

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ  
имени М.В. ЛОМОНОСОВА  
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

*На правах рукописи*

**ПАНАРИНА МАРИЯ МИХАЙЛОВНА**

**НЕГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТОРГОВОЙ  
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: УНИФИЦИРОВАННЫЕ ПРАВИЛА,  
ОБЫЧАИ И СВОДЫ ЛУЧШИХ ПРАКТИК**

Специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право;  
семейное право; международное частное право

**АВТОРЕФЕРАТ**

диссертации на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Москва – 2017

Работа выполнена на кафедре коммерческого права и основ правоведения  
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

**Научный руководитель** – *Филиппова Софья Юрьевна,*  
*кандидат юридических наук, доцент*

**Официальные оппоненты** – *Кулаков Владимир Викторович,*  
*доктор юридических наук, профессор,*  
*федеральное государственное бюджетное*  
*образовательное учреждение высшего*  
*образования «Российский государственный*  
*университет правосудия», кафедра гражданского*  
*права, заведующий кафедрой*

*Олейник Оксана Михайловна,*  
*доктор юридических наук, профессор,*  
*Федеральное государственное автономное*  
*образовательное учреждение высшего*  
*образования «Национальный исследовательский*  
*университет «Высшая школа экономика»,*  
*кафедра гражданского и предпринимательского*  
*права, профессор*

*Фонотова Ольга Владимировна,*  
*кандидат юридических наук, старший юрист,*  
*Юридическая фирма Norton Rose Fulbright*  
*(Московский офис)*

Защита диссертации состоится «21» февраля 2018 г. в 15 часов 00 минут на заседании диссертационного совета МГУ.12.03 Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова по адресу: Москва, Ленинские горы, д.1, стр.13-14, 4-й учебный корпус, Юридический факультет, ауд.536а.

E-mail: [dissovet@law.msu.ru](mailto:dissovet@law.msu.ru)

С диссертацией можно ознакомиться в отделе диссертаций научной библиотеки МГУ имени М.В. Ломоносова (Ломоносовский просп., д. 27) и на сайте ИАС «ИСТИНА»: <https://istina.msu.ru/dissertations/90620659/>

Автореферат разослан «20» декабря 2017 г.

Ученый секретарь  
диссертационного совета,  
доктор юридических наук

Д.В. Ломакин

## Введение

**Актуальность темы исследования.** Под влиянием процессов глобализации, унификации, гармонизации регулирования торговли, развития автономии воли сторон постепенно происходит эволюция способов регулирования отношений коммерсантов. В современных условиях нельзя признать достаточным только государственное регулирование торговой деятельности. Сообщество коммерсантов вырабатывает свои собственные правила ведения торговой деятельности. Абсолютное большинство коммерческих и некоммерческих организаций следует им без какого-либо властного воздействия со стороны государства. В связи с этим все большее значение приобретает феномен негосударственного регулирования торговой деятельности, который находит выражение в торговых обычаях, унифицированных правилах и сводах лучших практик. С развитием писаного права, увеличением количества нормативных правовых актов возникает вопрос о месте негосударственных источников торгового права в системе формальных источников регулирования торговой деятельности.

Обычаи ведения торговли выступают исторически первой формой правового воздействия на торговые отношения. Торговые обычаи органично входят в систему форм регулирования деятельности коммерсантов, соответствуют духу торговли, общей тенденции самоорганизации торгового оборота. С изменением гражданского законодательства, возрастанием роли диспозитивных начал в российском законодательстве сфера применения обычаев и иных форм негосударственного регулирования торговой деятельности существенно увеличилась, однако должного научного осмысления такое расширение не получило.

При формировании торгового права первичным является поведение самих участников торговой деятельности, их намерения и воля следовать выработанным в процессе практики правилам. Активную роль в становлении

современного коммерческого права играет практика сообщества коммерсантов и иных профессиональных объединений. Такие источники создаются непосредственно лицами, не облеченными публично-властными функциями (отсюда их название – негосударственные источники), отличаются добровольным принятием и исполнением адресатами норм. Мы видим существенный по объему пласт негосударственных регуляторов торговых отношений, который нуждается в изучении и осмыслении.

Большую роль в систематизации негосударственных регуляторов торговой деятельности играют организованные сообщества коммерсантов – различные участники делового оборота или организации, их объединяющие. Многочисленные правила, создаваемые такими профессиональными союзами и выраженные в стандартах, унифицированных проформах, кодексах и пр., в настоящее время активно применяются в торговых отношениях. Можно наблюдать формирование негосударственного регулирования торговой деятельности как самостоятельного феномена коммерческого права. Данная система негосударственного регулирования торговой деятельности представляет собой целостный, активно развивающийся организм, имеющий организованную внутреннюю структуру (физические и юридические лица, торговые ассоциации и объединения, международные неправительственные организации), функционирующий по собственным, им же заданным нормам и правилам и устанавливающий санкции за их нарушение (лишение членства в торговой ассоциации или ином объединении, занесение в реестр недобросовестных поставщиков и т. д.). Однако в настоящее время отсутствует научно обоснованная методика обобщения указанных негосударственных регуляторов торговой деятельности. Соответственно, такая методика нуждается в разработке.

Данные обстоятельства обуславливают актуальность предпринятого исследования и определяют необходимость систематизации, проведения комплексного анализа имеющихся научных взглядов на источники негосударственного регулирования торговой деятельности.

**Целью** исследования является определение правовой природы негосударственного регулирования торговой деятельности и его источников, выявление механизма действия, разработка научно обоснованной методики кодификации и иной систематизации негосударственных источников регулирования торговой деятельности.

