств, влекущих в соответствии с законодательством подобный отказ.<sup>1</sup>

Таким образом, необходимо установить, могут ли указанные арбитражные решения быть отменены либо не исполнены национальными судами и если да, то в каких случаях. В отечественной юридической литературе по вопросам отмены и приведения в исполнение арбитражных решений не было предпринято попыток специального рассмотрения затронутой проблемы. Данная проблема в международной юридической литературе обсуждается довольно длительное время.

Существует множество арбитражных решений, вынесенных на основе *lex mercatoria*, и некоторые последователи данной теории приводят примеры принудительного исполнения и оспаривания решения международных коммерческих арбитражей, вынесенных на основе указанных норм.

Условия, при которых могут быть оспорены решения международных коммерческих арбитражных судов, закреплены как национальным законодательством государств, так и международно-правовыми документами.

Основополагающим документом является Нью-Йоркская конвенция 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее - Нью-Йоркская конвенция). РА также является участницей данной конвенции. Указанная конвенция регулирует вопросы признания и приведения в исполнение международных арбитражных решений, которые вынесены на территории другого государства.

Статья 3 Нью-Йоркской конвенции устанавливает, что каждое государство, являющееся ее участником, должно признавать обязательными арбитражные решения и приводить их в исполнение. В то же время в ст. 5 конвенции предусматриваются

---

<sup>1</sup> Там же.



условия, при которых может быть отказано в признании и приведении вышеуказанных решений.<sup>1</sup>

Согласно части 2 статьи 5 указанной конвенции, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение исполнения, найдет, что: а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны или б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.

Вопросы отмены арбитражных решений в РА регулируется также внутренними актами. Закон РА «О коммерческом арбитраже» также устанавливает случаи, при которых возможна отмена арбитражного решения. Установленные случаи практически совпадают с обстоятельствами, указанными в Нью-Йоркской конвенции.

Так, исходя из анализа вышеуказанных статей, можно выделить только три основания, которые могут применяться отношению к *lex mercatoria*. Во-первых, непризнание арбитражного решения может иметь место, если арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено (пункт а. ст. 5 Нью-Йоркской конвенции). Если, к примеру, стороны подчинили свой договор, включая арбитражную оговорку, *lex mercatoria*, суд может счесть, что *lex mercatoria* не является той правовой системой, которая применима к арбитражной оговорке.<sup>2</sup> Однако следует отметить, что включение в арбитражную оговорку *lex mercatoria* в качестве применимого права, само по себе не может являться основанием признания арбитражной оговорки недействительной.

---

<sup>1</sup> а) стороны арбитражного соглашения были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено; б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; в) арбитражное решение было вынесено с превышением полномочий, возложенных на арбитров по арбитражному соглашению; г) состав арбитража или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж; е) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено либо приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

<sup>2</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С.175

Во-вторых, в признании арбитражного решения может быть отказано, если это арбитражное решение было вынесено с превышением полномочий, возложенных на арбитров по арбитражному соглашению (пункт с. ст. 5 Нью-Йоркской конвенции). Как указывает украинский специалист международного частного права А. Мережко, так, если арбитраж применяет *lex mercatoria* в силу его объективной связи с контрактом без прямого разрешения сторон, то суд может решить, что арбитраж превысил свои полномочия. Можно не согласиться с А. Мережко, так как, исходя из анализа комментария к Нью-Йоркской конвенции<sup>1</sup>, под превышением полномочий арбитрами подразумевается скорее вынесение решения, выходящего за рамки арбитражного соглашения или требования сторон, или по-другому арбитры, вынесшие данное арбитражное решение, преступили пределы их юрисдикции или если они преступили пределы своего мандата,<sup>2</sup> например, когда арбитр присудил более или иначе, того, что было заявлено сторонами.<sup>3</sup> Кроме того, *lex mercatoria* – это источник, который применяется как материальное право, а не вопрос, касающийся полномочий арбитража.

В-третьих, в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано, если национальный суд посчитает, что исполнение арбитражного решения, основанного на *lex mercatoria*, противоречит публичному порядку страны, где испрашивается признание (пункт b. части 2 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции).

Вместе с тем следует подчеркнуть, что ни одно из вышеприведенных оснований не применяется только потому, что арбитраж применил нормы *lex mercatoria* при рассмотрении дела.

В данной проблематике присутствует и другой важный вопрос. Как известно, при признании и приведении в исполнение решений, вынесенных зарубежными арбитражными судами, национальные суды не имеют право рассматривать данное арбитражное решение по существу. По этому поводу возникает вопрос о том, не

---

<sup>1</sup> Berg A. The Commentary on Court Decisions on the New York Convention. Электронный ресурс. Доступно <http://www.newyorkconvention.org/publications/commentary> (дата последнего посещения 02.06.2018). С. 47

Там же.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Berg A. Failure by Arbitrators to Apply Contract Terms from the Perspective of the New York Convention, in G. Aksen, K.H. Böckstiegel, M.J. Mustill, A.M. Whitesell, P.M. Patocchi (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner* 63, 67, ICC Pub. No. 693. (2005). С.67

выйдет ли в данном случае национальный суд за пределы предоставленных ему законом полномочий.

В связи с этим обратимся к национальному законодательству, регулирующему данный вопрос. Если раньше Гражданско-процессуальный кодекс РА предусматривал обязанность признания и приведения в исполнение решений международных коммерческих арбитражных судов на территории РА, то в соответствии с последними изменениями, данная обязанность больше не предусматривается. В статье 247.7 ранее действующего ГПК РА предусматривалась обязанность армянского компетентного суда при принятии решения о признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража устанавливать лишь соответствие решения международного коммерческого арбитража требованиям соответствующего международного договора Республики Армения. Исходя из анализа указанной статьи, становилось очевидным, что при принятии судом данного решения о признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража, вынесенного на основе норм *lex mercatoria*, не могло быть отказано по основаниям, относящимся к существу спора. И это был правильный подход, принятый во многих государствах. С изменениями, вошедшими в апреле 2018 г., для регулирования вышеуказанного вопроса ГПК РА отсылает к закону РА «О коммерческом арбитраже», в частности к статье 36. Данная статья практически полностью повторяет положения, закрепленные в Нью-Йоркской Конвенции, исходя из анализа которого также можно прийти к заключению, что армянским судом не может быть отказано по основаниям, относящимся к существу спора, в частности для отказа в признании и приведении арбитражного решения, вынесенного на основе *lex mercatoria*.

Указанной позиции поддерживается также российский специалист международного частного права Г.К. Дмитриева: «Закон о международном коммерческом арбитраже предусматривает возможность отмены арбитражного решения по ограниченному кругу оснований, которые не связаны ни с существом рассмотренного спора, ни с вопросами применения права».<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Дмитриева Г.К. Указ. соч. С. 637-638

Как отмечалось выше, единственным реалистичным основанием для отмены в признании и исполнении решений международных коммерческих арбитражей является основание, указанное в пункте b. части 2 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции: если национальный суд посчитает, что исполнение арбитражного решения, основанного на *lex mercatoria*, противоречит публичному порядку страны, где испрашивается признание. Сама оговорка о публичном порядке (*order public*) весьма широко используется как в национальных актах, регулирующих вопросы коммерческого арбитража, так и в международных конвенциях.

Как указывалось выше, Армения является участницей Нью-Йоркской конвенции, в пункте 2 статьи 5 которой говорится о том, что «в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны». До 2015 года, статья 36 (Отказ в признании и обязательном приведении в исполнение арбитражного решения) закона РА «О коммерческом арбитраже», указывала, что суд может отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, если определит, что арбитражное решение противоречит публичному порядку РА.

