

На правах рукописи

Дьяконова Алина Андреевна

**ОБЫЧАЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ КАК ИСТОЧНИК
НЕГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СДЕЛОК**

12.00.03 – гражданское право,
предпринимательское право, семейное право,
международное частное право

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Москва-2011

Работа выполнена на кафедре международного частного права
Московской государственной юридической академии
имени О.Е. Кутафина

Научный руководитель: кандидат юридических наук, доцент
Мажорина Мария Викторовна

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор
Зыкин Иван Семенович

кандидат юридических наук, доцент
Гетьман-Павлова Ирина Викторовна

Ведущая организация: **Всероссийская государственная
налоговая академия
Министерства финансов
Российской Федерации**

Защита диссертации состоится 22 сентября 2011 г. в 14.00 на заседании диссертационного совета Д.212.123.03. при Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина по адресу: 123995, г. Москва, ул. Садовая Кудринская, д. 9, зал заседаний диссертационного совета.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина

Автореферат разослан «19» августа 2011 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета
доктор юридических наук,
профессор

И.В. Ершова

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Разрозненность и фрагментарность принятых в торговой сфере конвенций, направленных на унификацию материально-правовых и коллизионно-правовых норм, сложность процедур разработки и ратификации унифицированных международных договоров большинством стран, нежелание последних связывать себя императивными нормами международных соглашений, неспособность государственного механизма адекватно и быстро реагировать на потребности современного коммерческого рынка свидетельствуют о недостаточной эффективности унификации права международной торговли и обуславливают необходимость поиска альтернативных способов нормативного регулирования.

Под влиянием процессов глобализации и интернационализации торговли, развития принципа автономии воли сторон постепенно происходит эволюция системы нормативного регулирования внешнеэкономических сделок (далее – ВЭС): непосредственные участники трансграничных коммерческих отношений – физические и юридические лица – все чаще замещают публичные образования в деле обеспечения единообразного нормативного регламентирования таких трансакций. В результате наряду с правовыми государственными регуляторами появляются и развиваются негосударственные механизмы упорядочения трансграничных торговых отношений. Особую роль начинают приобретать регуляторы, не обязанные своим происхождением государству, а формируемые как результат нормотворческой деятельности международного бизнес-сообщества.

Выделение таких регуляторов из общей массы традиционных для трансграничной торговли источников есть отражение общетеоретической тенденции отхода от позитивистской концепции правопонимания и признания существования «автопойетических», самоорганизующихся

источников права¹. Такие источники создаются непосредственно лицами, не облеченными публично-властными функциями (отсюда их название – негосударственные источники), отличаются добровольным принятием и исполнением адресатами норм. Специфика процесса формирования и наличие особенностей функционирования в качестве регулятора трансграничных торговых отношений позволяют отнести к рассматриваемой группе источников обычаи международной торговли.

Обычаи международной торговли выступают исторически первой формой нормативного воздействия на складывающиеся в процессе трансграничного торгового сотрудничества отношения. В настоящее время обычай является устоявшимся, проверенным временем и одним из распространенных источников регулирования внешнеэкономической деятельности. Обычаи представляют собой основу системы негосударственного регулирования ВЭС, своего рода фундамент, на который надстраиваются иные источники негосударственного регулирования.

На обычаи международной торговли ориентируется судебная и арбитражная практика, ссылки на обычаи содержатся в ряде положений национального законодательства отдельных государств, а также в международных договорах. Отмеченный факт создает весьма благодатную почву для свободного использования обычаев международной торговли в международной договорной практике, превращая их в универсальный нормативный регулятор.

В то же время обычай международной торговли, испытывая на себе влияние происходящих в трансграничной торговле процессов, постоянно трансформируется, видоизменяется, приобретая новые черты и формы. Появляются разнообразные акты неофициальной кодификации обычных

¹ См. об этом: Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4; Чичнева Е.А. Актуальные проблемы современного права, или новое правовое мышление // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2001. № 2.; Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society // Gunther Teubner (ed.), Global Law Without a State. Brookfield: Dartmouth, 1997; Frenkel T. Without Law, but not Lawless // Duke Journal of Comparative and International Law. 1998. № 2; Berger K.P. Transnational Commercial Law in the Age of Globalisation // Saggi, conferenze e seminari 42. Roma, 2001.

правил, нормативная природа которых остается до сих пор дискуссионной².

Широкое применение обычаев международной торговли участниками трансграничной торговли, объемная правоприменительная практика, доктринальные исследования не привели, тем не менее, к формированию в рамках международного частного права единообразного подхода к сущности обычаев международной торговли, их нормативной природе, месту в международной торговой нормативной системе. Дискуссионными остаются также вопросы относительно возможности использования обычаев международной торговли в качестве применимого права к ВЭС наряду с нормами национального права.