Основными **задачами**, способствующими достижению поставленной цели, являются следующие:

- дать понятие источников торгового права;
- определить место негосударственного регулирования торговой деятельности в системе источников торгового права;
- исследовать отдельные формы негосударственного регулирования торговой деятельности;
- охарактеризовать влияние негосударственного регулирования торговой деятельности на позитивное коммерческое право;
- описать механизм действия правил негосударственного регулирования торговой деятельности;
- установить основания систематизации и учета правил негосударственного регулирования торговой деятельности при формировании позитивного коммерческого права.

**Методы исследования.** В работе применялись общенаучные методы познания действительности (диалектический метод, методы анализа, сравнения и описания). Для достижения целей автор использовал также частные научные методы, характерные для юридической науки: метод определения (относительно понятия «негосударственное регулирование торговой деятельности»); метод классификации (источников коммерческого права, основных форм негосударственного регулирования торговой деятельности); системно-структурный метод (негосударственное регулирование торговой деятельности рассматривается как система, во взаимосвязи с законодательством; система состоит из совокупности элементов (форм), непосредственно регулирующих отношения, возникающие

в коммерческом обороте); функциональный метод (сущность негосударственного регулирования исследована через функции); исторический метод (основные формы негосударственного регулирования торговой деятельности рассмотрены в процессе их развития); сравнительно-правовой метод (исследование осуществлено с привлечением нормативного и теоретического материала, сформированного в разных правовых системах). Особенностью методологии настоящего исследования является сочетание проблемно-теоретического и практического рассмотрения поставленных вопросов.

**Теоретической основой** диссертации послужили труды дореволюционных отечественных и зарубежных ученых-юристов: Ю. С. Гамбарова, А. Т. Золотарева, А. И. Каминки, Н. М. Коркунова, Д. И. Мейра, А. С. Невзорова, С. В. Пахмана, Г.-Ф. Пухты, Н. Н. Разумовича, Д. Ф. Рамзайцева, В. А. Удинцева, П. П. Цитовича, Г. Ф. Шершеневича.

Среди работ современных авторов исследовались труды О.В. Аблезговой, Е.А. Абросимовой, В.Н. Барсуковой, В.А. Белова, И.Г. Вахнина, Н.Г. Вилковой, А.А. Дьяконовой, Р. – М. З. Зумбулидзе, И.С. Зыкина, А.Г. Карапетова, Н.В. Лисицына, О.В.Маловой, В.А. Масловой, Н.И. Миклашевской, В.С. Нерсесянца, А.И. Поротикова, Б.И. Пугинского, В.В. Ровного, М.Г. Розенберга, Е.А. Суханова, О.А. Тарасенко, С.Ю. Филипповой, О.В. Фоновой.

Кроме работ цивилистов, в диссертации исследовались работы других ученых: М. Н. Марченко, А. С. Невзорова, А. В. Полякова, Г. И. Рузавина, И. Л.Честнова, на основе которых изучался понятийный аспект негосударственных источников торгового права.

В работе проанализированы также труды зарубежных юристов, в частности, Дж. Аричага, Д. Бодермана, Х. Кетца, Э. Кэдинса, К. Меррея, Дж. Б. Мерфи, К. Цвайгерта, К. Шмиттгоффа.

**Эмпирическую базу** исследования составили 4780 судебных дел, в том числе судов общей юрисдикции и арбитражных судов. Нами было проведено

специальное исследование практики применения правовых обычаев при рассмотрении споров, вытекающих из договоров купли-продажи. Помимо этого, было проведено исследование кодексов лучших практик ведущих иностранных и российских фирм: Глобального Кодекса поведения компании KPMG Europe LLP, Кодекса поведения компании BP, Кодекса Norton Rose, нью-йоркских стандартов профессиональной ответственности, стандартов управления по регулированию финансовой индустрии FINRA, английских сводов лучшей практики SRA, а также стандартов Ассоциации участников вексельного рынка (далее – АУВЕР), стандартов банковской деятельности Ассоциации российских банков, стандартов и правил деятельности НП «Московская саморегулируемая организация профессиональных арбитражных управляющих», Российского Кодекса практики рекламы и маркетинговых коммуникаций Ассоциации рекламодателей.

**Научная новизна** исследования состоит в том, что была определена правовая природа правил негосударственного регулирования торговой деятельности на современном этапе, описан механизм действия негосударственного регулирования торговой деятельности, разработана методика обобщения торговых обычаев, обосновано место негосударственного регулирования в системе правового регулирования в целом и в составе современного коммерческого права. Сделанные автором выводы носят общий характер и позволяют определить порядок применения и реализации любого из существующих видов негосударственных регуляторов торговой деятельности.

На защиту выносятся следующие **положения**:

1. Доказано, что торговое право в объективном смысле представляет собой систему общеобязательных, формально-определенных правил поведения, регулирующих торговую деятельность, содержащихся в двух подсистемах: а) легитимированных государством, б) имеющих иную социальную легитимацию (например, разработанные профессиональным сообществом коммерсантов и ученых-коммерциалистов). Обеспечение

реального действия правила поведения требует одновременного включения его в две подсистемы.

2. Обосновано, что право сообщества коммерсантов – это совокупность правил, выработанных и (или) легитимированных профессиональным сообществом коммерсантов, которая находит выражение в унифицированных правилах, обычаях и сводах лучших практик. Право сообщества коммерсантов дополняет и конкретизирует законодательство и договорные условия, в свою очередь законодатель реагирует на изменения торговой практики, выраженные в праве сообщества коммерсантов, отражая лучшие практики в гражданском и торговом законодательстве.