Анализируя вышеуказанные статьи, можно установить, что в законе РА указывалось о противоречии публичному порядку самого арбитражного решения, в отличие от Нью-Йоркской конвенции, где речь идет о противоречии публичному порядку последствий признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Конечно же, первый вариант, закрепленный в конвенции предпочтительнее и правильнее, нежели было в законе РА «О коммерческом арбитраже», так как указывалось выше, национальные суды в данном случае не имеют полномочий рассматривать арбитражное решение по существу. Учитывая указанные недостатки закона РА и факт противоречия Нью-Йоркской конвенции, 19 июня 2015 года был принят закон о внесении дополнений и изменений в закон РА «О Коммерческом арбитраже», где статью 36 подвергли изменениям, в частности, пункт «б» части 1 статьи 36 вступил в силу в новой редакции: «признание и приведение в исполнение

арбитражного решения противоречат публичному порядку РА». Данное закрепление, несомненно, является предпочтительным и соответствует установленным международным стандартам. Как указывается в Информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 февраля 2013 г. N 156: «оценка арбитражным судом последствий исполнения иностранного судебного или арбитражного решения на предмет нарушения публичного порядка Российской Федерации не должна вести к его пересмотру по существу».

Зарубежная доктрина и судебная практика неоднократно выражали мнение по вопросу применения оговорки о публичном порядке в случаях, затрагивающих решения зарубежных арбитров, применивших *lex mercatoria*. Характерно решение Английского Апелляционного суда, которое получило известную огласку, прежде всего, в силу отражения в нем позиции английской судебной практики к решениям международного арбитража, не содержащим отсылок к национальным правовым системам. В судебной процедуре принудительного исполнения решения международного арбитража по делу *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH. v. R'Asal-Khaima National Oil Co.* (1987 г.), господином Лонгмором было заявлено, что признание решения, в котором права и обязанности сторон устанавливаются не на основе конкретного национального законодательства, а на основе неопределенных, возможно неверно определенных, международно-признанных принципах права противоречит основам публичного порядка.<sup>1</sup> Апелляционный суд в ходе дела установил, что в соответствии со статьей 13.3 правил ИСС надлежащим законом, регулирующим материальные обязательства сторон, являются «международно признанные принципы права» регулирующие договорные отношения. Отвечая на вопрос относительно того, будет ли противоречить публичному порядку признание данного решения, суд отклонил аргумент господина Лонгомера и отметил, что не сомневается, что приведение арбитражного решения в исполнение не будет противоречить публичному порядку, отмечая дальше, что не видит никаких оснований для заключения о том, что выбор арбитрами применимого надлежащего права-общего знаменателя принципов, лежащих в основе различных государств, регулирующих

---

<sup>1</sup> The Weekly Law Reports. Volume 3. London. 1987. С. 1032

договорные отношения, - выходит за рамки выбора права, который стороны оставили арбитрам.<sup>1</sup>

Весьма интересное определение публичного порядка было установлено в указанном выше судебном процессе. Апелляционный суд Англии отметил следующее: «Соображения публичного порядка никогда не будут исчерпывающе определены, но к ним следует относиться с особой осторожностью. Необходимо установить, что существует какой-то элемент незаконности либо исполнение решения будет явно наносить ущерб общественному благу или, возможно, принудительное исполнение решения будет полностью оскорбительным для обычного разумного и полностью информированного члена общества, от имени которого осуществляются полномочия государства».<sup>2</sup>

Нельзя не согласиться с мнением К.Д. Мосс, основанном на положениях Закона РФ «О Международном коммерческом арбитраже» и Нью-Йоркской Конвенции 1958 г., о том, что перед компетентным российским судом «будут открыты два пути: либо привести в исполнение арбитражное решение, основанное на *lex mercatoria*, либо согласиться с тем, что признание и приведение в исполнение такого решения противоречит публичному порядку РФ».<sup>3</sup>

Для армянской правовой науки и законодательству институт публичного порядка также знаком. В отдельных правовых актах содержится лишь ссылка на публичный порядок РА. Действующее армянское законодательство не раскрывает понятия «публичный порядок». В статье 1258 ГК РА устанавливается лишь, что применяемая иностранная норма не применяется, если последствия его применения явно противоречат основам правопорядка Республики Армения (общественный порядок)».

Отказ от применения нормы международного права не может основываться исключительно на том, что юридическая или политическая система соответствующего государства отличается от правовой, политической или экономической системы РА.

---

<sup>1</sup> Там же. С.1035. "... I can see no basis for concluding that the arbitrators' choice of proper law-a common denominator of principles underlying the laws of the various nations governing contractual relations-is out with the scope of the choice which the parties left to the arbitrators..."

<sup>2</sup> Там же. С.1035

<sup>3</sup> Мосс Д.К. Указ. соч. С. 58

Более того, законодательно не устанавливается, как определить содержание термина «основы правопорядка».<sup>1</sup>

Правовая неопределенность вокруг данного института связана, прежде всего, с обстоятельством разнообразия содержания данного понятия и непрерывным развитием, динамика которого в свою очередь зависит от развития правовой системы каждого государства.<sup>2</sup>

Данное обстоятельство несколько затрудняет процесс практического применения данного института. По мнению армянского специалиста международного частного права Мушег Манукяна, невозможность установления перечня принципов, подпадающих под категорию публичный порядок, не является основанием для российских судей свободно по своему усмотрению устанавливать такой перечень принципов.<sup>3</sup>

По этому поводу Муранов указывал, что институт публичного порядка носит экстраординарный характер, так что его использование должно иметь место в исключительных, одиозных случаях, равно как и на то, что противоречие публичному порядку России должно носить явный характер. Представляется, что причиной этому послужило намерение не допустить излишне широкое толкование на практике категории «противоречие публичному порядку», возможность которого совсем нельзя исключать, принимая во внимание отсутствие серьезного опыта использования данной категории в российском праве.<sup>4</sup>

Трудно сформулировать исчерпывающий и точный перечень принципов, формирующих публичный порядок. По мнению некоторых исследователей, это не случайно: такая формулировка позволяет судьям использовать более гибкий подход, определяя обстоятельства применения оговорки о публичном порядке отдельно в каждом конкретном случае. Как отмечает армянский специалист в области международного арбитража, доктор Оганнисян В. отмечает, что неопределенность

---

<sup>1</sup> Հովհաննիսյան Վ. Վ. Արմիտրաժային վճիռների (որոշումների) ճանաչումը և կատարումը Հայաստանի Հանրապետությունում/ Երևանի պետ. համալսարան: Եր.: ԵՊՀ հրատ. – 2009, 182 էջ:

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Մանուկյան Մ. Указ. соч. С. 56

<sup>4</sup> Муранов А.И. Указ. соч. С. 399

понятия и содержания публичного порядка имеет объективные причины, и в некоторых случаях это может быть оправдано. На практике невозможно сформулировать определение общественного порядка, которое бы исчерпывающим образом включало все возможные случаи коллизии национального и иностранного права. Только в случае такого подхода можно реализовать оговорку о публичном порядке в возможной правоприменительной практике, которая напрямую зависит от толкования соответствующей нормы. Возможно, в этом случае можно обеспечить единую практику.<sup>1</sup>

Следует отметить, что любое несоответствие или противоречие арбитражного решения армянскому законодательству не может рассматриваться в контексте нарушения публичному порядку. Факт наличия противоречия арбитражного решения публичному порядку РА присутствует, если решение или его исполнение нарушат систему императивных норм, которые составляют основу публичного права или правовой системы РА.<sup>2</sup>

Понятие публичного порядка частично разъяснено судебной практикой российских судов, в частности, в связи с обращениями о признании и приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей. В определении Верховного Суда РФ от 25.09.1998 N 5-Г98-60 устанавливается следующее определение: «Под публичным порядком Российской Федерации» понимаются основы общественного строя Российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания».<sup>3</sup>

В РФ суды при рассмотрении вопроса относительно наличия нарушения публичного порядка при признании и приведения в исполнения арбитражных решений придерживаются и цитируют подход, принятый в Информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 февраля 2013 г. N 156 «Об обзоре практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о