Данные обстоятельства обуславливают, в свою очередь, актуальность настоящего исследования, в особенности в контексте отсутствия в отечественной правовой доктрине современных фундаментальных работ по данной тематике, и определяют необходимость систематизации, проведения комплексного анализа имеющихся научных взглядов на обычаи международной торговли.

Степень научной разработанности темы исследования. Несмотря на то, что обычаи международной торговли становились предметом научного интереса значительного числа ученых и теоретиков как советского, так и современного периодов развития отечественной правовой доктрины (работы О.В. Аблезговой, Л.П. Ануфриевой, Н.Г. Вилковой, Г.К. Дмитриевой, В.П. Звекова, В.А. Канашевского, В.В. Кудашкина, Л.А. Лунца, В.А. Мусина, Д.Ф. Рамзайцева, М.Г. Розенберга, Е.А. Щекиной), большинство публикаций по рассматриваемой тематике продолжает по настоящее время носить фрагментарный характер, освещая лишь отдельные аспекты такой категории, как обычаи международной торговли.

Наиболее комплексным подходом к исследуемому предмету отличается

² См., например: Международные правила толкования торговых терминов Инкотермс (ред. 2000, 2010 гг.), Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (ред. 2004, 2010 гг.), Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов UCP 600 (ред. 2006 г.), Унифицированные правила по инкассо URC 522 (ред. 1995 г.), Унифицированные правила для гарантий по требованию URDG 758 (ред. 2010 г.) и др.

работа И.С. Зыкина «Обычаи и обыкновения в международной торговле: понятие, применение, формирование, применимое право и типовые контракты»³. Однако впервые опубликованная в 1983 году она содержит комплексный анализ норм советского права и не учитывает актуальные тенденции развития обычаев международной торговли, действующее российское законодательство и современную судебную-арбитражную практику.

Объектом исследования выступают трансграничные отношения, возникающие в сфере международной торговли и регулируемые обычаями международной торговли.

Предмет исследования соответствует тематике диссертационной работы и включает нормы международных договоров, частного права России и зарубежных стран, обычаи и обыкновения, отечественную и иностранную судебную-арбитражную практику, складывающуюся при применении обычаев международной торговли, международные акты негосударственной кодификации, доктрину.

Цель и задачи исследования. Целью исследования является формирование концепции понимания обычаев международной торговли как регуляторов ВЭС в контексте современных эволюционных процессов, происходящих как в рамках объективно развивающихся трансграничных торговых отношений, так и с учетом трансформации системообразующих критериев юридической системы.

Основными задачами, способствующими достижению поставленной цели, являются следующие:

- 1) провести онтологический анализ источников регулирования, образующих международную торговую нормативную систему, через призму современного синергетического подхода к понятию «источник права» и классифицировать их в зависимости от нормативной природы;

³ См.: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: понятие, применение, формирование, применимое право и типовые контракты. М.: «Международные отношения», 1983, а также: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. Дис. к.ю.н. М., 1979.

2) исследовать категории «источник права» и «правовой регулятор» в их соотношении и взаимосвязи;

3) установить факторы, предопределившие появление автономной от государства системы источников регулирования ВЭС как наиболее эффективной и гибкой среди регуляторов трансграничной торговли, определить качественное содержание данной системы;

4) раскрыть признаки и сформулировать понятие обычаев международной торговли;

5) дать сравнительную характеристику обычаев и обыкновений (custom и usage) международной торговли;

6) выявить особенности юридической природы обычая международной торговли и доказать, что он является «автопойетическим» источником права;

7) определить место обычая международной торговли в системе регулирования ВЭС в соотношении с такими феноменами, как *lex mercatoria*, транснациональное «мягкое право» (Soft Law);

8) проанализировать таксономический аспект обычаев международной торговли и предложить их классификацию;

9) рассмотреть Правила Инкотермс 2010, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА в редакции 2004, 2010 годов, Унифицированные правила МТП и другие источники неофициальной кодификации в соотношении с обычаями международной торговли;

10) изучить сложившуюся практику применения обычаев международной торговли в деятельности международных коммерческих арбитражей, а также отечественных и зарубежных судов, выявить проблемы и обозначить современные тенденции развития этой практики.

Методологическую основу исследования составили общенаучные методы познания: метод анализа, синтеза, индукции, дедукции, аналогии, гипотезы, системный метод. При подготовке диссертационной работы также были применены частноправовые методы исследования: формально-

юридический, сравнительно-правовой, формально-логический, метод моделирования.