3. Право сообщества коммерсантов легитимируется самим своим *действием* или *применением* (сложившейся торговой практикой) и не нуждается в особой *государственной* легитимации. На такой легитимации основана его общеобязательность.

4. Доказано, что торговый обычай, для признания его формой фиксации юридической практики сообщества коммерсантов, помимо прямо указанного в ст. 5 ГК РФ свойства широкого применения в определенной области предпринимательской деятельности, должен соответствовать следующим критериям: а) признание сообществом ценности данной обычной нормы для определенной сферы торговой деятельности; б) уникальность обычного правила; в) разумность обычного правила; г) выражение общего интереса, присущего членам сообщества коммерсантов.

5. Установлено, что общеобязательные, формально-определенные правила, выработанные профессиональным сообществом коммерсантов и ученых-коммерциалистов, в настоящее время являются *одним из обязательных элементов в правовом регулировании коммерческих отношений*. Они выступают средством: (а) *обеспечения эффективного взаимодействия норм морали, бизнес-этики и законодательства*; (б) *оценки соответствия поведения (деятельности) коммерсантов требованиям права*;



*(в) урегулирования возникающих в коммерческой деятельности конфликтов компетентными организациями.*

6. Обосновано, что систематизация правил негосударственного регулирования торговой деятельности, выработанных профессиональными коммерсантами, может и должна осуществляться традиционными приемами и способами (инкорпорацией, консолидацией и кодификацией), но для сохранения их негосударственной природы *заниматься такой систематизацией могут частные лица* (сами коммерсанты, а также ученые - коммерциалисты) и негосударственные организации, *а не государство*. Систематизация правил сообщества коммерсантов государством или государственными органами приводит к включению таких правил в первую подсистему – правил, легитимированных государством.

**Практическая значимость** работы состоит в том, что положения и выводы, полученные в ходе исследования, могут быть использованы в практической юридической деятельности при составлении контрактов, разрешении и урегулировании международных коммерческих споров, в ходе работы по совершенствованию законодательства, а также в учебном процессе. Результаты исследования основаны на материалах зарубежной стажировки в Tomas Jefferson school of law, США (январь – февраль 2015 г.), материалах, предоставленных юридической фирмой Norton Rose Fulbright. На основе исследования выработаны рекомендации по созданию свода стандартов саморегулируемых организаций, разработаны модели сбора и фиксации источников негосударственного регулирования торговой деятельности в рамках деятельности научно-исследовательских центров и институтов.

**Апробация и внедрение результатов исследования.** Диссертация обсуждена на заседании кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова.

По теме научного исследования опубликовано 4 статьи в изданиях, рекомендованных Министерством образования науки РФ, по

соответствующим специальностям и отраслям на основании решения ученого совета МГУ по представлению ученых советов структурных подразделений, общим объемом 1,5 п. л.

Результаты исследования также изложены в докладах на конференциях, в том числе: X Межвузовской научно-практической конференции студентов и аспирантов «Международные правоотношения: публичные, частные и интеграционные аспекты» с темой: «Современные тенденции развития наднациональных источников права ЕС: гармонизация и унификация права» (2015 г.); II Всероссийской студенческой научной конференции «Молодежный форум: юридические науки» с темой: «Сущность правового обычая в современном российском праве. Правовой обычай и обычная практика: соотношение понятий» (2015 г.).

Работа состоит из 3 глав, 8 параграфов, введения, заключения, списка использованной литературы и приложения.

### **Основное содержание работы**

**Во введении** обосновывается актуальность темы диссертации, определяются ее цель, задачи, теоретические и методологические основы исследования, раскрывается научная новизна результатов, их теоретическая и практическая значимость, формулируются основные положения, выносимые на защиту.

Первая глава **«Источники коммерческого права. Место правил негосударственного регулирования торговой деятельности среди источников коммерческого права»** состоит из двух параграфов.

В *первом* из них – *«Развитие представлений об источниках коммерческого права»* – проведено теоретическое исследование и осмысление понятия источника коммерческого права, перспективы его дальнейшего развития. В параграфе дается сравнительная характеристика основных источников торгового права, выделяемых в трудах ученых-

коммерциалистов. Отмечается преобладание среди представителей науки торгового права суждения о самостоятельной роли сообщества коммерсантов и правил, вырабатываемых данным сообществом.

Дается определение государственного торгового права и «специального права торгующих» – негосударственного торгового права или торгового права в узком смысле слова, как отмечал А.Х. Гольмстен<sup>1</sup>. Автор присоединяется к позиции тех ученых, которые полагают, что торговая (купеческая) деятельность непременно ведет к образованию системы правил негосударственного регулирования торговой деятельности, основной особенностью которой является высокая степень влияния обычного права на торговую практику коммерсантов, широкое развитие самодеятельности и самоорганизации, самостоятельной инициативы действий.

Рассматриваются различные современные подходы к источникам коммерческого права. Автор не соглашается с мнением о том, что коммерческое право может выражаться только в едином гражданском кодексе и в ряде нормативных правовых актах. Автор отмечает, что непосредственно от субъектов права правовые нормы могут исходить в иных формах. Речь может идти о правовых обычаях, актах нового *lex mercatoria*, научной доктрине. Автор считает, что утверждение о том, что право всегда исходит только от государства, не соответствует представлениям о современном праве.