---

<sup>1</sup> Հովհաննիսյան Վ. Վ. Указ. соч. С.183

<sup>2</sup> Там же. С.185

<sup>3</sup> Электронный ресурс, URL:

<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB002&n=7111#023245277385995844> (Дата последнего обращения: 03.06.2018)



публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений», где указывается, что под публичным порядком понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), которые облагают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства Российской Федерации (статья 1192 Гражданского кодекса Российской Федерации, если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц.<sup>1</sup>

Нужно иметь в виду, что не применение зарубежного права на основе публичного порядка на основе статьи 1258 Гражданского кодекса РФ и не признание арбитражного решения на том же основании - это разные институты. В первом случае речь идет об «оговорке о публичном порядке», когда норма иностранного права, подлежащая применению, не применяется, если последствия ее применения явно противоречат основам правопорядка (публичному порядку) РФ, а во втором случае речь идет уже о непризнании национальным судом арбитражного решения в связи с тем, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны. Во втором случае речь идет о так называемом «внутреннем публичном порядке».<sup>2</sup> Основная задача второй воспрепятствовать проникновению в национальный правопорядок иностранных решений, создающих угрозу его стабильности.<sup>3</sup>

Значение концепции международного публичного порядка отражено в резолюции УНИДРУА об арбитраже и иностранных предприятиях, принятой в 1989 г., которая гласит: «Статья 1. Полномочия и легитимность арбитров основываются на

---

<sup>1</sup> Электронный ресурс, URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_144311/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144311/) (Дата последнего обращения 03.06.2018).

<sup>2</sup> Литвинский Д.В. Еще раз к пониманию публичного порядка в российском МЧП. Электронный ресурс, URL: <https://zakon.ru/litvinski/blogs/AmountView> (Дата последнего обращения 02.06.2018).

<sup>3</sup> Литвинский Д.В. «Оговорка о публичном порядке и признание иностранных судебных решений во французском праве» // Закон. Февраль 2013. С. 78

соглашении сторон, которое предусматривает арбитражное разбирательство. Арбитр не должен превышать свои полномочия либо делать менее того, что требуют эти полномочия. Он, однако, должен уважать императивные нормы подлинного международного публичного порядка (*truly international public policy*). Статья 2. Подлинный международный публичный порядок существует тогда, когда возникающий международный порядок... достиг консенсуса по поводу данного экономического, политического или социального вопроса. Статья 5. ...С учетом требований международного публичного порядка, как он определен в статье 2, стороны обладают полной автономией формировать процедурные и материальные правила и принципы, которые будут регулировать арбитражное разбирательство».<sup>1</sup>

Что касается практики национальных судов, перед которыми стоит вопрос о признании и исполнении арбитражного решения, вынесенного на основе норм *lex mercatoria*, то для них концепция национального публичного порядка дополняется требованиями, вытекающими из концепции международного публичного порядка. В заключение отметим, что концепции национального публичного порядка и международного публичного порядка достаточно гибки и постоянно развиваются.

Как указывает практика национальных судов, на сегодняшний день большинство арбитражных решений, вынесенных на основе источников *lex mercatoria* были признаны к исполнению национальными судами.<sup>2</sup> Как отмечает Джулиан Лью: «Арбитражное решение, вынесенное в соответствии с экстра-правовой нормой неизменно будет признано и приведено в исполнение во многих правовых системах мира».<sup>3</sup> Одним из первых таких судов были французские суды, поддержавшие арбитражные решения, вынесенные на основе норм *lex mercatoria*.

Так, например, Французский кассационный суд в решении по делу *Compania Valenciana de Cementos Portland SA* (22 октября 1991 г.) поддержал применение *lex mercatoria* по отношению к сторонам, которые не смогли определиться выбором соответствующего национального права, и заявил, что арбитры могут ссылаться на

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С.190

<sup>2</sup> Rivkin D. Enforceability of Arbitral Awards Based on *Lex Mercatoria*. *Arbitration International*. The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA). Volume 9, Issue 1, 01 March 1993. С. 75

<sup>3</sup> Lew J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*. Oceana Publications, 1978. С. 123.

«совокупность правил международной торговли, сложившихся в практике, санкционированную национальным законом». В соответствии с новым французским Кодексом гражданского процесса (статья 1496) арбитр применяет к контракту право, которое избрали стороны контракта, а при отсутствии такого выбора он вправе применить те нормы, которые он сочтет наиболее целесообразными, в том числе нормы *lex mercatoria*.<sup>1</sup>

Интересно отметить, что статья 1054 (2) Гражданского процессуального кодекса Голландии, статья 182 Закона об МЧП Швейцарии 1987 года, статья 28 (1) Закона о международном коммерческом арбитраже РФ 1993 г., статья 834 (1) Гражданского процессуального кодекса Италии, статья 1051 (1) Процессуального кодекса Германии и раздел 46 (1) нового Закона об арбитраже Англии 1996 г., по сути, содержат аналогичные положения, что и французский Кодекс гражданского процесса.<sup>2</sup>

Как свидетельствует практика последних лет, французские суды в целом положительно относятся к *lex mercatoria* и не отрицают факта его существования. В то же время национальные суды других европейских стран постепенно начинают следовать примеру французских судов. Однако этот процесс проходит не всегда гладко. Примером может служить знаменитое дело *Norsolor*, в котором Венский кассационный суд (январь 1982 г.) пришел к выводу, что решение арбитража не имеет силы как «не определенное соответствующим национальным правом, применимым к конфликту, которое, по его мнению, должно быть определено... и основывающееся на некоем *lex mercatoria*, наднациональном праве сомнительной действительности». Однако это решение вскоре было пересмотрено верховным судом Австрии (18 ноября 1982 г.), что стало еще одним важным шагом на пути признания *lex mercatoria* со стороны национальных судов.<sup>3</sup>

В настоящее время применение *lex mercatoria* признают суды Франции, Австрии, Италии, Нидерландов, Бельгии, Швейцарии.

Наибольший консерватизм по отношению к *lex mercatoria* проявили английские суды, которые очень долго отказывали ему в праве на существование. Однако с

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 179.

<sup>2</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 180

<sup>3</sup> Там же.

течением времени и они начали постепенно склоняться в пользу признания *lex mercatorna*. Так в деле *Home and Overseas Insurance Co. v. Mentor* английский суд признал легитимность арбитражного решения, вынесенного в соответствии с *lex mercatoria*.<sup>1</sup> Другое судебное решение по делу *Deutsche Schachtban-und Tiefbohrgesellschaft Gmbh v. Ras A1 Khaimah National Oil Co.*, в котором было признано, что применимым к контракту правом могут являться общие принципы права, признанные цивилизованными народами, часто толкуется в английской юридической литературе как указывающее на то, что английские суды признают право сторон контракта выбирать в качестве применимого права нормы *lex mercatoria*.<sup>2</sup> В этом деле перед английским судом было поставлено три главных вопроса: 1) имели ли стороны контракта намерение создать юридически исполнимые (*legally enforceable*) права и обязанности; 2) является ли данное соглашение достаточно определенным, чтобы быть юридически исполнимым контрактом; 3) будет ли противоречить публичному порядку придание исковой силы (*enforcement*) данному арбитражному решению.<sup>3</sup>

По этому поводу английский суд заявил следующее: «Задав себе эти вопросы, я нисколько не сомневаюсь, что стороны намеревались создать юридически исполнимые права и обязанности и что придание исковой силы арбитражному решению не будет противоречить публичному порядку (*public policy*). Таким образом, остается лишь один вопрос относительно того, обладает ли данное соглашение достаточной степенью определенности. Выбирая в качестве арбитражного регламента правила МТП, стороны оставили выбор применимого права за арбитрами и не ограничили этот выбор только национальными системами права. Я не вижу никаких оснований для утверждения, что выбор арбитрами в качестве применимого права общего знаменателя принципов контрактного права, лежащих в основе права различных народов, выходит за рамки полномочий, предоставленных арбитрам сторонами контракта».<sup>4</sup>