Нормативная база исследования. Двойственный характер источников, имеющих отношение к объекту диссертационного исследования, предопределил необходимость осуществления их анализа на двух уровнях правового регулирования – национальном и международно-правовом, что обусловило использование в качестве нормативной базы диссертационной работы национального законодательства РФ, зарубежных стран (Великобритании, Франции, Швейцарии, Дании, Бельгии, Финляндии, США), в том числе государств-членов СНГ (Украина), а также международных нормативных актов (Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года, Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 года, Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 года, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года, Принципы УНИДРУА, Правила Инкотермс в редакции 2000 и 2010 гг. и др.). Кроме того, в ходе написания диссертации автором были исследованы отечественная и зарубежная арбитражная практика, а также материалы дел, рассмотренных международными коммерческими арбитражами и, в первую очередь, Международным арбитражным судом МТП.

Теоретическую основу исследования составляют работы по общей теории права, философии права, международному частному праву, международному публичному праву, гражданскому праву.

При исследовании общетеоретических аспектов обычаев международной торговли были проанализированы работы ученых-правоведов в общей теории права: С.С. Алексеева, А.Б. Венгерова, Ю.Ю. Ветютнева, П.Г. Виноградова, Л.Н. Гранат, Р.З. Лившица, Я.М. Магазинера, А.В. Малько, О.В. Мальцева, Л.А. Морозовой, Н.И. Матузова, В.В. Наумкина, В.С. Нерсесянца, И.Б. Новицкого, А.В. Прохачева,

М.В. Цвика; труды ученых-цивилистов: С.И. Вильнянского, В.В. Долинской, А.И. Каминка, Я.Н. Караваевой, В.М. Корецкого, Г.Ф. Шершеневича и др., а также специалистов в области международного публичного права: Ю.С. Безбородова, Г.М. Вельяминова, И.И. Лукашука, Г.И. Тункина, В.М. Шумилова и др.

Из работ, написанных специалистами международного частного права, были исследованы труды Л.П. Ануфриевой, М.П. Бардиной, С.В. Бахина, А.П. Белова, М.М. Богуславского, Н.Г. Вилковой, Д.М. Генкина, Г.К. Дмитриевой, Н.Ю. Ерпылевой, В.П. Звекова, И.С. Зыкина, В.А. Канашевского, А.С. Комарова, А.В. Кукина, Л.А. Лунца, М.В. Мажориной, О.В. Мата, А.А. Мережко, Т.Н. Нешатаевой, Д.Ф. Рамзайцева, М.Г. Розенберга, Н.В. Тригубович, О.В. Фоновой, Е.А. Щекиной и др.

При анализе отдельных аспектов обычаев международной торговли автор обращался к публикациям таких зарубежных авторов, как: С. Бейнбридж (S. Bainbrige), Р. Бакстер (R. Baxter), К.П. Бергер (K.P. Berger), Х.Ж. Берман (H.J. Bergmann), М.Ж. Боннел (M.J. Bonell), К. Браннер (C. Brunner), Дж. П. Калисс (G.P. Calliess), Дж. К. Чешир (G.C. Cheshire), Ф.Ж. Дассер (F.J Dasser), Л.А. ДиМацо (L.A. DiMattco), К.Р. Драхозал (C.R. Drahozal), Р-Ж. Дюпюи (R.-J. Dupuy), М. Элкин (M. Elcin), Дж. Фелемэгас (J. Felemegas), Т. Френкел (T. Frenkel), Г. Гэбриэл (H. Gabriel), Э. Гайлард (E. Gailard), Ж. Голд (J. Gold), Б. Голдман (B. Goldman), А. Голдштейн (A. Goldstajn), Р. Гуд (R. Goode), К. Хайет (K. Hight), Х.В. Хут (H.V.Houtte), Г. Кауфман-Колер (G. Kaufmann-Kohler), О. Ландо (O. Lando), А. Лоунфельд (A. Lowenfeld), П. Норт (P. North), М. Сэнсон (M. Sanson), К.М. Шмиттгофф (C.M. Shmitthoff) и др.

Научная новизна диссертации заключается в том, что в ней сформулирована современная концепция понимания обычая международной торговли как регулятора внешнеэкономических сделок на основе синергетического подхода к праву и с учетом тенденций развития

трансграничных коммерческих и торговых отношений. Отдельные элементы научной новизны исследования конкретизированы в **положениях, выносимых на защиту**:

1. Исходя из эволюции общетеоретического подхода к категории «источник права» – отказа от позитивистского подхода в пользу синергетического, усложнения форм саморегуляции, появления новых нормативных регуляторов внешнеторговых отношений, сформулировано определение обычая международной торговли как *самоорганизующегося* (автопойетического) источника права – автономного от государства в своей онтологии, имеющего социально-общественное происхождение, непрерывно развивающегося источника права, территориальные и временные пределы действия которого не детерминированы государством.