В параграфе исследуется современный подход науки коммерческого права к проблеме соотношения формы и источника торгового права. Как подчеркивается диссертантом, источником коммерческого права, наряду с государством, являются сообщества – торговые, профессиональные и научные, которые создают правила регулирования торговой деятельности. Выражены и зафиксированы эти правила могут быть любым образом, при

---

<sup>1</sup> Гольмстен А.Х. Очерки по русскому торговому праву. Вып. 1. С.-Петербург: Типография Д.В. Чичипадзе, 1895. С. 14.

этом для одного источника может существовать сразу несколько способов фиксации. От государства, как источника торгового права, нормы, регулирующие торговую деятельность, исходят в форме нормативного правового акта. Сообщество коммерсантов может выразить свои профессиональные правила и методы ведения торговли в различных унифицированных правилах, торговых обычаях. В связи с этим, автором проводится исследование потенциала негосударственного регулирования торговой деятельности, механизма действия правил негосударственного регулирования торговой деятельности и их регулятивных возможностей.

*Второй параграф – «Понятие и место правил негосударственного регулирования в системе источников торгового права»* – посвящен выявлению юридических признаков, с помощью которых может быть дано определение правил негосударственного регулирования и определению места данных правил в системе источников.

Автором отмечается необходимость переосмысления традиционного подхода к праву как к системе регуляторов, установленных и санкционированных государством. Такой подход игнорировал самостоятельную роль правил негосударственного регулирования торговой деятельности (негосударственного происхождения) в системе источников торгового права. Негосударственные источники коммерческого права способны урегулировать новые, только зарождающиеся отношения в сфере торговли, которые не могут найти должного закрепления в законодательстве. Такого рода нормы создаются непосредственно субъектами торговой деятельности: предпринимателями и различными международными организациями, как правительственными, так и неправительственными. Обеспечение реализации подобных норм основывается на воле участников сообщества коммерсантов и может быть выражено различными способами. Исполнение данных норм основано на принципе «самоконтроля», который обеспечивается наличием негосударственных инструментов, таких как: а) включение в «черные списки», которое приводит к негативным

репутационным последствиям, б) «остракизм» – формальное исключение из торговых сообществ и др.

Автор исследует различные области профессиональной торговой и предпринимательской деятельности, в которых разрабатывается большое количество правил её ведения. Автор приходит к выводу о невозможности регулирования отдельных видов деятельности (банковской, страховой и некоторых других) только лишь с помощью нормативных правовых актов. Заполнение пробелов происходит с помощью актов саморегулирования и обычаев, которые могут быть письменно зафиксированы или нет в кодексах лучших практик и в определенных сводах обычаев.

На основе изложенного, автор приходит к выводу, что негосударственное регулирование торговой деятельности – это система действующих торговых правил, выработанных или признанных сообществом коммерсантов, которые применяются на основе общей воли участников данного сообщества и не требуют непосредственного государственного санкционирования, так как легитимированы сложившейся торговой практикой.

В работе предлагается рассмотреть правила негосударственного регулирования торговой деятельности с точки зрения системно-деятельностного подхода. Автор выделяет функции негосударственного регулирования торговой деятельности. Негосударственное регулирование торговой деятельности становится одним из обязательных элементов в правовом регулировании коммерческих отношений, средством воплощения в жизнь институтов гражданского общества, средством оценки соответствия поведения (деятельности) коммерсантов требованиям права и урегулирования конфликтов авторитетными учреждениями.

Автор рассматривает торговое право в объективном смысле как систему общеобязательных, формально определенных правил поведения, регулирующих торговую деятельность, содержащихся в двух подсистемах: а) исходящих от государства (нормативные правовые акты), б) имеющих иную

социальную легитимацию (торговые обычаи, унифицированные правила и правила сводов лучших практик, разработанные профессиональным сообществом коммерсантов и ученых-коммерциалистов). Обеспечение реального действия правила поведения требует одновременного включения его в двух подсистемах. Торговые обычаи, унифицированные правила дополняют и конкретизируют договорные условия, в свою очередь законодатель реагирует на изменения закона и торговую практику, выраженную в профессиональных правилах регулирования торговой деятельности, способствуя отражению лучших практик в гражданском и торговом законодательстве.

Глава 2 работы – **«Основные формы негосударственного регулирования торговой деятельности»** – состоит из трех параграфов.

*В первом параграфе – «Унифицированные правила»* – автор отмечает, что в современном мире наблюдается тенденция унификации и гармонизации европейского частного права. Это становится возможным за счет сближения национальных правовых систем, уменьшения и устранения различий между ними, создания единообразных норм законодательства различных государств. Автор раскрывает понятие унификации права международной торговли, сравнивая ее с гармонизацией.

Автор рассматривает природу *lex mercatoria*, как автономной системы права международного сообщества коммерсантов, предназначенной для регулирования международных торговых отношений и спонтанно создаваемой ее участниками, независимо от национальных правовых систем.

Автором анализируются источники «мягкого права», такие как: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (The UNIDROIT)<sup>2</sup>, Принципы, определения и модельные правила европейского частного права (Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and

---

<sup>2</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А. С. Комарова. М. : Статут, 2013

Model Rules of European Private Law)<sup>3</sup>, Принципы Европейского договорного права (Principles of European Contract Law)<sup>4</sup>.

