

ОБЫЧАИ И ОБЫКНОВЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ КАК ИСТОЧНИКИ LEX MERCATORIA

С.Е. Арутюнян

АННОТАЦИЯ

Данная статья посвящена рассмотрению международного торгового обычая и обыкновения как одних из главных источников *lex mercatoria*. В работе проводится детальный анализ терминов, обозначающих торговый обычай, также осуществлен анализ условий, позволяющих отнести конкретное правило поведения к обычаю.

Ключевые слова: международный торговый обычай, обыкновение, *lex mercatoria*.

Современный оборот товаров охватывает такое многообразие различных торговых сделок, что ни одна национальная правовая система, включая международное частное право, не в состоянии предоставить механизмы регулирования всевозможных явлений, возникающих в международном торговом обороте. И в связи с тем, что этот международный торговый оборот развивается стремительно и как следствие происходит интернационализация хозяйственной жизни, возникают потребности регулирования правоотношений более гибкими инструментами такими, как торговый обычай, обыкновение.

Международный торговый обычай и обыкновения также являются источниками *lex mercatoria*. Как отмечается многими специалистами, торговый обычай является первым источником *lex mercatoria*, который возник вместе с самой торговлей и считается одним из главных источников *lex mercatoria*. Они являются своеобразными нормами *lex mercatoria* и возникают исключительно по воле делового сообщества и, как правило, не получают письменного закрепления [1].

В науке международного частного права категория «международные торговые обычаи» является одной из наиболее спорных и неоднозначных. До настоящего времени не удалось сформировать понятие «международного торгового обычая» [2].

Основная проблема, связанная с понятием «обычай» (*custom, coutume*), состоит в том, что и в доктрине, и на практике разных государств отсутствует единство при использовании терминов, обозначающих торговый обычай. Так, например, в отечественной и российской правовой доктринах наряду с термином «обычай» используется термин «обыкновение». Но не следует путать эти два понятия. Во-первых, обычаи применяются без прямого согласия и выбора сторон и даже без их ведома [3]. Обыкновения, однако, должны упоминаться и избираться сторонами, чтобы быть применимым к конкретному контракту, в данном случае происходит их инкорпорация в контракт. Как отмечает Дж. Робертс, обычай (*custom*) начинается там, где обыкновение (*usage*) заканчивается [4]. Дж. Старке полагает, что обыкновение является международной привычкой, которая еще не получила полного юридического утверждения. Обыкновения могут быть кон-

фликтующими между собой, обычай же должен быть единообразным и самодостаточным [5]. 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 [6].

Т.е. следует провести отличие обычая от обыкновения, которое складывается на практике торговых сделок и определяет их детали. Таким образом, самой главной отличительной особенностью обыкновения является отсутствие *opinion juris*, т.е. восприятия данного правила поведения как юридически обязательного. При этом, обыкновение часто носит менее общий, чем обычай, характер и является как бы техническим правилом, способствующим упорядочению отдельных моментов сделки [7].

Интересным является подхода Гуда, который не делает никакого различия между обычаями и обыкновениями: «Смысл современного подхода – относиться к двум терминам, как взаимозаменяемыми. В транснациональном коммерческом праве термин «обыкновение» или «обычай» является то, что общепринято; в международном праве речь идет, как правило, об обычаях» [8].

О.В. Малова, в свою очередь, различает эти понятия по такому признаку, как нормативно-правовой характер правового обычая, но при этом же уточняет: «Сравнительно-правовой анализ показывает, что четких противопоставляемых признаков обычая и обыкновения не выявлено, что дает основание причислять обыкновение к виду правовых обычаев» [9].

А во Франции термины «*coutume*» и «*usage*» для регулирования торговых отношений считаются взаимозаменяемыми. В общем праве (США, Англия) аналогичная ситуация, не делается принципиального различия между понятиями «*custom*» и «*usage*». В англо-американской теории и практике бывает довольно трудно четко разграничить обычай и обыкновение, так как их часто отождествляют.

