



АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Р.И. Мучак*

ИНСТРУМЕНТЫ САМОРЕГУЛИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

Аннотация. Развитие международных экономических отношений послужило формированию неформальных источников для регулирования международных коммерческих отношений. Характер таких регуляторов позволил участникам международного коммерческого оборота самим регулировать свои отношения, что привело к появлению такого явления, как «саморегулирование». Существующие концепции не дают однозначного ответа на природу неформальных регуляторов. Опираясь на существо неформальных источников, опосредующих регулирование, в большей степени зависящее непосредственно от участников коммерческого оборота, целесообразно именовать такие регуляторы: «инструменты саморегулирования». В содержание данного понятия необходимо включить регуляторы, адресованные участникам коммерческого оборота в качестве рекомендательных документов и направленные на регулирование международных коммерческих отношений. Сложная система таких регуляторов формирует транснациональную систему инструментов саморегулирования международного коммерческого оборота. Статика инструментов саморегулирования не отражает процесс правового регулирования. Однако такие регуляторы потенциально могут получить динамику в договорном регулировании, поэтому, будучи в статичном состоянии, они входят в механизм правового регулирования. Таким образом, система инструментов саморегулирования дополняет механизм правового регулирования международного коммерческого оборота.

Ключевые слова: юриспруденция, инструменты, саморегулирование, контракт, *lex mercatoria*, мягкое право, субправо, источник, механизм, регуляторы.

В условиях стремительного развития международных коммерческих отношений и введения в оборот разнообразных по содержанию неформальных регуляторов породило разнообразные мнения относительно их правовой природы. Авторитетные специалисты связывают такой процесс с новыми тенденциями в обществе и переосмыслением правотворческой функции государства. По мнению западных теоретиков права, неко-

торое время назад общество рассматривало государство как источник всех положений и даже источник своего благополучия. В настоящее время общество надеется на себя и имеет тенденцию к самоорганизации. Неспособность права произвести изменения происходит из-за двух характерных особенностей современной экономики. Первая — это транснациональный характер экономики, которая противоречит национальному характеру правовых систем.

© Мучак Роман Иванович

* Аспирант кафедры международного частного права Всероссийской академии внешней торговли [roman-muchak@mail.ru]

119285, г. Москва, ул. Пудовкина, д. 4а.



Вторая заключается в том, что экономика находится в непрерывном изменении в противоположность негибкому законодательству¹.

К.П. Бергер отмечает, что потеря доминирующей позиции государств в законодательном процессе и свобода сторон в праве международных контрактов послужили причиной пересмотра традиционной теории правовых источников, которые продвинулись намного дальше ограниченного позитивизма. Начинает появляться непозитивистское понимание права. Поскольку право вынуждено принимать во внимание сложности общественного взаимодействия, не только публичная власть определяет порядок в обществе, но также индивид и частные организации имеют «полномочие на саморегулирование и координирование» («power for self-regulation and coordination»). Традиционная теория правовых источников, которая была сконцентрирована вокруг понятия суверенности, заменяется правовым плюрализмом, который признает способность общества к самоорганизации и координации².

Можно говорить о том, что в сфере международного коммерческого оборота имеет место такое явление, как саморегулирование участниками коммерческого оборота своих отношений. Саморегулирование проявляется в том, что участники коммерческого оборота наделены правом сами регулировать свои отношения без вмешательства со стороны государства путем использования разработанных модельных документов, не имеющих обязательную силу. Другая сторона саморегулирования проявляется в возможности разрабатывать такие средства. Указанная деятельность также относится к саморегулированию, так как она непосредственно связана с реализацией на практике таких документов. Саморегулирование, выражающееся в обобщении, разработке и опубликовании сводов правил, обычаев, типовых форм, правовых руководств, тесно взаимосвязано с возможностью их использования. Эти два процесса создания и реализации средств саморегулирования обуславливают друг друга и зиждутся на двух правовых максимах — свободе договора и автономии воли.