При отсутствии единого доктринального подхода, автор предлагает определять унифицированные правила, как правила рекомендательного характера, формально определенные, призванные оказать влияние на частноправовые отношения, не подкрепленные официальной санкцией государства на их применение, легитимированные торговой практикой. Их действие подтверждается установившейся практикой отношений или действием особенных форм негосударственного регулирования торговых отношений. Данными правилами руководствуются частные лица при подготовке текстов договоров (прежде всего – внешнеторговых), судьи третейских судов при разрешении споров из таких договоров, а юристы, обслуживающие спорящие стороны, – при оценке перспектив своих судебных позиций.

Автор отмечает особое значение для торгового оборота ИНКОТЕРМС 2010. ИНКОТЕРМС, в отличие от других актов, имеет особенный предмет – международные торговые термины и особенную задачу – толкование данных терминов. ИНКОТЕРМС – это наиболее известный акт Международной торговой палаты (далее – МТП) и один из самых известных актов международной частноправовой унификации. Автор приходит к выводу, что ИНКОТЕРМС является особой формой негосударственного регулирования торговой деятельности.

Автор отмечает, что среди перечисленных актов унификации следует особо выделять публикации Международной торговой палаты, пересмотр которых, с учетом потребностей международной банковской практики, ведется в рамках этой неправительственной организации постоянно. Указанные публикации МТП получили одобрение международных

---

<sup>3</sup> Draft Common frame of reference (DCFR). Interim Outline Edition. – [Электронный документ]. – URL: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)

<sup>4</sup> Принципы европейского договорного права : части I, II (1999) и III (2003) / Пер. с англ. Б. И. Путинского, А. Т. Амирова // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 2005. № 3, 4.

организаций, в том числе ЮНСИТРАЛ, которая признала их «ценным вкладом в содействие развитию международной торговли» и рекомендовала к использованию в соответствующих случаях в торговых сделках<sup>5</sup>. Распространенность Унифицированных правил на практике является настолько широкой, что положения Унифицированных правил применяются всеми банками практически без изменений, чему способствуют и стандартные формы, рекомендуемые МТП, используемый банками электронный документооборот, в том числе международная система передачи информации и совершения платежей (далее – SWIFT).

Автор проводит исследование Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов в ред. 2007 года (Публикация МТП N 600-ICC 600), Унифицированных правил для гарантий по требованию в ред. 2010 года (Публикация МТП N 758-ICC 758), Унифицированных правил по инкассо (Uniform Rules for Collections-URC) в ред. 1995 года (публикация МТП N 522-URC-522), характеризует данные негосударственные инструменты регулирования торговой деятельности.

Автор приходит к выводу, что унифицированные правила регулирования торговой деятельности становятся особой формой негосударственного регулирования. Данная система состоит из совокупности негосударственных невластных регуляторов торговли, т.е. правил поведения, не имеющих общеобязательной юридической силы, которые становятся обязательными для субъектов торгового оборота в случае прямого или косвенного применения. Характерной особенностью унифицированных правил является то, что они представляют собой результат консолидации наиболее распространенной в определенной сфере (в банковской, в страховой и т.д.). Источником формирования таких норм становятся различные сообщества коммерсантов и ученых - коммерциалистов.

---

<sup>5</sup> Доклад Комиссии по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о работе ее 42-й сессии (А/64/17), 2009, п. 356–357; См. также: Доклад Комиссии по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о работе ее 44-й сессии (А/66/17), 2011, п. 247–249.



Во втором параграфе – «Торговые обычаи» – автор определяет правовую природу обычая, выделяет его основные признаки, обосновывает самостоятельную природу и особое значение обычая в торговле и как социального регулятора в системе обычных норм. Автор констатирует размытые доктринальные критерии для определения признаков правового обычая и подтверждения его формирования.

По результатам исследования автор приходит к выводу, что обычай, как таковой (устный), трудно устанавливается, трудно отыскивается, является казуистичной формой негосударственного регулирования торговой деятельности, так как создается в процессе решения и интерпретации частных вопросов сообщества и более других подвержен всем изменениям, происходящим в обществе. Для преодоления казуистичности необходимо поставить цель отыскания обычаев, их обработки и письменной фиксации в своде.

Обосновывается, что для выяснения действительности существования и реального действия правового обычая необходимо наличие социальной общности, которая устанавливает обязательные к применению правовые обычаи, изменяет их и прекращает действие тех из них, которые не соответствуют общественным потребностям, в этом заключается такой признак правового обычая как *корпоративность*.

Автор рассматривает следующие этапы формирования обычая, чтобы стать правовым: 1.единичный поведенческий акт повторяется, 2.в результате чего возникает привычка, 3.привычка индивидуума получает распространение в том социуме, частью которого этот индивидуум является, 4.затем привычка перерастает в обычай, 5.обычай, в свою очередь, получает социальную легитимацию, 6.преобразуясь в правовой обычай.

Рассматриваются другие признаки торгового обычая. По мнению автора, обычай представляет собой, в совокупности, стереотипный образ поведения, упорядоченный набор действий, являющийся привычным для членов определенной социальной группы или общества в целом и свой (уникальный)

способ удержания и контроля «субъектов-адресатов» правового обычая от его нарушения. В этом смысле можно говорить об *определённом* типовом правиле социального поведения, укоренившемся и передающемся от поколения в поколение, от группы к группе, в рамках правоотношений разной динамики развития.

Для легитимации обычаев достаточно критериев определенности и «известности в деловой жизни». Оба критерия определяются в зависимости от наличия или отсутствия в договорной практике условия на основе обычного правила, использования обычной практики в сфере бизнеса, наличия споров в судебных инстанциях по вопросу справедливых или несправедливых обычных условий, выполнения или невыполнения таковых. Обычай, тем самым, только закрепляет правило, возникшее путем формирования сложившейся общественной практики.