В английской юридической литературе торговое обыкновение определяется, как правило, поведения, настолько известное в данной сфере деловой жизни, что оно считается составной частью заключенного контракта, если только стороны не исключили его в прямо выраженной или подразумеваемой форме. Торговые обыкновения в английском праве имеют важное значение при толковании, в частности, таких слов, как: погожие рабочие дни, отгрузка, текущие дни, оговорки «около» и т.п. [10].

В американском праве под торговым обыкновением (*trade usage*) понимается общепринятая практика, на которую полагаются стороны многочисленных сделок в определенной области торговли [11]. Так, Единообразный торговый кодекс США (*The Uniform Commercial Code*) дает определение торговому обыкновению в § 1–303 (с): «Торговое обыкновение – это любая практика или порядок деловых отношений/метод ведения торговли, 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» [12].

Как видим, нет единства в том, что понимать под обычным правом, где лежит граница между приведенными понятиями. Термины «custom», «coutume» чаще все же используются для обозначения обычно-правовой нормы, под термином «usage» понимаются большей частью правила ненормативного характера [13].

В целом, терминологические расхождения в этом вопросе связаны с различиями в методологическом подходе к юридическому содержанию понятия «обычай» в международных коммерческих отношениях. Так, по мнению авторов комментария к тексту Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, «в принципе, под термином «обычай» может пониматься не только правило, являющееся правовой нормой и применимое в качестве таковой (правовой обычай), но и правило, не являющееся правовой нормой, применимость которого базируется на том, что оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по договору (обыкновение) [14]. Обычай как диспозитивная норма применяется, если иное не установлено соглашением сторон. Что же касается обычая (обыкновения), то он применяется, если в договоре содержится ссылка на него либо если договор позволяет предположить намерение сторон руководствоваться тем или иным обычаем (обыкновением). Другими словами, обычаи подразделяются на правила, являющиеся нормами права и не являющимися таковыми» [15].

Следует отметить, что на практике достаточно сложно провести явную грань между обычаем, являющимся нормой права, и обычаем, не являющимся таковым. В ряде случаев существование массы торговых обычаев, которые отступают от закона, провоцируют вопрос об обосновании юридической силы указанных обычаев, которые, в конечном итоге, заменяют закон. Как результат, в арбитражной и судебной практике, в законодательстве и иностранной юридической литературе принято толковать обычаи преимущественно как подразумеваемые условия договора (usage), которые инкорпорированы в сделку и выступают как волеизъявление сторон по сделке, без признания за обычаями силы норм права.

Говоря о необходимости четкого разграничения понятий «обычай» и «обыкновение», следует исходить из специфики юридической природы *lex mercatoria*. Дело в том, что, с точки зрения традиционного методологического подхода, базирующегося на постулатах юридического позитивизма, главным критерием определения юридической силы того или иного правила является воля государства. Иными словами, согласно позитивизму, признание обычая в качестве правовой нормы, целиком и полностью зависит от внутригосударственного права [16].

Право наделение определенной правовой нормы юридически обязательной силой в рамках *lex mercatoria* как правопорядка *sui generis* принадлежит не какому-либо внутригосударственному праву, а самим участникам международной торговли в качестве особого делового сообщества. Данное право исходит из особенностей *lex mercatoria* как автономного правопорядка (т.е. независимого от права какого-либо государства), создаваемого самими участниками международных торговых отношений для удовлетворения собственных нужд.

Также на основе анализа законодательства различных государств и юридической литературы можно выделить деление обычаев как источников регулирования международных торговых сделок на внутригосударственные обычаи, международные обычаи и международные торговые обычаи. При этом, внутригосударственные обычаи – это те, которые образовались и существуют в рамках юрисдикции одного государства [17]. 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 Республике Армения (такая же статья присутствует и в ст. 1186 ГК РФ). Речь в данном случае идет об обычаях, содержащих коллизионные нормы. Именно в этом качестве они выступают источником международного частного права в целом и источником регулирования внешнеэкономических сделок в частности [18]. Обычаи, которые упоминаются в статье 1253 ГК РА, следует отличать от обычаев, которые регулируют гражданско-правовые отношения по существу, т.е. содержат материально-правовое предписание. Для обозначения указанных обычаев в национальном законодательстве используется термин «обычаи делового оборота» (статья 7 ГК РА). Обычаи делового оборота, как правило, не содержат коллизионных норм и, таким образом, источником международного частного права не являются. Тем не менее, такие обычаи будут применяться к международному частноправовому отношению, если коллизионный вопрос будет решен в пользу армянского права [19].