2. Обычай международной торговли обретает новые признаки, обусловленные современным развитием трансграничных торговых отношений:

1) специфический субъект нормотворчества – международное бизнес-сообщество, не наделенное государственно-властными правотворческими полномочиями, одновременно выступает субъектом нормотворчества и субъектом нормоприменения;

2) достаточность признания со стороны официальных властей (*opinio juris*);

3) общественные, внесударственные механизмы гарантирования применения: деловая репутация, практика международных коммерческих арбитражей, регистрация обычаев в торгово-промышленных палатах;

4) особую роль в установлении таких традиционных критериев обычая, как устойчивость, единообразие, широкая известность, длительность существования практики, играют новые универсальные формы объективирования обычаев международной торговли – акты неофициальной кодификации, а также иные формы письменной фиксации обычаев, как правило, в неправовых источниках (Инкотермс, Принципы УНИДРУА,

Унифицированные правила МТП и пр.);

3. Неофициальная кодификация обычаев международной торговли, осуществляемая международными неправительственными организациями, является:

1) одной из форм выражения признания международным бизнес-сообществом обычая международной торговли;

2) методом объективирования обычаев международной торговли путем их обобщения и документирования с целью упрощения использования обычаев международной торговли в правоприменительной практике;

3) формой единообразного толкования обычаев международной торговли для целей правоприменительной практики.

4. Обычай международной торговли в процессе правоприменения выполняет следующие функции:

- функция первичного нормативного регулирования трансграничных торговых отношений – обычай непосредственно применяется для регулирования трансграничных торговых отношений по существу, а также для определения подлежащего применению права в отдельных сферах торговли;

- функция восполнения пробелов международных договоров – применение обычая международной торговли в таком случае исключает необходимость обращения к праву, применимому в силу норм международного частного права;

- функция толкования условий международных коммерческих контрактов.

5. Наряду с традиционно признаваемыми обычаями международной торговли, содержащими материально-правовые нормы, следует выделять обычаи, содержащие коллизионные нормы. Обычаи международной торговли могут стать источником коллизионных норм в сферах: электронной торговли (обычаи применения права государства организатора электронных торгов, права места получения электронно-цифровой подписи, права,

избранного оператором электронной торговой площадки); строительного подряда (обычай, согласно которому качество используемых для строительства стройматериалов определяется по праву государства, в котором находится коммерческое предприятие подрядчика); трансграничных контрактов с участием государства (обычай, в соответствии с которым при отсутствии прямой ссылки сторон на применимое право отношения, вытекающие из данных соглашений, будут регулироваться правом стороны-государства), а также в новых трансграничных договорных конструкциях.

6. Дано толкование ст. 9 Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года как формулирующей разные условия применения обычаев международной торговли: 1) если обычай широко известен в той сфере международной торговли, где складываются отношения между сторонами, он применяется в отсутствие специальной договоренности сторон; 2) если обычай возник в иной отрасли предпринимательства, применим к другому типу договора или имеет локальную природу, его применение обусловлено договоренностью сторон.

В целях облегчения и упорядочения правоприменительного процесса предлагается включать в текст конвенций, регулирующих ВЭС, и (или) непосредственно в текст международных коммерческих контрактов следующую оговорку: «Стороны связаны положениями контракта, обычаями, применимыми к контракту или оговоренными в контракте, а также применимым к их отношениям международным договором, если только стороны, руководствуясь дозволениями норм такого международного договора, не исключили его применение. Вопросы, не урегулированные в соответствующем международном договоре и в соответствии с ним, подлежат разрешению в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права».

Теоретическая и практическая значимость исследования. Материалы диссертации могут быть использованы в законотворческой и правоприменительной деятельности, применяться в учебном процессе

преподавания курса международного частного права, а также спецкурсов по праву международной торговли, правовому регулированию внешнеэкономических сделок.

Результаты проведенного автором исследования могут послужить основой для дальнейшей разработки теоретических и методологических проблем в рассматриваемой области.

Апробация результатов диссертационного исследования. Результаты диссертационного исследования были изложены автором в ходе выступлений на научных конференциях, в процессе подготовки и проведения семинаров по международному частному праву в рамках педагогической практики.

Основные выводы диссертационной работы отражены в публикациях диссертанта.

Структура диссертации обусловлена предметом, целями и задачами исследования. Работа включает введение, две главы, состоящие из десяти параграфов, заключение и библиографический список.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ ДИССЕРТАЦИИ

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертации; определяются объект и предмет исследования; анализируется степень научной разработанности темы; формулируются цель работы и вытекающие из нее задачи; представляются методологические и теоретические основы исследования; обосновывается научная новизна диссертации; формулируются основные положения, выносимые на защиту; выявляется теоретическая и практическая значимость работы; приводятся данные апробации результатов, полученных в результате исследования.

Глава I «Нормативная система регулирования ВЭС: нормы государственного и негосударственного происхождения» состоит из шести параграфов. В первой главе: исследуется общетеоретическая категория «источник права» с учетом современных эволюционных процессов, которые

проецируются на обычаи международной торговли как регуляторы трансграничных коммерческих и торговых отношений, анализируются юридическая природа, место обычаев международной торговли в международной торговой нормативной системе, соотношение с иными регуляторами ВЭС.