Таким образом, правовой обычай как источник торгового права всегда занимал одно из ведущих мест, являясь инструментом формирования права и правовых институтов. Для его признания в качестве формы фиксации юридической практики сообщества коммерсантов, он должен соответствовать следующим критериям: а) распространение в сообществе коммерсантов; б) субъективная детерминация, подтверждающая ценность данной обычной нормы для определенной сферы торговой деятельности; в) уникальность, г) обоснованность и разумность его применения; д) преследование интереса, в равной степени общего для всего сообщества коммерсантов или определенной сферы торговой деятельности.

В диссертации произведено разграничение торговых обычаев и деловых обыкновений. Автор подвергает критике отождествление торговых обычаев и деловых обыкновений, считая, что подобное происходит в силу совпадения сферы применения данных негосударственных регуляторов. **Деловые обыкновения, как и обычаи** – это правила поведения, сложившиеся в определенной **области** отношений коммерсантов. Однако, в отличие от торговых обычаев, деловые обыкновения не должны отвечать

критериям: 1. преследования интереса, в равной степени общего для всего сообщества коммерсантов, так как деловые обыкновения развиваются и действуют прежде всего в расчете на интересы сторон в торговом договоре, 2. распространения в сообществе коммерсантов, потому как деловые обыкновения используются в торговом договоре не из-за известности их в сообществе, а для отыскания компетентной для контрактных отношений нормы.

Критерии классификации торговых обычаев различаются в работе в зависимости от их сущностных характеристик: а) предметной области регулирования, б) функций, выполняемых обычаями в торговом обороте, в) экономических и деловых условий деятельности субъектов в торговле.

В соответствии с указанными критериями, торговые обычаи автор классифицирует следующим способом: по сферам применения (портовые обычаи, банковские обычаи, страховые обычаи, биржевые обычаи, вексельные обычаи), в зависимости от субъектов их создающих (обычаи профессиональных сообществ, обычаи морских агентов, обычаи интернет-сообщества, обычаи рекламодателей, обычаи банковского и страхового сообщества), по видам и формам торговых операций (торговые обычаи, используемые в реализационных, посреднических и сопутствующих договорах). Автор приводит в работе результаты исследования использования торговых обычаев в судебной практике.

*Третий параграф* – «Своды лучших практик» – содержит исследование природы данного понятия, раскрывает методику отбора тех или иных профессиональных правил в своды лучших практик. Отмечается, что формирование правил различными профессиональными объединениями приобретает все более существенное значение. Подобного вида правила в форме стандартов, кодексов поведения, кодексов лучших практик и т.д. могут быть использованы судебными органами в случаях, когда судья не обладает достаточной информацией, необходимой для правильной

квалификации отношений в той профессиональной, специфической сфере, к которой соответствующие стандарты относятся и, следовательно, где необходимо использовать профессиональное мнение в качестве концентрированного выражения мнения профессионального сообщества. Изложенные выше обстоятельства привели к началу формирования самостоятельной категории, вырабатываемой торговой практикой – «сводов лучших практик».

Приводятся примеры профессиональных правил и знаний, которые могли бы входить в своды лучших практик коммерсантов. Предлагается брать за основу представления о том, как ведет себя обычный, усредненный добросовестный участник торгового оборота в той или иной ситуации на основе имеющихся стандартов поведения коммерсанта. В работе анализируется стандарт «добропорядочного директора», методология определения которого описана в постановлении Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридических лиц»<sup>6</sup>, а также Государственный образовательный стандарт<sup>7</sup> начального профессионального образования по профессии «коммерсант в торговле», утвержденный Минторгом России 10.11. 2000г. Предлагаются определение и рекомендации для составления «свода лучших практик» профессиональных сообществ коммерсантов. В работе проводится исследование российской и англо-саксонской договорной практики. На основе данного исследования автор приходит к выводу, что контрагенты по договору часто используют *Кодексы лучших практик*, в которых находят отражение те или иные критерии определения добросовестности коммерсантов. Данные документы представляют собой объяснение и иллюстрацию ценностей и принципов ведения торговли.

---

<sup>6</sup> О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридических лиц: постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62

<sup>7</sup> ГОС НПО по профессии «коммерсант в торговле» (утв. Минторгом России 10.11.2000). URL: <http://window.edu.ru/resource/883/51883/files/3809.pdf>.

На основе исследования английской договорной практики, автор приходит к выводу, что организации, специализирующиеся на оказании юридических услуг, создают целый комплекс стандартных правил для регулирования внутренней деятельности фирмы и организации правовой работы. Данные системы представляют собой **набор** лучших практик и модели поведения при работе с клиентом, в том числе стратегию «Now you client», «Client Due Diligence», «Conflict checks». Данная система используется в практике российских организаций, специализирующихся на оказании юридических услуг. Российские организации проходят процедуру сертификации, в том числе на соблюдение *Antibribery act*<sup>8</sup>, которая предусматривает штраф, а также отстранение от участия в тендерах на поставку товаров для государственных заказчиков европейских стран.