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» [20]. Вследствие описанного, можно сделать вывод о том, что по своей юридической природе международные торговые обычаи являются разновидностью обычаев делового оборота [21].

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 национальных особенностей не могут быть названы нормами международного характера и являются по существу национальными обычаями» [22].

На наш взгляд, есть серьезные основания для демаркации на национальные торговые обычаи, которые применяются к международным торговым отношениям и международные торговые обычаи.

Одним из главных вопросов является также вопрос о нормативности международного торгового обычая, т.е. о юридической силе: является ли такой обы-

чай правовой нормой.

А профессор М.М. Богуславский считает, что в Российской Федерации торговые обычаи являются источником международного частного права, и это проявляется, в частности, в том, что, во-первых, «постоянный арбитражный орган – Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ при разрешении споров учитывает торговые обычаи»; и, во-вторых, в Законе «О международном коммерческом арбитраже» 1993г. предусмотрено, что третейский суд разрешает споры на основе торговых обычаев (п. 3 ст. 28) [23]. Данное положение можно найти также и в РА, в частности, в части 4 статьи 28 закона РА о «Коммерческом арбитраже» указывается, что во всех случаях арбитражный трибунал выносит решение в соответствии с условиями договора, с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

Другие российские авторы, наоборот, утверждают, что «обычаи международного торгового или делового оборота» не имеют юридической силы и не могут быть источником международного частного права [24]. 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. 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» [25].

В Республике Армения 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 подлежащего применению к отношениям, осложненным иностранным элементом, определяется также на основе международных обычаев, признанных Республикой Арменией. В данном случае законодатель имел в виду 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 его применения со стороны государства [26]. Обычно для признания определенной нормы в качестве обычая со стороны государства происходит в силу положений внутреннего законодательства этого государства [27]. В связи с этим, 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 [28].

В свете нашего законодательства наиболее реалистичен первый подход, так как в рамках содержания ГК РА уже включено применение обычаев делового оборота, однако практика международного частного права показывает, что второй подход является более эффективным [29].

Следует также отметить, что «санкционирование» применения международных торговых обычаев возможно также и международными договорами. Таким примером выступает Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров (статья 9).

Бесспорно, обычай, применяемый в международном торговом обороте, становится источником права в силу его санкционирования со стороны государства [30]. Однако, полного исключения обычая из системы источников *lex mercatoria* не представляется возможным, так как по существу они являются нормами *lex mercatoria* и возникают исключительно по воле делового сообщества и, как правило, не получают письменного закрепления [31].

Следует отметить, что не любое правило поведения может быть классифицировано как обычай. Так, обычаи международной торговли должны постоянно соблюдаться в соответствующей области торговли (постоянность соблюдения обычая – одна из его наиболее характерных черт, позволяющих определить, существует ли данный обычай вообще) [32]; правила, отражающие типичный ход коммерческой практики, своего рода «торговые привычки» [33]; должны быть широко известными (критерий «широкая известность» помогает ответить на вопрос: можно ли применить существующий обычай к отношениям сторон контракта) [34]; торговый обычай должен быть разумным, т.е. справедливым (под этим подразумевается то, что обычай, цель которого регулировать определенную область международной торговли, может не подходить к регулированию нетипичных для данного вида обычаев отношений) [35]; наличие *opinio juris*, т.е. убежденности международного коммерческого сообщества в юридической обязательности данной нормы [36].