В первом параграфе **«Источник права и правовой регулятор: место в системе регулирования ВЭС»** излагаются отправные моменты, лежащие в основе дальнейшего исследования онтологических проблем обычаев международной торговли.

В диссертации обращается внимание на то, что на современном этапе развития трансграничной торговли под влиянием процессов интернационализации хозяйственной жизни, интеграции национальных экономик, диверсификации международных коммерческих трансакций и глобализации происходит эволюция системы нормативного регулирования трансграничной торговли, которая выступает отражением процесса трансформации категории «источник права» в общеправовой теории.

Как подчеркивается диссертантом, в теории государства и права в противовес позитивистской концепции к категории «источник права» формируется интегративный, системный подход, в рамках которого источник права уже не мыслится как равнозначный понятию «форма права», а толкуется расширительно. В контексте отмеченного подхода с опорой на позиции ряда зарубежных авторов формулируется вывод о наличии двух классов правовых источников, регламентирующих отношения по ВЭС: 1) источники государственного регулирования, включающие нормы государственного происхождения и формирующиеся как результат правотворческой деятельности органов государственной власти; напрямую исходящие от государства или группы государств; 2) источники негосударственного регулирования, содержащие нормы негосударственного происхождения и создаваемые непосредственно лицами, не облеченными публично-властными функциями. Это так называемые самоорганизующиеся,

самоуправленческие источники регулирования ВЭС, действующие как «автопойетическая» система.

Активное развитие источников второго класса, все более широкое признание последних на международном уровне, наличие судебной и арбитражной практики свидетельствуют о необходимости постепенного отхода в доктрине международного частного права от формального толкования категории «источник права» в пользу синергетического подхода и учета критерия эффективности/неэффективности нормативного регулирования.

Во втором параграфе **«Соотношение источников государственного и негосударственного регулирования ВЭС»** на примере анализа ряда национальных и международно-правовых норм отмечается, что источники государственного регулирования ВЭС не в состоянии в полной мере обеспечить адекватное упорядочение трансграничных торговых отношений в силу их неэффективности, инертности, неприспособленности к актуальным потребностям глобального торгового рынка, а также излишнего формализма в процедуре имплементации. Данные обстоятельства побудили самих участников международного торгового оборота консолидировать свои усилия в деле осуществления автономной от государства деятельности по регламентации складывающихся между ними отношений. Результатом такой активной нормотворческой деятельности частных субъектов стали источники негосударственного регулирования ВЭС.

Автором исследованы отечественные и иностранные доктринальные подходы к содержанию категории «источники негосударственного регулирования ВЭС». Также выделены основные факторы, побуждающие хозяйствующих субъектов использовать источники негосударственного регулирования ВЭС на практике: универсальный характер, гибкость, возможность трансформации, неформализованность, опора на практику и др.

В третьем параграфе **«Место и значение обычая международной торговли в системе регулирования ВЭС»** обычай международной торговли

рассматривается в соотношении с иными регуляторами ВЭС: международным торговым обычаем, обычаем международного делового оборота.

В данном параграфе обоснована необходимость дифференциации обычая международной торговли и международного торгового обычая как, соответственно, источника регулирования трансграничных торговых отношений, составляющих предмет права международной торговли, и источника регулирования международных публичных отношений торгового характера, являющихся предметом международного торгового права.

Что касается соотношения терминов «обычай международной торговли» и «обычай международного делового оборота», автором усматривается их общая юридическая природа. Сходство рассматриваемых понятий предопределено самой характеристикой делового оборота как внешней формы выражения предпринимательской (или коммерческой) деятельности, которая не сводима исключительно к процессу торговли товарами, работами и услугами, но предполагает также валютные, финансово-кредитные операции, инвестиционное сотрудничество. В силу данного факта правильнее было бы говорить об обычаях международной торговли как об одной из разновидностей обычаев международного делового оборота и рассматривать данные понятия в соотношении общего (обычай делового оборота) и частного (обычай международной торговли).

В рассматриваемом параграфе исследуются также два подхода к онтологической сущности обычаев международной торговли: 1) в рамках первого подхода определение обычаев международной торговли формулируется с опорой на общетеоретическую дефиницию торгового обычая (Д.Ф. Рамзайцев, И.С. Зыкин, В.П. Звекон, М.М. Богуславский); 2) последователи второго подхода либо обосновывают специальную дефиницию обычаев международной торговли (В.А. Канашевский, Н.Ю. Ерпылева, Е.А. Щекина), либо указывают на отдельные характеристики обычаев или пытаются раскрыть их сущность путем приведения

соответствующих примеров из международной деловой практики (Н.Г. Вилкова, В.А. Мусин, М.Г. Розенберг).