Третья глава – **«Правила негосударственного регулирования торговой деятельности и их соотношение с позитивным коммерческим правом»** – состоит из трех параграфов. В первом из них – *«Общая характеристика соотношения правил негосударственного регулирования торговой деятельности с позитивным коммерческим правом»* – автор рассматривает основные способы влияния негосударственных регуляторов торговли на позитивное коммерческое право. Отмечается, что все запреты, дозволения и предписания, как и сами источники права, в которых они содержатся, образуют в совокупности статическую часть правового регулирования торговых отношений. Ее назначение состоит в фиксации идеальных моделей поведения коммерсантов, которые имеют общеобязательное значение в случае их закрепления в централизованных нормативных источниках права. Негосударственное регулирование торговой деятельности эффективно выполняет функции «проводника нормотворчества», обеспечивая гармоничное взаимодействие норм морали, бизнес-этики и законодательства путем разработки унифицированных

---

<sup>8</sup> Aisha A., Deeprose G. *The Bribery Act 2010* // Scots Law Times. Edinburg, 2010. P. 231.

правил, обычных правил, кодексов лучших практик, типовых правил ведения бизнеса и кодексов этики.

Негосударственное регулирование торговой деятельности оказывает влияние на содержание норм позитивного коммерческого права, на юридические конструкции. Автор отмечает, что негосударственное регулирование служит для толкования норм позитивного торгового права. Негосударственные регуляторы влияют на непосредственную реализацию и исполнение прав и обязанностей субъектами права, используя при этом правовые организационные средства.

*Во втором параграфе – «Действие правил негосударственного регулирования торговой деятельности» – автор приходит к выводу, что особенность негосударственных регуляторов состоит в совпадении качеств, определяющих его действительность и действие, в этом его первая особенность. Данное обстоятельство обозначает утрату негосударственным правилом качества права, в случае отсутствия его фактического применения, в отличие от закона, действующего вплоть до официальной отмены. Таким образом, правила негосударственного регулирования торговой деятельности существуют, пока действуют.*

Вторая особенность действия правил негосударственного регулирования торговой деятельности связана непосредственно с процессом их применения. Негосударственное торговое право, как и современное торговое законодательство, является институционализированным, но в нем нет той *официальной формальности*, на которой держится нынешний закон.

Существование негосударственных регуляторов во времени является непрерывным. Оно подтверждается постоянно или с заранее известной периодичностью. Перерыв – это конец его существования, который никогда не наступает случайно. Он означает, что социальные и психологические факторы, сформировавшие унифицированное правило или деловое обыкновение между сторонами в данном виде, самоисчерпались, и что теперь данные формы фиксации юридической практики сообщества

коммерсантов должны исчезнуть, либо видоизмениться, трансформироваться, чтобы действовать в другом облике, соответствующим новым условиям жизни социальной группы. Так, например, достаточно вспомнить зародившиеся в эпоху Средневековья ярмарочные и морские обычаи, стандарты и правила купеческой торговли, чтобы в полной мере оценить их влияние на дальнейшее развитие всего торгового права. Именно в данный период возникают базовые категории международного делового общения, применимые в настоящее время, без которых невозможно представить осуществление современных деловых операций: коммерческая корпорация, различные формы расчетов, вексель, коносамент, чартер-партия, коммерческий кредит, сделки FOB и CIF и т. д.<sup>9</sup>

Подчеркивается, что на действие правил негосударственного регулирования торговой деятельности влияет юридическая сила отдельных способов их фиксации.

Отмечается, что исследование негосударственных регуляторов ставит проблему определения форм социальной легитимации данного источника коммерческого права. Одним из недостатков модели государственного санкционирования является опасность поглощения негосударственных регуляторов законом, когда законодатель, «переписав» обычай или правила из свода лучших практик в закон, тем самым стирает имеющиеся между ними рамки (границы). Примером надлежащего взаимодействия и соотношения положений свода лучших практик и закона представляет собой Кодекс корпоративного управления (далее – ККУ), рекомендованный к применению письмом Банка России от 10.04.2014г. № 06-52/246<sup>10</sup>. Данный кодекс содержит пункт о самостоятельной роли правил ККУ наряду с законом. Такое положение способствует формированию политики корпоративного поведения юридического лица, базирующейся на учете интересов участников корпоративных отношений, что способствует укреплению позиции

---

<sup>9</sup> Дьяконова А. А. Обычай международной торговли в системе регулирования внешнеэкономических сделок. Оренбург, 2014. С. 7.

<sup>10</sup> URL.: <http://www.cbr.ru/publ/Vestnik/ves140418040.pdf>

юридического лица и увеличению его прибыли. При этом организациям в своей деятельности рекомендуется следовать положениям Кодекса, в том числе руководствоваться ими там, где закон устанавливает более мягкое регулирование или содержит пробелы (п.3,4 Кодекса корпоративного управления).

В диссертационном исследовании, на основе анализа зарубежного опыта, выделены следующие способы социальной легитимации права негосударственных регуляторов торговой деятельности:

- использование определенной практики проведения и фиксации результатов переговоров.

- создание особых правил и стандартов поведения для участников профессиональных организаций с учетом обобщения практического опыта различных профессиональных сообществ.

- общественное воздействие участников интернет-сообщества друг на друга.

- одобрение отдельным сообществом использования обычаев, например, сложившихся на основе многолетней практики работы порта.