Как явствует из вышеперечисленных основных критериев торгового обычая, важным условием его применения является знание о нем сторон-участников сделки. Когда стороны знают тот или иной обычай, проблем, как правило, не возникает, однако они могут появиться, если один из контрагентов отрицает свое знание обычая и необходимо выяснить, должна ли была сторона знать о его существовании [37].

Решение этого вопроса зависит главным образом от того, насколько известен данный обычай в международной торговле и как постоянно он соблюдается. В конечном итоге в таких ситуациях на первый план выходит не столько субъективный критерий (фактическое знание или незнание обычая данным лицом), сколько объективный – широкая известность и постоянство соблюдения обычая. Иными словами, фактическое знание обычая необязательно, важно то, что сторона по сделке, будучи профессионалом, должна была знать о его существовании. В качестве примера применения обычая независимо от фактического зна-

ния о нем контрагентов можно привести применение обычая, существующего в торговле определенными видами товаров, если стороны торгуют этим товаром на регулярной основе.

Таким образом, общие правила применения торгового обычая сводятся к следующему: 1) стороны договора связаны любым обычаем, относительно которого они договорились; при отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору обычая, о котором они знали или должны были знать, который широко известен в международной торговле и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли как юридически обязательное правило [38].

Одним из важных вопросов, возникающих в связи с рассмотрением обычая как источника *lex mercatoria*, является вопрос о необходимости международного торгового обычая, чтобы считаться обычаем, удовлетворять критерии не только *lex mercatoria*, но также критерии национальной правовой системы, в рамках которой принимается решение о существовании обычая [39].

Если это так, то едва ли можно говорить о необходимости *lex mercatoria*, поскольку его главная задача – избежать применения национального законодательства к международным коммерческим отношениям. Иначе говоря, для формирования торгового обычая в рамках *lex mercatoria* совсем не нужно, чтобы данная норма соответствовала критериям национального законодательства, главное, чтобы в качестве торгового обычая ее рассматривало международное коммерческое сообщество [40].

Как указывалось выше, 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, который затрудняет процесс доказывания существования обычая, что является камнем преткновения для их единообразного толкования и применения. Считается, что одним из способов преодоления возможных разногласий в толковании международных торговых обычаев является уточнение их содержания в конкретном внешнеэкономическом договоре [41]. Также одним из упреков в адрес торговых обычаев как источников *lex mercatoria* следует выделить их неопределенность. Следует отметить, что в последние годы этот пробел был восполнен и степень определенности значительно выросла. Заметным достижением в этом направлении стали разработки и принятие «Принципов международных коммерческих договоров» УНИДРУА (Международного института унификации частного права), которые, как считает Перилло, стали шагом вперед в процессе глобализации юридического мышления [42]. С учетом их использования, Принципы УНИДРУА постепенно приобретают статус международных торговых обычаев [43].

Подводя итоги, следует отметить, что в мире постепенно происходит процесс эволюции источников регулирования международных торговых отношений, происходящий в связи с процессом глобализации и интернационализации торговли. В результате, наряду с государственными инструментами регулирова-

ния международных торговых отношений, все больше стали использоваться и развиваться негосударственные механизмы регулирования трансграничных торговых трансакций. В этой сфере важную роль приобретают механизмы, не обязанные происхождением государству, а непосредственно нормотворческой деятельности международного бизнес (торгового) сообщества. Кроме того, международная торговая деятельность развивается с такой динамикой, что национальные законодательства не в состоянии урегулировать весь спектр таких отношений, в связи с чем и возрастает роль обычаев и обыкновений при регламентации тех форм внешнеэкономического сотрудничества, которые не урегулированы в законодательстве.

Кроме того, наблюдается общетеоретическая тенденция отказа от позитивистской концепции правопонимания и признания существования самоорганизующихся источников права [44]. К таким источникам относятся также международные торговые обычаи, под которыми следует понимать единообразное, постоянно соблюдаемое и широко известное правило поведения в области международной торговли, за которым участниками торговли признаются юридически обязательный характер [45].