В одном из интересных дел *Compania Portland v. Primary Coal Inc.* (1991) арбитр МТП в отсутствие выбора права сторонами избрал в качестве применимого права *lex*

---

<sup>1</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 181

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 181

<sup>4</sup> Мережко А.А. Указ. соч. С. 182

mercatoria. Compania Portland пыталась отменить решение арбитража во французском суде (место нахождения арбитража) на основании того, что арбитр при разрешении дела вышел за пределы своей компетенции. По мнению Compania Portland, арбитр допустил ошибку, поскольку не определил применимое право посредством коллизионно-правового метода, как это предусматривалось Регламентом Арбитража МТП (в прежней редакции).<sup>1</sup>

Апелляционный суд Парижа отказал в отмене решения арбитража на том основании, что для установления применимого права арбитр не обременен обязанностью руководствоваться коллизионной нормой конкретной системы права и он абсолютно свободен в отсылке к любым принципам, регулирующим предмет спора. Суд также отметил: «Арбитр, принимая во внимание природу спора, исследовал соответствующие привязки и принял окончательное решение о том, что ни одна из них не оправдывает применение национального права, и поэтому решил применить комплекс принципов и торговых обычаев, именуемых «lex mercatoria», т.е. международных норм, которые могут применяться для решения данного спора при отсутствии определенного национального права».<sup>2</sup>

Таким образом, главный вывод, имеющий первостепенное значение, заключается в том, что применение норм lex mercatoria арбитражным судом при рассмотрении дела не может являться основанием для отказа признания и исполнения данного решения.

Изучив вопросы применения национальными и арбитражными судами норм lex mercatoria, а также вопросы признания и приведения в исполнение арбитражных решений, которые были вынесены при использовании норм lex mercatoria, можно сделать следующие выводы:

- арбитражный суд может применить нормы lex mercatoria при наличии одного из следующих условий: 1) по соглашению сторон lex mercatoria выбрано в качестве применимого права; 2) при отсутствии выбора сторон применимого права, арбитры должны также учитывать при этом торговые обычаи; 3) когда арбитры

---

<sup>1</sup> Канашевский В.А. Указ. соч.С. 255.

<sup>2</sup> Там же.

уполномочены сторонами рассматривать дело в качестве «дружеских посредников» (*amiables compositeurs*) или выносить решение в соответствии с принципом *ex aequo et bono*, т.е. «по справедливости»; 4) арбитры могут применить *lex mercatoria* наряду с национальным законодательством и международными нормами для устранения пробелов в указанных актах, интерпретации договорных условий и для толкования, дополнения положений, закрепленных в праве конкретной страны.

- нормы, которые не являются частью национальной правовой системы, могут применяться помимо инкорпорирования их в контракт, также и в том случае, когда эти нормы могут быть квалифицированы как торговые обычаи.

- В целом, свобода сторон и арбитров делать выбор в пользу того или иного правопорядка, включая *lex mercatoria*, зависит от национального законодательства. С точки зрения юридического позитивизма, именно от национального права зависит окончательное решение вопроса о признании существования *lex mercatoria* как полноценного правопорядка.

- Применение *lex mercatoria* для регулирования международных торговых споров осуществляется исключительно международным коммерческим арбитражем.

- Негативное отношение национальных судов можно истолковать, главным образом, той причиной, что в отличие от арбитражных судов национальные суды связаны коллизионными нормами своей национальной правовой системы. Помимо этого, анализ национальных законодательств и международных соглашений позволяет выделить юридические термины, которые используются в них для определения применимого права к правоотношениям, осложненным иностранным элементом: «право государства», «право страны», «право». И именно указанные причины ограничивают возможность применения национальными судами *lex mercatoria*, так как вкладывают в содержание термина «право» исключительно объективное право.

- На основе анализа законодательства РА можно сделать вывод о том, что *lex mercatoria* не может быть выбрано для регулирования международных коммерческих отношений даже при реализации принципа международного частного права *lex voluntatis*, т.е. по согласию сторон. К данному выводу приходим исходя из анализа

статьи 1284 Гражданского кодекса РФ, где указывается, что «договор регулируется правом государства, выбранным соглашением сторон».

- Национальные суды в случаях оговорки или согласия сторон о выбранном *lex mercatoria* для регулирования своих договорных отношений будут рассматривать соглашение сторон об инкорпорации в контракт.

- Применение *lex mercatoria* арбитражным судом не является само по себе основанием для непризнания и неисполнения вытекающего из *lex mercatoria* арбитражного решения.

## **ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

Проанализировав различные аспекты теории *lex mercatoria* в свете современной юридической практики и теории, включая вопросы установления понятия *lex mercatoria*, раскрытия юридической сущности *lex mercatoria*, предмета его регулирования, установления круга источников *lex mercatoria* и их правовой сущности,

а также вопросы юридических механизмов имплементации *lex mercatoria*, можно подвести определенные выводы относительно *lex mercatoria* как динамично развивающегося явления правовой жизни.

1. Международный коммерческий оборот нуждается в регулировании другими нормами, нежели национальными, так как специальные коллизионные нормы неэффективны. Это объясняется тем, что с помощью коллизионных норм мы отсылаем к иностранной правовой системе, а именно системе норм, которые предусмотрены для регулирования внутреторговых отношений. Необходимые нормы должны отличаться по содержанию от коллидирующих норм. Таким образом, для регулирования внешнеторговых отношений необходимы так же и внегосударственные способы регулирования - источники *lex mercatoria*.

2. В процессе становления и развития *lex mercatoria* прошел несколько периодов, которые непосредственно связаны с этапами развития международной торговли. Истинное *lex mercatoria* как специфический метод регулирования международных торговых отношений возрождается в период политического, экономического и культурного Ренессанса (с XI-XII веков). В Средневековье вырабатываются основные механизмы и принципы функционирования *lex mercatoria*, формируются его источники. Средневековое *lex mercatoria*, в основе которого лежала концепция справедливости (*ex aequo et bono*), предстало как особый правопорядок, возникшее исключительно по воле участников международной торговой деятельности для регулирования коммерческого оборота универсальным способом. Сам термин «*lex mercatoria*» впервые был использован в Средние века, в частности в XIII веке.

В 19 веке, с повышением национализма и процесса юридической кодификации, торговое право было включено в право каждого государства. Оно смешалось с особенностями национального законодательства и, таким образом, международные экономические отношения и трансграничные споры по договорам начали решаться со ссылкой на международное частное право.

Международное сообщество коммерсантов постепенно пришло к выводу о необходимости создания универсальной системы норм, на основе которой можно быстро и эффективно вести торговлю. Таким образом, возникла необходимость



унификации и модернизации торгового регулирования, в итоге произошло возрождение *lex mercatoria* в новом качестве.

3. *Lex mercatoria*, с точки зрения международного делового сообщества, представляет более удобный и более справедливый инструмент правового регулирования отношений между субъектами этого сообщества, чем национальное гражданское и торговое законодательство. Привлекательность *lex mercatoria* для международных коммерсантов объясняется, прежде всего, тем, что его нормы относительно просты по сравнению со сложностью национальных правовых систем, в частности с международным коллизионным методом регулирования международных торговых отношений.

Думается, что *lex mercatoria* - довольно новое явление юридической жизни, бессистемное, сложное и многообразное, но реалистичное, оригинальное и быстро развивающееся исходя из потребностей динамически-развивающейся мировой экономики.