Одной из концепций, которая призвана объяснить природу указанных неформальных

регуляторов, и получила развитие по разным примерным оценкам с 60-х годов XX в., была возрожденная концепция средневекового *lex mercatoria*. *Lex mercatoria*, или торговое право, имело преобладающее значение приблизительно в период с X до XVII вв. и представляло собой сформировавшиеся и закреплённые в сборниках торговые обычаи. Объединяющей силой вокруг такого процесса явились купеческие гильдии, которые представляли собой профессиональные центры сословия купцов, в рамках которых происходил не только сбор и фиксация обычаев, но и разрешение торговых споров. В условиях слабой государственной власти и отсутствия нормативно-правового регулирования, сборники обычаев выполняли функцию, по сути, единственных регуляторов коммерческих отношений того времени. На первый взгляд с возрождением и развитием концепции «нового *lex mercatoria*», очевидно, образуется новая форма для всего многообразия неформальных источников, однако попробуем разобраться в этом вопросе более детально. Огромный вклад в развитие данной теории внесли Б. Гольдман, А. Гольдштайн и К. Шмиттгофф. Рассуждая о теории *lex mercatoria*, И.С. Зыкин отмечает, что уже в 20-х гг. XX в. в литературе констатировалось распространение элементов саморегулирования в деятельности участников делового оборота³.

Как отмечает С.В. Бахин, «главная идея, лежащая в основе теории *lex mercatoria*, состоит в том, что регламентация международных сделок должна быть обособлена от национальных правовых систем и осуществляться при помощи особой нормативной системы, получившей наименование «*lex mercatoria*»⁴. Так, стороны стали включать в свои контракты условие о том, что их контракт регулируется общими принципами права, обычаями и обычкновениями международной торговли, нормами *lex mercatoria*. Несмотря на разные точки зрения на правовую природу *lex mercatoria*, его источники и в целом расплывчатость формулировки, такие общие принципы права применяются к контракту, и стороны тем самым избегают применения права какой-либо страны. Коммерсанты, таким образом, пытаются включить в свой контракт общеизвестный правовой регулятор безотносительно к правовой системе той или иной страны. В качестве источника *lex mercatoria* принято подразумевать Прин-

¹ Berger K.P. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. The Hague, London, Boston 1999. P. 108. URL: <<http://www.trans-lex.org/index.php>> (URL: <http://www.trans-lex.org/100600>). Дата обращения: 22.11.2012.

² Berger K.P. *The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law*. URL: <<http://www.trans-lex.org/index.php>> (URL: <http://www.trans-lex.org/000002>). Дата обращения: 22.11.2012.

³ Зыкин И.С. Теория «*lex mercatoria*» // *Международное частное право: современные проблемы* / отв. ред. М.М. Богуславский. М.: ТЕИС, 1994. С. 397.

⁴ Бахин С.В. *Субправо (международные своды унифицированного контрактного права)*. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. С. 98.



ципы международных коммерческих договоров, разработанные Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА). Принципы УНИДРУА являются признанными в международном обороте и «применяются международными арбитражными трибуналами непосредственно как право, регулирующее договор»⁵.

В то же время взгляды сторонников на природу источников *lex mercatoria* не совпадают. «В разных сочетаниях к числу источников чаще всего относят: международные конвенции (унифицированные акты), модельные законы, рекомендации международных организаций, («правила, разработанные международными организациями»), общие принципы права, обычаи (в первую очередь разнообразные кодификации международных обычаев), обыкновения, типовые контракты и формуляры, общие условия, своды единообразных правил, кодексы поведения, арбитражные решения и даже коммерческую практику»⁶. Разработка негосударственными организациями документов рекомендательного характера, адресованная участникам международного коммерческого оборота, соответствует средневековой концепции *lex mercatoria*, где торговые отношения купцов регулировались специально созданными для этого гильдиями, при этом государство не участвовало в создании такого рода документов. Внедрение в такую деятельность на современном этапе развития международного коммерческого оборота международных межгосударственных организаций не совсем вписывается в концепцию *lex mercatoria*.