Исходя из эволюции общетеоретического подхода к категории «источник права» – отказа от позитивистского подхода в пользу синергетического, усложнения форм саморегуляции, появления новых нормативных регуляторов внешнеторговых отношений сформулировано определение обычая международной торговли как *самоорганизующегося* (автопойетического) источника права – автономного от государства в своей онтологии, имеющего социально-общественное происхождение, непрерывно развивающегося источника права, территориальные и временные пределы действия которого не детерминированы государством.

Автором обосновываются функции, которые выполняют обычаи международной торговли в процессе правоприменения: функция первичного нормативного регулирования трансграничных торговых отношений; функция восполнения пробелов международных договоров и функция толкования условий международных коммерческих контрактов.

В четвертом параграфе **«Обычаи и обыкновения международной торговли»** дается сравнительная характеристика категорий «обычай» (custom) и «обыкновение» (usage) международной торговли в их соотношении и взаимодействии с опорой на научную литературу и нормативно-правовые источники, а также с учетом материалов современной судебной и арбитражной практики.

Ретроспективный анализ существующих взглядов российских и иностранных исследователей позволил выделить в рамках указанного параграфа два основных подхода к проблеме соотношения обычаев и обыкновений международной торговли: 1) классический (традиционный) подход, дифференцирующий указанные понятия, и 2) современный (нетрадиционный) подход, рассматривающий обычаи и обыкновения как тождественные друг другу категории.

Как отмечается в работе, современный (нетрадиционный) подход к

соотношению обычая и обыкновения получил широкую поддержку среди теоретиков и цивилистов отечественной науки, но лишь в позициях немногих исследователей международного частного права снискал научное признание и подтверждение.

В пользу нетрадиционного подхода к соотношению обычая и обыкновения международной торговли свидетельствует практика международных коммерческих арбитражей, в том числе МКАС при ТПП РФ, по рассмотрению споров, вытекающих из внешнеэкономических сделок. Также на аутентичность обычая и обыкновения международной торговли указывают нормы международных договоров (ст. 9 Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года), нормы законодательства ряда зарубежных государств (Испания, США, Германия, Япония), в которых конструкция слова «обычай» используется фактически в значении термина «обыкновение».

Необходимость выделения в самостоятельную категорию обычая международной торговли (*trade custom*) обусловлена, по большей части, морфологическими нюансами существительных *trade custom* и *trade usage* и, в частности, тем, что термин «обыкновение» (*trade usage*) в английском языке лишено формы прилагательного, что обуславливает использование в форме прилагательного понятия «обычай» (*trade custom*).

Таким образом, в диссертации обосновывается, что термин «обычай международной торговли» по своему содержанию эквивалентен англоязычному термину «usage» (фр. *usage*) и представляет собой один из регуляторов трансграничных коммерческих и торговых отношений, в то время как термин «custom» (фр. *coutume*) используется в значении источника регулирования международных (межгосударственных) торговых отношений. Исходя из этого, дается толкование статьи 9 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года как формулирующей разные условия применения обычаев международной торговли.

Пятый параграф «**Обычай международной торговли и *lex mercatoria***» посвящен исследованию обычая международной торговли в соотношении с *lex mercatoria*.

В отечественной и зарубежной литературе относительно онтологической природы *lex mercatoria* выделяются два подхода: 1) согласно первому подходу *lex mercatoria* признается в качестве самодостаточной правовой системы, охватывающей все аспекты международных коммерческих отношений и исключающей применение национального права; 2) в противовес первому второй подход отказывает *lex mercatoria* в наличии признаков самостоятельной правовой системы, но подчеркивает возможность его использования в качестве альтернативы или в дополнение к применимому праву.

Автор исходит в работе из того, что отсутствие весомых предпосылок, а также размытость, фрагментарность и бессистемность источников *lex mercatoria* не позволяют в настоящее время рассматривать его в качестве правовой системы. Отсюда следует, что и источники, образующие *lex mercatoria*, также имеют неправовой характер, в связи с чем ставится под сомнение правомерность включения в состав рассматриваемого явления обычаев международной торговли.

Вместе с тем, необходимо подчеркнуть, что обычай международной торговли, хотя и не является источником *lex mercatoria*, в то же время, будучи негосударственным по своему происхождению, возникает и складывается в «лоне» *lex mercatoria* наряду с заведенным порядком. *Lex mercatoria* служит для обычая своеобразным «инкубатором», в котором обычай появляется. Однако с течением времени, в результате масштабного распространения в международной деловой практике и широкого признания со стороны государств обычай международной торговли постепенно «высвобождается» из пределов неправового *lex mercatoria* и переходит на качественно новый уровень своего развития – в виде источника права, сохраняя с *lex mercatoria* генеалогическую связь.