4. *Lex mercatoria* не является самостоятельной системой права, регулирующей все сферы международного коммерческой деятельности, так как система права должна быть в состоянии дать ответ на любой юридический вопрос, который возникает на практике. В противном случае, речь будет идти не о «правовой системе», а о «правовой массе». В связи с этим *lex mercatoria* не подпадает под категорию «система права», так как является неопределенной и незаконченной. Кроме того, предполагаемые правила *lex mercatoria* не охватывают все возможные вопросы, связанные с международной коммерцией. Так же, не существует систематического порядка между предполагаемыми источниками *lex mercatoria*, т.е. *lex mercatoria* не обладает структурированным характером. Так же известно, что система права должна обладать определенной степенью предсказуемости, а правила *lex mercatoria* трудно определить. Ссылки на нее могут содержаться в зарубежных изданиях, которые не всегда легкодоступны. Опять же, многие из статей о *lex mercatoria* отличаются друг от друга и содержат не широкие теории, а несколько конкретных примеров. В этих условиях, определение содержания *lex mercatoria* становится более затруднительным, чем определение содержания иностранного права. Однако с другой стороны, такой

признак правовой системы как способность развиваться полностью обладает *lex mercatoria*, которая постоянно обновляется.

5. Предметом регулирования *lex mercatoria* являются международные коммерческие договоры, заключаемые участниками внешнеэкономической деятельности. Понятие «коммерческие договоры» необходимо трактовать широко, чтобы относить к ним также концессионные договоры, инвестиционные, договоры о предоставлении профессиональных услуг и т.д., а не только коммерческие сделки на поставку или обмен товарами или услугами. Обращение к национальной правовой системе, на наш взгляд, является неминуемым, в связи с тем, что *lex mercatoria* на данный момент не в состоянии урегулировать всю сферу возможных споров, возникающих в международной торговле. Считаем, что распространение области регулирования *lex mercatoria*, по всей видимости, возможно посредством экстенсивного толкования продуктивно применяющихся в традиционных видах международных коммерческих сделок принципов и норм.

6. Источники *lex mercatoria* достаточно разнообразны, не обладают качеством иерархичности и системности, не соподчинены друг другу. Источники *lex mercatoria* представляют из себя неисчерпывающий, открытый список принципов и правил, который постоянно обновляется, но никогда не завершается.

7. Вопрос относительно юридической силы торгового обычая как источника *lex mercatoria* следует рассматривать в контексте и специфики юридической природы самого *lex mercatoria*. Если исходить из позитивистской концепции, то главным критерием для установления юридической силы обычая или придания нормативного характера обычаю является воля государства и полностью зависит от внутринационального права. В рамках же *lex mercatoria*, право надления юридически обязательной силой конкретной правовой нормы принадлежит международному торговому сообществу, т.е. участникам международной торговой деятельности, а не государству.

8. В рамках *lex mercatoria* для признания конкретного правила поведения в качестве обычая не обязательно его соответствие критериям торгового обычая национального законодательства, так как главная задача *lex mercatoria* сводится к

недопущению применения норм национального законодательства для регулирования торговых отношений. В данном случае, главное, чтобы международное бизнес – сообщество рассматривало ее в качестве обычая международной торговли. Кроме того, если мы отмечаем, что *lex mercatoria* является независимым порядком, то и, следовательно, его нормы в виде обычая не должны соответствовать критериям какого-либо национального законодательства.

9. Одними из передовых источников *lex mercatoria* являются Принципы УНИДРУА, ПЕДП и Свод CENTRAL. Принципы УНИДРУА является показателем нового явления частной кодификации, т.е. неофициальной, где гармонизация работы осуществляются без участия законодателей, вне государственной монополии правотворчества. Принципы УНИДРУА разработан на основе сравнительного анализа норм правовых систем различных государств, которые регулируют международные коммерческие договоры. Принципы УНИДРУА применяются, в первую очередь, при наличии волеизъявления сторон.

Немаловажным сводом принципов договорного права являются ПЕДП или Принципы Ландо. ПЕДП не являются законодательством ЕС и не являются обязательными, но они являются сводом правил, которые стороны могут выбрать для регулирования своего договора вместо права конкретной страны. В отличие от Принципов УНИДРУА, сфера регулирования которого международные коммерческие договоры, ПЕДП предназначены для применения исключительно на европейском рынке. ПЕДП применяются, если стороны согласились, что их договор должен регулироваться «общими принципами права», «*lex mercatoria*» или тому подобное; или не выбрали какую-либо систему или право страны для регулирования своего договора, а также могут применяться в том случае, если выбранная система права не дает решения или ответы относительно существующего вопроса. Одной из особенностей ПЕДП как источника транснационального права является его неформальная кодификация или «ползучая кодификация».

Свод CENTRAL основан на тщательном сравнительном исследовании права разных государств и международной торговой практики и предназначен для восполнения доселе «недостающего звена», между теорией транснационального торгового права и международно-правовой практикой. Свод CENTRAL также как и

ПЕДП основан на концепции «ползучей кодификации» транснационального права: неисчерпывающий, открытый список принципов и правил *lex mercatoria*, который постоянно обновляется, но никогда не завершается. В отличие от Принципов УНИДРУА и ПЕДП, этот Свод CENTRAL не ограничивается сферой международного коммерческого договора. Также, в отличие от Принципов УНИДРУА и Принципов Ландо, Свод принципов не является инструментом, который позволил бы обходить применение права конкретного государства. Нормы данного свода недостаточны для непосредственного регулирования договора, в том числе положений, общих для всех гражданско - правовых договоров.

10. Господствующую роль в применении норм *lex mercatoria* играют международные коммерческие арбитражные суды, обладая транснациональной природой, исторически первыми признали у *lex mercatoria* нормативную природу и стали применять при рассмотрении дел. Реальным свидетельством существования *lex mercatoria* является его применимость, т.е. реализация норм *lex mercatoria*. В последнее время происходит некая эволюция теорий международного арбитража, который считается все более и более отделенным от всех национальных законов. В доктрине данный процесс называют «делокализация международного коммерческого арбитража». Особенность данного процесса заключается в том, что арбитраж, отделяется не только от процессуальных законов своего места, но и от любой другой национальной правовой системы и его процессуальных законов, и выносит арбитражное решение без ссылки на какое-либо национальное право, но только на основе правил, согласованных сторонами. Делокализация арбитража привела к большому интересу со стороны международных арбитров к теории транснационального торгового права и более активному использованию его источников.

11. Национальные суды связаны, прежде всего, своими национальными законами и должны применять свои правила для регулирования международных коммерческих договоров. Национальные суды определяют применимое право и законность возможного выбора права сторонами на основе собственных норм международного частного права, т.е. путем применения коллизионных правил форума.

Отрицается возможность применения *lex mercatoria* национальными судами, даже в тех случаях, когда она была выбрана сторонами в качестве права, регулирующего договор.

12. Национальные суды будут рассматривать оговорку сторон о применении *lex mercatoria* для регулирования своих договорных отношений в качестве соглашения сторон об инкорпорации в контракт. В этом случае данная оговорка будет рассматриваться как договорное положение, которое должно применяться и толковаться в соответствии с действующим (внутренним) правом и главный коллизионный вопрос о применимом праве будет решен на основе национальных коллизионных норм. В описанном случае подразумевают два основных различия в отношении к ситуации, когда транснациональные правила должны применяться в рамках *lex mercatoria* вместо внутреннего законодательства. Во-первых, если договор регулируется внутригосударственным правом, его положения (в том числе возможные наборы правил, включенные посредством ссылки) должны соответствовать императивным нормам применимого внутреннего права. В случае конфликта, обязательные/императивные положения регулирующего внутреннего права будут иметь преимущественную силу. Во-вторых, транснациональные правила, включенные посредством ссылки в договоре должны быть согласованы с применимыми положениями действующего законодательства.

13. Поскольку главная роль в реализации норм *lex mercatoria* отводится арбитражным судам, неизбежно возникает важный вопрос относительно действительности и исполнимости арбитражных решений, вынесенных на основе норм *lex mercatoria*. Анализируя армянское законодательство, юридическую литературу и международные договоры, можно сделать вывод о том, что применение *lex mercatoria* арбитражными судами для решения дела само по себе не может являться основанием для непризнания и неисполнения вытекающего из *lex mercatoria* арбитражного решения, т.к. национальный суд не может отказать в признании и приведении в исполнение по основаниям, относящимся к существу спора, а также считается неприемлемым отказ в том случае, если национальный суд посчитает, что исполнение арбитражного решения, основанного на *lex mercatoria*, противоречит национальному публичному порядку.