*В третьем параграфе – «Систематизация и учет правил негосударственного регулирования торговой деятельности при формировании позитивного коммерческого права» – анализируются способы систематизации правил негосударственного регулирования торговой деятельности.*

*Инкорпорация* правил негосударственного регулирования торговой деятельности представляет собой, по мнению автора, внешнюю обработку или объединение в сборники и собрания действующих правил, регулирующих определенную сферу торговой деятельности, в определенном порядке без изменения их содержания по существу. Представляется, что официальная инкорпорация правил негосударственного регулирования торговой деятельности невозможна, так как данный вид систематизации не санкционируется правотворческим органом, имеет частный (авторский)



характер. *Неофициальная инкорпорация* – это внешняя обработка, которая проводится организациями или отдельными гражданами по своей инициативе, без специального поручения и контроля правотворческих органов. В качестве примера можно привести инкорпорацию типовых договоров. Так, например, используемые в банковской практике синдицированные кредитные договоры, как правило, оформляются на основании типовых форм, разработанных Ассоциацией участников рынка займов (Loan Market Association, LMA).

*Консолидация* правил негосударственного регулирования торговой деятельности – такая форма систематизации, при которой происходит объединение нескольких близких по содержанию обычаев, типовых договоров, стандартов профессиональной деятельности в общий свод с незначительными изменениями их содержания. Современным примером консолидации являются интернет-сайты различных профессиональных союзов и ассоциаций коммерсантов, на которых отражены типовые документы и проформы, разработанные специально для участников ассоциации, в частности в области перевозки, имущественного страхования и т.д.

*Кодификация* правил негосударственного регулирования торговой деятельности представляет собой деятельность по созданию нового, сводного, внутренне согласованного и юридически цельного кодекса негосударственных правил, осуществляемую с целью привести данные правила в логическую, когерентную структуру и отразить текущее состояние права коммерсантов, путем сбора и организации существующих правил, глубокой и всесторонней переработки обычных норм и стандартных правил, использования или заимствования обычно-правовых норм и типовых форм из актов международной частноправовой унификации, допущения автономного функционирования элементов обычного права и стандартов профессиональной деятельности.

В работе подчеркиваются основные достоинства кодификации над иными формами систематизации торговых правил. Рассматриваются способы кодификации, основные субъекты кодификации. Предложены основные рекомендации для создания общего свода стандартов и правил саморегулируемых организаций.

### **Заключение**

В диссертационном исследовании были представлены основные подходы к определению системы источников торгового права, определена природа негосударственных правил торговой деятельности, предложена общая методика сбора и фиксации торговых обычаев, определены основные положения свода стандартов саморегулируемых организаций. Обосновано, что общий свод стандартов саморегулируемых организаций может учитываться судами при решении вопросов о нарушении участниками саморегулируемых организаций профессиональных обязанностей, установлении наличия вины, степени заботливости и осмотрительности, добросовестности в действиях конкретного лица.

Помимо этого:

1. В диссертации представлены признаки правового обычая, позволяющие однозначно отделить его от иных социальных регуляторов.

2. Сделан вывод о преобладающем значении унифицированных правил, сводов лучших практик, кодексов корпоративного управления в регулировании торговой деятельности. Разработана самостоятельная характеристика данных источников, предложены пути использования данных регуляторов в российской практике.

3. Предложены рекомендации по разработке системы стандартов, применяемых к отдельным этапам формирования договорных отношений.

4. Представлены способы социальной легитимации негосударственных правил торговой деятельности.

5. Предложены рекомендации сторонам при использовании обычаев в качестве доказательств своей позиции в суде.

6. Показана прямая связь между негосударственным регулированием торговой деятельности, бизнес-этикой и законодательством о коммерческой деятельности.

7. Представлено соотношение между торговым обычаем и обыкновением.

8. Представлена торговая арбитражная практика судов, и выделена самостоятельная классификация торговых обычаев в зависимости от формирования реализационных, посреднических и содействующих торговле условий договора.

Ответы на поставленные вопросы исследования основаны на общем анализе положений законодательства и судебной практики Российской Федерации и иностранных государств, касающихся отношений сторон при совершении ими внутренних и внешнеэкономических операций, заключении и исполнении контрактов.

Результаты исследования использованы в научных статьях и публикациях.

**Основные положения диссертации изложены в следующих публикациях автора:**

**I. Статьи, опубликованные в журналах, рекомендованных Министерством образования науки РФ, по соответствующим специальностям и отраслям на основании решения Ученого совета МГУ по представлению ученых советов структурных подразделений:**

- 1) Панарина М.М. Правовой обычай как источник семейного права // Семейное и жилищное право.– 2016. – №1. – 0,3 п.л.

- 2) Панарина М.М. Регулирование контекстной рекламы в сети интернет: сравнительный опыт США и России // Предпринимательское право.– 2016. – №3. – 0,2 п.л.
- 3) Панарина М.М. Способы минимизации бизнес-рисков: правовая природа, виды и анализ рисков // Право и экономика.– 2016. – №3. – 0,6 п.л.
- 4) Панарина М.М. Роль профессиональных стандартов в регулировании предпринимательской деятельности // Предпринимательское право, Юрист.– 2015. – №4. – 0,4 п.л.

## **II. Иные публикации:**

- 1) Панарина М.М. Основные способы обеспечения независимости адвокатуры на современном этапе// Адвокатская практика.– 2017. – №5. – 0,2 п.л.
- 2) Панарина М.М. Регулирование поведения адвокатов в социальных сетях: сравнительная характеристика США и России // Адвокатская практика.– 2017. – №1. – 0,3 п.л.
- 3) Панарина М.М. Учет влияния правовых обычаев на адвокатскую деятельность при формировании позиции по делу // Адвокатская практика.– 2016. – №2. – 0,7 п.л.
- 4) Панарина М.М. Дуализм закона и правового обычая как современная тенденция развития права // Коммерческое право. Научно-практический журнал, Зерцало (М.).– 2015. – №1(16). – 0,4 п.л.