Таким образом, объединяя все негосударственные регуляторы под единой концепцией *lex mercatoria*, остается все-таки неопределенным место отдельных регуляторов, создаваемых международными межправительственными организациями, которые характеризуются необязательностью применения и строгой ориентированностью на коммерческий оборот. Среди таких инструментов, например, можно выделить документы Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и общие условия контрактов, разработанные Европейской экономической комиссии ООН (ЕЭК ООН).

В связи с этим уместно изложить другую концепцию, которая сформировалась пример-

но в 70-х гг. прошлого века преимущественно в международно-правовой доктрине Западной Европы, а затем распространилась среди ученых других стран, хотя сам термин появился значительно раньше — «мягкое право» («Soft Law»). Основоположителем данной концепции, по мнению некоторых авторов, является А. Макнейр. Как известно, термин «мягкое право» используется для обозначения двух различных нормативных явлений: особого вида норм международного права и неправовых международных норм. «В первом случае к этой категории относят нормы, которые в отличие от "твердого права" не создают четких, конкретных прав и обязанностей, а дают лишь общую установку»⁷. Такие нормы содержатся, например, в различных международных договорах, преимущественно в преамбуле, имеют общий характер и используются скорее как дипломатический прием для придания документу большей значимости. Второй вид норм И.И. Лукашук характеризует как «положения, содержащиеся в неправовых актах, в резолюциях международных организаций, конференций, в совместных заявлениях и коммюнике»⁸.

В научной среде также отмечают, что «линия между правом и неправом может казаться стертой. Механизмы договоров включают более "мягкие" обязательства, а необязательные инструменты, в свою очередь, включают контролирующие механизмы, традиционно найденные в текстах "твердого права". Оба типа инструментов могут иметь процедуры подчинения, которые варьируются от "мягкой" до "твердой". Инструменты "мягкого права" часто служат, чтобы позволить сторонам договора авторитетно решать двусмысленности в тексте или заполнять промежутки»⁹.

В большинстве случаев авторы концепции «мягкого права» определяют этот феномен посредством указания на документы международных организаций, которые носят рекомендательный характер и не являются источниками международного права, а также на отдельные обязательные документы, содержащие «мягкие» нормы. Стоит отметить, что название «soft law» — «мягкое право» получило в международно-правовой доктрине резолюцию международных организаций. Среди необязательных документов *soft law* можно выделить, во-первых, такие, которые адресованы государствам в качестве руководства или модели

⁵ Комаров А.С. Прогрессивное развитие унификации правовых норм о международных коммерческих сделках // Вступительная статья к Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. М.: Статут, 2006. С. XI.

⁶ Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. С. 99.

⁷ Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М.: Спарк, 1997. С. 124.

⁸ Лукашук И.И. Там же. С. 127.

⁹ Матвеева Т.В. К вопросу о «мягком праве» в регулировании международных частноправовых отношений // Государство и право. 2005. №3. С. 64.



для законотворчества, во-вторых, документы, адресованные непосредственно участникам коммерческого оборота для использования на практике, и, в-третьих, рекомендательные документы, адресованные как государствам, так и коммерсантам.

Стоит отметить, что термин «мягкое право» нашел признание среди западных юристов в контексте вопроса регулирования международного коммерческого оборота. Г. Тубнер отрицает имеющиеся аргументы против существования доктрины *lex mercatoria*, признавая новую плюралистическую теорию правовых источников («new pluralistic theory of legal sources»). Контракт «делает невозможное возможным» и становится истинным источником права («the contract «makes the impossible possible» and becomes a genuine source of law»). Согласно взглядам Г. Тубнера, *lex mercatoria* представляет собой *soft law*¹⁰.