14. *Lex mercatoria* находится еще на пути своего становления, зарождаются многочисленные правовые идеи, школы и доктрины *lex mercatoria*, создаются все новые принципы *lex mercatoria*, которые в дальнейшем приобретают статус источников *lex mercatoria*. Учитывая процессы постоянной и прогрессирующей кодификации норм *lex mercatoria*, связанные с запросами развивающейся торговли, следует смело отметить, что *lex mercatoria* - «право в действии». Указывая о том, что *lex mercatoria*-право, следует четко подчеркнуть, что *lex mercatoria*-транснациональное право. И в контексте транснационального права, указанная выше «кодификация», не означает и не может означать формализованное законодательство со стороны суверенного законодательного органа, как в традиционной позитивистской модели суверенного нормотворчества сверху вниз. В транснациональном бизнесе или торговле единого законодателя или создателя правовых норм не существует.

## **СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ И ПРАВОВЫХ ИСТОЧНИКОВ**

### **1. Нормативно-правовые акты**

### **1.1. Правовые акты Республики Армения**

1. Конституция Республики Армения (с изменениями 06.12.2015г.). Доступно: <http://www.arlis.am/>
2. Гражданский кодекс Республики Армения (05.05.1998г.). Доступно: <http://www.arlis.am/>
3. Гражданско-процессуальный кодекс Республики Армения (09.04.2018г.). Доступно: <http://www.arlis.am/>
4. Закон Республики Армения «О коммерческом арбитраже» (25.12.2006г.). Доступно: <http://www.arlis.am/>

### **1.2. Правовые акты зарубежных государств**

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть 03.26.11.2001 г.). Доступно: [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru)
6. Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» (07.07.1993 г.). Доступно: [www.consultant.ru](http://www.consultant.ru)
7. Арбитражный закон Австралии 2006 г. Доступно: [www.trans-lex.org](http://www.trans-lex.org)
8. Арбитражный акт Англии 1996 г. Доступно: [www.trans-lex.org](http://www.trans-lex.org)
9. Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве». Доступно: [www.trans-lex.org](http://www.trans-lex.org)
10. Гражданско-процессуальный кодекс Германии. Доступно: [www.trans-lex.org](http://www.trans-lex.org)

### **1.3. Международно-правовые акты**

11. Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли - продажи товаров 1986 г.
12. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.
13. Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.
14. Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г.

#### **1.4. Акты международных организаций**

15. Арбитражный регламент Международной Торговой Палаты (Париж) 1998г.
16. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ 2005г.
17. Регламент Лондонского Международного коммерческого арбитражного суда (ЛСМА) 1998.
18. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010г.
19. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (редакции 1994 г., 2004 г. и 2010 г.).
20. Принципы европейского договорного права (редакции 1995г., 2000г. и 2002г.).
21. Свод принципов, правил и требований lex mercatoria CENTRAL (редакции 2003г., 2008г. и 2013г.).
22. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985).

#### **1.5. Другие документы**

23. Հայեցակարգ Միջազգային մասնավոր իրավունքի բարեփոխման (ՀՀ Քաղաքացիական օրենսգրքի 12-րդ բաժին). Доступно: <http://www.justice.am/legal/view/article/717>

## **2. Научная литература**

### **2.1. Авторефераты и диссертации**

24. Аблѐзгова О.В. Нормы «lex mercatoria» в правовом регулировании международного коммерческого оборота: Дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2008.
25. Карсакова Н.А. Теория lex mercatoria в юридической доктрине и практике. Дис... канд. юрид. наук. Москва 2006.
26. Вилкова Н.Г. Международные коммерческие контракты: теория и практика унификации правового регулирования: Дис... докт. юрид. наук. - М., 2002.



## **2.2. Литература на армянском языке**

27. Հայկյանց Ա.Մ. Ապրանքների միջազգային առուվաճառքի իրավական կարգավորումը: Գիտագործնական ձեռնարկ-Եր.: «Ասողիկ» 2011- 334 էջ
28. Հայկյանց Ա.Մ. Արտաքին տնտեսական պայմանագրերի իրավական կարգավորման հիմնահարցերը և ՀՀ օրենսդրությունը (դասախոսություն). Երևան. 2000. էջ 28
29. Հովհաննիսյան Վ. Վ. Առևտրային արբիտրաժը Հայաստանի Հանրապետությունում. Գիրք. ԵՊՀ հրատարակչություն, 2011. 360 էջ.
30. Հովհաննիսյան Վ. Վ. Արբիտրաժային վճիռների (որոշումների) ճանաչումը և կատարումը Հայաստանի Հանրապետությունում/ Երևանի պետ. համալսարան: Եր.: ԵՊՀ հրատ.– 2009, 208 էջ.
31. Մանուկյան Մ. Հայաստանի Հանրապետության Միջազգային Մասնավոր Իրավունք. ՀՀ Քաղաքացիական օրենսգրքի 12-րդ բաժնի (Միջազգային մասնավոր իրավունք) դրույթների Գիտական և Պրակտիկ մեկնաբանություններ.- Եր.: Հեղ. Հրատ., 2013-էջ 355.

## **2.3. Литература на русском языке**

32. Алимова Я.О. Доктринальные подходы к определению нормативной природы принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. Статья. Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал. 2012. С. 67-72
33. Ануфриева Л.П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный). М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 606
34. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том 2. Особенная часть: Учебник. М.: Издательство БЕК, 2002. С 656
35. Бекашев К.А., Ходаков А.Г. Международное частное право. Сборник документов. М.: Издательство БЕК, 1997. С. 973.
36. Богоусланский М.М. Международное частное право. Современные проблемы. М.ТЕИС. 1994. С. 507

37. Богуславский М.М. Международное частное право. Учебник. 5-е изд., перераб. и доп. М. Юристъ, 2005. С. 604
38. Бутакова Н. А. Обычаи и обыкновения в коммерческой деятельности. Статья. Научные труды Северо-Западной академии государственной службы. Санкт Петербург. Изд-во СЗАГС. 2011. С. 140-149
39. Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., Юрид. изд-во НКЮ СССР. 1940. С. 304.
40. Дмитриева Г.К. Международное частное право: учеб.- 3-е. изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2010. С. 688.
41. Дьяконова А. А. Обычай международной торговли в системе регулирования внешнеэкономических сделок. Монография. Оренбург: ООО ИПК «Университет», 2014. С. 211
42. Ефремова И.С. Особенности применения Принципов УНИДРУА в практике международных арбитражных судов и арбитражных судов Российской Федерации. // Вестник института законодательства и правовой информации имени М.М. Сперанского. - Иркутск: Институт зак-ва и правовой информации им. М.М. Сперанского. 2013. № 3. С. 25-29
43. Зарубина Н. П., Пустельникова Н. О. Lex mercatoria как внегосударственное регулирование трансграничных сделок. Электронное научное издание «Ученые заметки ТОГУ» 2014, Том 5, № 4, С. 879-886
44. Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. - М.: Норма, 2001. - С. 303
45. Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: Право и практика. М.: Международные отношения. 1994. С. 304
46. Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. М.: Международные отношения. 1990. С. 224.
47. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование.- М. Вольтерс Клувер. 2008. С. 608
48. Канашевский В.А. Концепция «lex mercatoria» в международном частном праве// Российский ежегодник международного права. СПб.: СКФ «Россия-Нева». 2008. С. 225-236.