В шестом параграфе «Обычай международной торговли и «Soft Law» автором предлагается использовать в рамках международного частного права русскоязычный эквивалент английского термина «Soft Law» и интерпретировать его как транснациональное «мягкое право», которое по аналогии с «Soft Law» будет обозначать в международном частном праве систему норм рекомендательного характера.

Отмеченные в диссертации особенности транснационального «мягкого права» сближают его с обычаями международной торговли: обусловленность действием принципа автономии воли сторон, негосударственная нормативная природа, обеспечение посредством добровольного следования, общая цель – обеспечить гибкое и эффективное регулирование международного делового оборота. Вместе с тем, подчеркивается, что наличие у рассматриваемых явлений ряда общих черт не должно расцениваться как доказательство аутентичности обычая международной торговли и источников транснационального «мягкого права».

Соответственно, документы, образующие транснациональное «мягкое право», могут содержать нормы обычаев международной торговли и служить доказательством существования и широкого применения обычая в международной деловой практике. Путем закрепления в источниках транснационального «мягкого права» обычаи международной торговли облекаются в доступную для восприятия внешнюю форму, которая документально объективирует нормы обычаев и, усиливая регулятивный эффект обычая, в значительной мере облегчает его применение, как сторонами внешнеэкономических сделок, так и международным коммерческим арбитражем или судом. Тот факт, что подобного рода документы обладают универсальностью, всеобщим признанием и представляют собой результат деятельности по систематизации и объективизации обычных (и не только) правил, позволяет рассматривать их в настоящее время в качестве одного из современных способов (форм) кодификации обычаев международной торговли.

В данном параграфе затрагиваются такие источники транснационального мягкого права, как: кодексы поведения, модельные (единообразные) законы, правовые руководства, а также своды наиболее распространенных норм и принципов, регулирующих международные коммерческие сделки.

Автор делает выводы относительно современного значения неофициальной кодификации обычаев международной торговли, осуществляемой международными неправительственными организациями.

Глава II «Сущность и юридическая природа обычаев международной торговли» состоит из четырех параграфов.

В первом параграфе **«Юридическая природа обычаев международной торговли»** приводится детальный анализ трех основных подходов к сущности обычая международной торговли: 1) обычаи международной торговли рассматриваются как имеющие национально-правовую природу и санкционируемые конкретным государством; 2) обычаи международной торговли обладают международной публично-правовой (межгосударственной) сущностью; 3) обычаи международной торговли трактуются в качестве автономного от национального и международного правопорядков феномена. Автор последовательно доказывает обоснованность третьего подхода к сущности обычаев международной торговли.

Проведенный анализ позволяет выделить следующие новые признаки обычаев международной торговли как источника права: специфический субъект нормотворчества – международное бизнес-сообщество; достаточность признания со стороны официальных властей (*opinio juris*); общественные, внегосударственные механизмы гарантирования применения (деловая репутация, практика международных коммерческих арбитражей, регистрация обычаев в торгово-промышленных палатах); особую роль в установлении таких традиционных критериев обычая, как устойчивость, единообразие, широкая известность, длительность существования практики,

играют новые универсальные формы объективирования обычаев международной торговли – акты неофициальной кодификации, а также иные формы письменной фиксации обычаев, как правило, в неправовых источниках (Инкотермс, Принципы УНИДРУА, Унифицированные правила МТП и пр.).

Во втором параграфе **«Виды обычаев международной торговли»** исследуется таксономический аспект обычаев международной торговли.

В работе анализируются различные основания классификации обычаев международной торговли: в зависимости от сферы действия обычаев; их значимости и уровня применения; по признаку принадлежности обычаев к сфере публичного и частного права; с точки зрения применения обычаев к отдельным этапам формирования договорных отношений между хозяйствующими субъектами различных государств; по критерию территориальности действия обычаев международной торговли; по признаку гарантированности обычая государственной защитой; по признаку соотношения с законом.

Особое внимание уделено классификации обычаев международной торговли, основанной на характере содержащихся в них норм: 1) обычаи международной торговли, содержащие материально-правовые нормы, непосредственно устанавливающие права и обязанности участников ВЭС, и 2) обычаи международной торговли, содержащие коллизионные нормы, позволяющие осуществить выбор компетентного правопорядка.

Отмечается, что в условиях существенной трансформации современных трансграничных торговых отношений и в контексте п. 1 ст. 1186 Гражданского кодекса РФ обычаи, содержащие коллизионные нормы, могут стать источником коллизионных норм в сферах: электронной торговли (обычаи применения права государства организатора электронных торгов, права места получения электронно-цифровой подписи, права, избранного оператором электронной торговой площадки); строительного подряда (обычай, согласно которому качество используемых для строительства

стройматериалов определяется по праву государства, в котором находится коммерческое предприятие подрядчика); трансграничных контрактов с участием государства (обычай, в соответствии с которым при отсутствии прямой ссылки сторон на применимое право отношения, вытекающие из данных соглашений, будут регулироваться правом стороны-государства), а также в новых трансграничных договорных конструкциях.