Кроме того, значительно использование международных торговых обычаев способствует увеличению гибкости международного торгового оборота. И исходя из этого, при противоречии между национальным законодательством и обычаями, практика идет по пути признания большей юридической силы за обычаями международной торговли, нежели диспозитивными нормами международных соглашений и национального законодательства.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Аблезгова О.В.* Нормы «lex mercatoria» в правовом регулировании международного коммерческого оборота: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 121. С. 122.
2. *Карсакова Н.А.* Теория lex mercatoria в юридической доктрине и практике. Дис... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 59.
3. *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. 69.
4. *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование.- М. Вольтерс Клувер. 2008. С. 226. С. 231.
5. *De Ly F.* International Business Law and Lex Mercatoria. Amsterdam Elsevier North-Holand, Emerald Group Publishing Limited, 1992. P. 158.
6. *Мережко А.А.* Транснациональное торговое право (lex mercatoria). Таксон, 2002. СС. 32–34. СС. 37–39. СС. 44–46.
7. *Ziegel J.S.Goode R.* Usage and its Reception in Transnational Commercial Law. Conference. Oxford. 1998. P. 9.
8. *Бутакова Н. А.* Обычаи и обыкновения в коммерческой деятельности. Статья. Научные труды Северо-Западной академии государственной службы. Санкт Петербург. Изд-во СЗАГС. 2010. С. 142. С. 147.

9. (c) 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: <http://www.law.cornell.edu/uAcc/1/1-303> (Дата последнего обращения 07.02.2015).
10. Электронный ресурс: url: <http://www.cisg.ru/konvenciya-text-postatejno.php?id=9> (Дата последнего обращения 07.02.2015).
11. *Рамзайцев Д.Ф.* О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи. М. Внешторгиздат. 1958. С. 8. С. 227.
12. *Луиц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. 2-е изд., перераб. и доп. М.: «Юрид. лит.», 1975. С. 165.
13. *Богоусланский М.М.* Международное частное право. Современные проблемы. М. ТЕИС, 1994. С. 72.
14. *Лебедев С.Н., Кабатова Е.В.* Международное частное право. Учебник в 2 томах. Том 1. Общая часть-М.: Статут, 2011. С.194.
15. *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 23, 24:
16. *Հայկյանց Ա.Մ.* Արտաքին տնտեսական պայմանագրերի իրավական կարգավորման հիմնահարցերը և ՀՀ օրենսդրությունը (դասախոսություն). Երևան. 2000. էջ 21:
17. *Дьяконова А.А.* Обычай международной торговли в системе регулирования внешнеэкономических сделок. Монография. Оренбург: ООО ИПК «Университет», 2014. С. 4.

ՄԻՋԱԶԳԱՅԻՆ ԱՈՒՏԵՐԻ ՍՈՎՈՐՈՒՅԹՆԵՐԸ ԵՎ ՍՈՎՈՐՈՒՅԹՅՈՒՆՆԵՐԸ ՈՐՊԵՍ LEX MERCATORIA ԱՂԲՅՈՒՐ

Ս. Ե. Հարությունյան

ԱՍՓՈՓՈՒՄ

Հոդվածում բացահայտվում են միջազգային առևտրային սովորույթները և սովորությունները որպես lex mercatoria-ի հիմնական աղբյուրներից մեկը: Աշխատանքում իրկանացվում է առևտրային սովորույթ նշանակող տերմինի գիտական վերլուծություն, ինչպես նաև իրականացվել է վերլուծություն այն պայմանների, որոնք թույլ են տալիս որոշակի վարքագծի կանոնները վերագրել սովորույթներին:

Հիմնաբառեր՝ միջազգային առևտրային սովորույթ, սովորություններ, lex mercatoria.

**INTERNATIONAL TRADE CUSTOMS AND USAGES
AS THE SOURCES OF LEX MERCATORIA**

S. Harutyunyan

SUMMARY

The article is devoted international trade custom and usages as one of the main sources of lex mercatoria. Detailed analysis of the terms denoting trade usage is conducted in this article, including analysis of the conditions that allow specific rules of conduct classify as custom.

Keywords: international trade customs, usages, lex mercatoria