49. Комаров А.С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. - М. Статут. 2013. С. 758
50. Комаров А.С. Принципы УНИДРУА как источник регулирования международных коммерческих договоров // ЭЖ-Юрист. 2001. № 4. С 156.
51. Комментарии к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985г. Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже United Nations publications. Sales No R.95. V.18. С.31
52. Лапшина А.С. К вопросу о праве, применимом международным коммерческим арбитражем. Сибирский юридический вестник. № 1(52). 2011. С.142-147
53. Лебедев С.Н., Кабатова Е.В. Международное частное право. Учебник в 2 томах. Том 1. Общая часть-М.: Статут, 2011. С. 400
54. Литвинский Д.В. «Оговорка о публичном порядке и признание иностранных судебных решений во французском праве» // Закон. Февраль 2013. С. 78-86
55. Литвинский Д.В. Еще раз к пониманию публичного порядка в российском МЧП. Электронный ресурс [http://zakon.ru/Blogs/eshhe\\_raz\\_k\\_ponimaniyu\\_publichnogo\\_poryadka\\_v\\_rossijskom\\_mchp/6291](http://zakon.ru/Blogs/eshhe_raz_k_ponimaniyu_publichnogo_poryadka_v_rossijskom_mchp/6291) (Дата последнего обращения 5.11.2015)
56. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Рос.акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. правовой ун-т. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер. 2005. С 432
57. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. 2-е изд., перераб. и доп. М.: «Юрид. лит.», 1975. С. 504
58. Мажорина М. В. К вопросу о современном *lex mercatoria*. Revista nr. 3-4 2009. Электронный ресурс: <http://studiijuridice.md/> (Дата последнего обращения 02.02.2018)
59. Маковский А.Л., Жильцов А.Н., Муранов А.И. Международное частное право: Иностранное законодательство. М.: Статут, 2000. С. 892
60. Малова О. В. Правовой обычай, обыкновение и общепризнанные принципы и нормы международного права. Сибирский Юридический Вестник. 2001. № 4. Электронный ресурс: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1115398> (Дата последнего обращения 6.02.2015)

61. Манукян М. А., Арутюнян С. Е. Основные признаки действующих институциональных арбитражных судов в Республике Армения. //Евразийский юридический журнал.-2012.-№ 5 (48). С. 20-23
62. Матузов Н.И., А.В. Малько. "Теория государства и права: учебник", Юристъ, 2004, С. 245
63. Мережко А.А. Транснациональное торговое право (lex mercatoria).- К.: Таксон, 2002. С. 464
64. Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража / Под. ред. А.А. Рубапова. М.: Изд-во ИГиП РАН, 1996. С.83
65. Муранов А.И. Давыденко Д.Л. Унификация и согласование права международной торговли: развитие, проблемы и тенденция. Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. М., 2008. Вып. 3, № 14. С. 81-86
66. Муранов А.И. Исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: компетенция российских судов. - М.: Юрид. Дом «Юстицинформ», 2002. С. 167
67. Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. / Отв. ред. А.Д. Рудоквас. Науч. ред. В.С. Ем. - М.: Статут, 2003. С. 685
68. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для вузов. Издательская группа НОРМА - ИНФРА-М, Москва, 1999. С. 552
69. Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. - М.: Зерцало, 1997. С. 608
70. Панасенко М. Возможность выбора ненационального права: lex mercatoria // Белорусский журнал международного права и международных отношений. 2001. № 3. С. 54-58
71. Поляк Г.Б., Маркова А.Н. Всемирная история. Учебник для вузов. В 8 т. Том 2: Средневековая Европа /Отв. ред. Е.В. Гутнова, 3 В. Удалынова. - М.: Наука, 1992. С. 815
72. Рамзайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи. М. Внешторгиздат. 1958. С. 158
73. Федосеева Г.Ю. Международное частное право. М.: Остожье, 2002. С.296
74. Хутыз М.Х. Римское частное право: Курс лекций. М.: «Былина».1994.С.170
75. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. - В 2-х томах. -Том 1. - М.: Международные отношения, 2000. С. 480

76. Шапира Ж. Международное право предпринимательской деятельности. -М.: Прогресс, Универс.,1993- С 157

#### **2.4. Литература на иностранном языке**

77. Arenas L.C. Good faith in the lex mercatoria: an analysis of arbitral practice and major western legal systems. Thesis. University of Portsmouth. 2011. P. 281

78. Avanesian A. B., The New York Convention and Denationalised Arbitral Awards (with Emphasis on the Iran United States Claims Tribunal, Journal of International Arbitration Vol. 8, No. 1, Geneva, March 1991, P. 5-29

79. Baddack F. Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration. LL.M. (International Trade Law), Thesis, Faculty of Law, University of the Western Cape. September 2005.P. 196

80. Berg A. Failure by Arbitrators to Apply Contract Terms from the Perspective of the New York Convention. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in honour of Robert Briner. ICC Pub. No. 693(2005). P. 63-71

81. Berg A. The Commentary on Court Decisions on the New York Convention. 2013. Электронный ресурс. Доступно <http://www.newyorkconvention.org/publications/commentary> (дата последнего посещения 5.11.2015). P. 74

82. Berman H.J., Kaufman C. The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria). Harvard International Law Journal. Vol. 19 (1). 1978. P. 221-277

83. Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Portland, 1807. Vol. 1. P. 496

84. Boele-Woelki K. Principles and Private International Law. Uniform Law Review. 1996. P. 652-678

85. Bonell M.J. The UNIDROIT Principles and Transnational Law. in Berger K.P. (ed.). The Practice of Transnational Law, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2001. P. 23-41.

86. Bonell M.J., “The law applicable to international commercial contracts: the standpoint of Italian doctrine and case-law,” Bale Symposium on the Law Governing Contractual Obligations. Helbig & Lichtenhahn. 1983. P. 248

87. Burdick F.M. Contributions of the Law Merchant to the Common Law// Select Essays in Anglo-American Legal History. Boston, 1909.-Vol 3, P. 34-50.
88. Calliess G.P. Lex Mercatoria: a Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System // German Law Journal. 2001. - № 17. P.35-43.
89. Carbonneau T. E. A Definition of and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate, in: Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration, 2nd ed., The Hague 1998. P 11-21.
90. Commentary to Trans-Lex Principle, Электронный ресурс: <http://www.trans-lex.org/970020> (Дата последнего обращения 5.30.2015)
91. Craig W.L., Park W.W., Paulsson J. International Chamber of Commerce Arbitration. Oceana Publications .2000. P. 952.
92. Cremades B.M., Plehn S.L. The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions // Boston University International Law Journal. 1984. - № 2. P. 317-324.
93. Cuniberti G. Three Theories of Lex Mercatoria. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 52, No. 1, 2013; University of Luxembourg Law Working Paper No. 2013-1, 2014. P. 369-428.
94. Currie B. Selected Essays on the Conflict of Laws. Durham, North California. Duke University Press. 1965. P. 761
95. David R. The International Unification of Private Law. International Encyclopedia of Comparative Law. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971. Part 5. P.218.
96. De Ly F. International Business Law and Lex Mercatoria. Amsterdam Elsevier North-Holand, Emerald Group Publishing Limited, 1992, P. 380.
97. Delaume G.R The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts. Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration, 2nd ed., The Hague 1998. P. 120-141.
98. Gaillard E. “Thirty Years of Lex Mercatoria: Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”, 10 ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, 1995, P. 208-231.
99. Gaillard E. Transnational Law: a Legal System or a Method of Decision-Making? / The Practice of Transnational Law / Ed. by K.P. Berger. The Hague etc.: Kluwer Law International, 2001. P. 59-71.
100. Galgano F. “The New Lex Mercatoria”, Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 2: Iss. 1, 1995, Article 7. P. 99-110.