В третьем параграфе «**Акты неофициальной кодификации обычаев международной торговли**» рассматриваются наиболее распространенные в международной деловой практике акты неофициальной кодификации обычаев международной торговли: Международные правила по толкованию торговых терминов Инкотермс, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (UCP 600), Унифицированные правила по инкассо (URC 522), Унифицированные правила для гарантий по требованию (URDG 758), Условия страхования грузов, разработанные Объединением лондонских страховщиков (Institute Cargo Clauses), Йорк-Антверпенские правила об общей аварии (York-Antwerp Rules).

В работе обосновывается, что данные акты являются источниками транснационального «мягкого права», что позволяет квалифицировать их как один из наиболее удобных способов кодификации обычаев.

В четвертом параграфе «**Современные тенденции развития обычаев международной торговли**» сформулированные в диссертации выводы теоретического характера подкрепляются современной практикой рассмотрения трансграничных коммерческих споров, решения по которым были вынесены с опорой на обычаи международной торговли.

На основе проведенного анализа международной, отечественной и зарубежной арбитражной практики применения обычаев международной торговли выделены следующие тенденции их развития:

- 1) избрание обычаев международной торговли в качестве применимого к существу спора права;

2) расширение сферы действия обычаев международной торговли и распространение ее не только на трансграничные торговые отношения, но и на внутринациональный оборот применительно к гражданско-правовым сделкам, лишенным традиционного для международного частного права иностранного элемента;

3) постепенная трансформация обычаев международной торговли в формальный источник права и придание им силы норм закона;

4) применение обычаев в практике разрешения международных коммерческих споров перед диспозитивными нормами национального или международного правопорядка;

5) отсутствие необходимости для сторон доказывать существование обычая в качестве фактического обстоятельства по делу. Условия для укрепления данной тенденции в российской правовой действительности, по нашему мнению, уже созданы отечественным законодательством: представляется, что ст. 1191 ГК РФ, устанавливающая порядок определения содержания норм иностранного права, может быть применена в порядке аналогии и при установлении арбитражем содержания нормы обычая международной торговли.

В **заключении** подводятся итоги проведенного исследования, излагаются основные выводы автора.

Основные положения диссертации опубликованы в следующих научных работах, общим объемом 4,1 п.л.:

1. **Дьяконова А.А.** Система источников негосударственного регулирования внешнеэкономических сделок // Право и современность: Сборник научно-практических статей / Под редакцией Л.И. Бочковой, С.В. Савинова. Вып. 3. Ч. 2. Саратов: СЮИ МВД России, 2008. - 0,2 п.л.

2. **Дьяконова А.А.** Эффективность негосударственного регулирования международных торговых сделок // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА (выпуск 9), 2008. - 0,6 п.л.

3. **Дьяконова А.А.** Обычаи, применяемые в сфере международной торговли // Вестник Оренбургского государственного университета, 2009. № 2, февраль. - 0,1 п.л.
4. **Дьяконова А.А.** Применение обычаев международной торговли как одна из современных тенденций развития международного делового оборота // Право третьего тысячелетия. Вып. I, Ставрополь: Изд-во СКСИ, 2009. - 0,5 п.л.
5. **Дьяконова А.А.** К вопросу о соотношении обычаев и обыкновений международной торговли // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА (выпуск 10), 2009. - 0,6 п.л.
6. **Дьяконова А.А.** Роль международных торговых обычаев и обыкновений в регулировании современного внешнеторгового оборота // Право и современность: Сборник научно-практических статей / Под редакцией Л.И. Бочковой, С.В. Савинова. Вып. 4. Ч. 2. Саратов: СЮИ МВД России, 2009. - 0,2 п.л.
7. **Дьяконова А.А.** Международный обычай как одна из форм реализации эпистемологической «конвенции» в юридической науке // Вестник Оренбургского государственного университета, 2010. № 4, апрель. - 0,1 п.л.
8. **Дьяконова А.А.** Источники регулирования правоотношений по внешнеэкономическим сделкам // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА» (выпуск 11), 2010. - 0,6 п.л.
9. **Дьяконова А.А.** Обычаи международной торговли (дефиниция, признаки, виды) // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА (выпуск 13), 2011. - 0,9 п.л.
10. **Дьяконова А.А.** Унификация обычаев международной торговли. Правила Инкотермс // Материалы докладов участников II межвузовской научно-практической конференции «Актуальные вопросы становления и развития современного законодательства РФ», проводимой в рамках Дней молодежной науки в Оренбургской области. Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА (выпуск 13), 2011. - 0,3 п.л.