101. Goldman B., Mann F.A. Introduction // *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant* (Editor - E. Carbonneau). - 1998. Juris Publishing. - P. XIX - XXV.
102. Goldman B. *Lex mercatoria*. Springer Netherlands. 198. P. 24.
103. Goldstajjn A. *The New Law Merchant* // *Journal of Business Law*. 1961. Vol. 3. P. 12-17.
104. Goode R. "Usage and its Reception in Transnational Commercial Law International and Comparative Law Quarterly / Volume 46 / Issue 01 / January 1997. P.1-36.
105. Hight K. *The Enigma of the Lex Mercatoria*// *Tulane Journal of Law*.-1989.N. 63. P.613-616.
106. Howarth R. J. "Lex Mercatoria: can general principles of law govern international commercial contracts?" *CanterLawRw* 2; (2004) 10 *Canterbury Law Review*. P. 36-76
107. Hunter M., Conde E.S. *Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations* // *Journal of World Investment*. 2003. - P. 367-378.
108. ICC Policy and Business practice. Developing neutral legal standards for international contracts. A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts. P. 33
109. Juenger F. *Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law: The Lex Mercatoria and Private International Law*//*Louisiana Law Review*.-Summer, 2000.Vol. 60. P 1133-1150
110. Kappus A. "Lex mercatoria in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980", Frankfurt am Main; New York: P. Lang .1990. P. 232.
111. Kelsen H. *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford University Press. 1999. P. 216.
112. Lando O. *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration* // *International Comparative Law Quarterly*. 1985. Vol. 34. Part 4. P. 747-768
113. Lando O. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute / Essays on International Commercial Arbitration* / Ed. by P. Sanders. Boston; London, 1991. P. 129-159.
114. Lew J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards*.Oceana Publications, 1978. P. 633.

115. Lipstein K. Principles of the Conflict of Laws National and International. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers. 1981. P. 144
116. Lopez Rodriguez A.M. Lex mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU. Denmark. 2003 P. 424.
117. Maniruzzaman A. F.M. The lex mercatoria and international contracts: a challenge for international commercial arbitration? Article. American University International Law Review. 1999. P. 658-732
118. Mann F.A. Introduction / Lex mercatoria and Arbitration: Discussion of the New Law Merchant / Ed. by T.E. Carbonneau. New York: Transnational Juris Publication, Inc, 1990. - P. 19-21
119. Mascareno A., Mereminskayay E. The making of world society through private commercial law: the case of the UNIDROIT Principles. Unif. Law Rev. (2013). 1-26
120. Mazzacano P. The lex mercatoria as autonomous law. CLPE Research Paper 29/2008 Vol. 04 No. 06 P.1-14
121. Mazzacano P.J. The Autonomous Nature of the Lex Mercatoria. Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration. Article. 2012. P. 71-82
122. Mercédeh Azeredo da Silveira and Laurent Lévy. Transgression of the arbitrators' authority: article V (1) (C) of the New York convention. P. 639-678
123. Mustill M. "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years", Arbitration International. 1988. P. 86-119
124. Pryles M. Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // International Arbitration Report. February 2003. P. 319-329.
125. Reinman M. Conflict of Laws in Western Europe. A Guide through the Jungle.-NY: Transnational Publishers, Inc. Irvington, 1995. P. 198
126. Rivkin D. Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria. Arbitration International journal. Volume 9, Issue 1, 01 March 1993. P. 68-70
127. Schmitthoff C. "The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation". The Sources of the Law of International Trade. (1964). P. 3-38.
128. Schmitthoff C.M. Select Essays on International Trade Law. Chia-Jui Cheng (Ed). Martinus Nijhoff Publishers. The Netherlands. 1988. P. 802
129. Schreuer C. Decisions ex aequo et bono under the ICSID Convention. 11(1) ICSID Rev. Foreign Investment Law Journal 37.1996. P. 37-63



130. Trakman L.E. “The evolution of The Law Merchant: Our Commercial Heritage” (Part I), *Journal of Maritime Law and Commerce*. Vol. 12, No.1, October, 1980. P. 1- 4

### Судебная и арбитражная практика

131. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, доступно: <https://www.italaw.com/cases/3373>

132. *AMCO Asia Corporation and others V. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, доступно: <https://www.italaw.com/cases/3475>

133. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, доступно: <https://www.italaw.com/cases/3300>

134. *White urea case*, Switzerland 3 December 1997 Civil Court Basel, Case No. P4 1996/00448), доступно: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971203s2.html>

135. *Pizza cartons case*, Germany 13 April 2000 Lower Court Duisburg, Case No. 49 C 502/00, доступно: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000413g1.html>

136. *Propane case*, Austria 6 February 1996 Supreme Court, Case No. 10 Ob 518/95, доступно: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>

137. *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.*. 1989, Queen’s bench division (Commercial court), QB 728, доступно: <https://i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=150487>

138. *The Gibraltar Football Association (GFA)/Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*, case No. 2002/O/410, доступно: <https://www.trans-lex.org/285000>

139. *Case No. 7110*, ICC International Court of Arbitration (First Partial Award), 1995, доступно: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=713>

140. *Case No. 8261*, ICC International Court of Arbitration, Paris, 1996, доступно: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=624>

141. *Case No. 1641*, ICC International Court of Arbitration, 1996

142. *Case No. 7375*, ICC International Court of Arbitration, Paris, 1996, доступно: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=625>

143. *Case No. 9419*, ICC International Court of Arbitration, Lugano, 1998, доступно: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=664>

144. *Case No. 9875*, ICC International Court of Arbitration, 1999, доступно: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=675>

145. *Pabalk Ticaret v. Ugilor/Norsolor*, ( France, Court of Cassation), 1984, Case No. 83-11.355.
146. *Case No. 5030*, Clunet, ICC International Court of Arbitration, 1993, доступно: <https://www.trans-lex.org/205030>
147. *Case No. 4237*, ICC, YCA 1985, доступно: <https://www.trans-lex.org/204237>
148. *Case No. 2375*, Clunet, ICC International Court of Arbitration, 1976, доступно: <https://www.trans-lex.org/202375>
149. *Case No. 3131*, ICC International Court of Arbitration, 1983, доступно: <https://www.trans-lex.org/203131>
150. *Case No. 5953*, Clunet, ICC International Court of Arbitration, 1990, доступно: <https://www.trans-lex.org/205953>
151. *Case No. 9839*, ICC, YCA 2004, доступно: <https://www.trans-lex.org/209839>
152. *Case No. 3267*, ICC International Court of Arbitration, 1979.
153. *Case No. 2291*, Clunet, ICC International Court of Arbitration, 1976, доступно: <https://www.trans-lex.org/202291>
154. *Case No. 3540*, ICC, YCA 1982, доступно: <https://www.trans-lex.org/203540>
155. *Case No. 8365*, Clunet, ICC International Court of Arbitration, 1997, доступно: <https://www.trans-lex.org/208365>
156. *Case No. 7319*, ICC International Court of Arbitration, Paris, 1992
157. *Case No. 7365*, ICC International Court of Arbitration, Paris, 1997, доступно: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=653>
158. *Case No. 13012*, ICC International Court of Arbitration, 2004, доступно: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1409>
159. *Ostroznik Savo v. La Faraona soc. coop. a r.l.*, Tribunale di Padova, 2005, Case No. 651, доступно: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1005>
160. *Deutsche Schachtbau-Und Tiefbohrgesellschaft M.B.H. v R'as Al-Khaimah National Oil Company*, 27 I.L.M. 1032 (1988), доступно: <https://www.trans-lex.org/382200>
161. Решение МКАС РФ по делу 11/200, доступно: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=16451>
162. Решение МКАС РФ по делу 100/200, доступно: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=515>

163. Определение Верховного Суда РФ от 25.09.1998 N 5-Г98-60, доступно:  
<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB002&n=7111#023245277385995844>

164. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 февраля 2013 г. N 156, доступно:  
[http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_144311](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144311)

165. Հայաստանի Հանրապետության Երևան քաղաքի Կենտրոն և Նորք-Մարաշ համայնքների ընդհանուր իրավասության դատարանի 23/06/2009 թվականի թիվ ԵԲԴ/0024/02/08 որոշում, доступно:  
[http://datalex.am/?app=AppCaseSearch&case\\_id=36873221949095978](http://datalex.am/?app=AppCaseSearch&case_id=36873221949095978)