Документы *soft law* в международном коммерческом обороте фактически приравниваются к *lex mercatoria*. Содержание *lex mercatoria* расширяется посредством включения регуляторов, разрабатываемых международными межправительственными организациями. Происходит смешение двух концепций. К. Бергер фактически признает документы «мягкого права» («soft law instruments») в качестве регуляторов международного коммерческого оборота, которые могут быть инкорпорированы в контракт¹¹.

Г. Кронке, рассуждая о сосуществовании Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и Принципов УНИДРУА, характеризует последние неизбежно в качестве источника «мягкого права» для современного общего договорного права («soft-law source of modern general contract law») ¹². Ж. Бонелл также подтверждает статус Принципов УНИДРУА в качестве «мягкого права» (*soft law*)¹³.

Широкое толкование содержания *lex mercatoria*, куда включают все рекомендательные акты, представляется весьма сомнительным, хотя и укладывается в

концепцию формирования автономного транснационального права. Всю совокупность таких неформальных регуляторов С.В. Бахин предлагает именовать «субправом», представляя его как особую форму правового регулирования¹⁴. «Субправо следует рассматривать как продукт деятельности международных организаций, ставящих перед собой цель оптимизации регулирования международных коммерческих отношений. Основу субправовых документов составляют как положения действующего права (наиболее удачные нормы международных конвенций, обычаев, национального законодательства), так и правила, складывающиеся в практике предпринимательской деятельности (обычаи, типовые контракты, общие условия, кодексы поведения и т.д.) Важнейшей составляющей субправа является обобщение судебных и арбитражных решений»¹⁵.

Таким образом, мы имеем огромное количество регуляторов, которые не укладываются в общую систему источников права, и как минимум три концепции, объясняющие их правовую природу. Здесь, конечно, следует обратить внимание на статус разработчиков таких инструментов регулирования международного коммерческого оборота. Во-первых, такими разработчиками выступают международные межправительственные организации, которые создают документы, составляющие «мягкое право». Подобные документы представляется целесообразным разделить на две группы: создаваемые для применения в коммерческом обороте непосредственно его участниками (типовые контракты ЕЭК ООН) и создаваемые для государств как рекомендательное руководство к действию (модельные законы ЮНСИТРАЛ). Во-вторых, разработчиками выступают непосредственно международные неправительственные организации (формулирующие агентства), ученые, юристы-практики, создающие документы *lex mercatoria*. Исторически, документы *lex mercatoria* подразумевают результат деятельности непосредственно участников международного коммерческого оборота. Исключение здесь могут составить Принципы УНИДРУА, которые разработаны юристами-учеными под эгидой международной межправительственной организации. С одной стороны, Принципы УНИДРУА признаны авторитетными юристами в качестве источника *lex mercatoria*. С другой стороны, как указано выше, данный документ относят также к «мягкому праву».

¹⁰ Berger K.P. The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law. URL: <<http://www.trans-lex.org/index.php>> (URL: <http://www.trans-lex.org/000002>). Дата обращения: 22.11.2012.

¹¹ Berger K.P. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, London, Boston, 1999. P. 109. URL: <<http://www.trans-lex.org/index.php>> (URL: http://trans-lex.org/create_pdf.php?docid=100600). Дата обращения: 22.11.2012.

¹² Kronke H. The UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond. P. 458. URL: <<http://www.uncitral.org/>> (URL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Kronke.pdf>). Дата обращения: 22.11.2012.

¹³ Kronke H. Ibid. P. 463.

¹⁴ Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. С. 140.

¹⁵ Бахин С.В. Там же.



Для целей уяснения природы неформальных источников обратимся к ее разработчикам и проведем их классификацию. Для начала выделим международные организации, как межправительственные, так и неправительственные, которые создают в сфере коммерческого оборота документы универсального характера. К таким можно отнести Международную торговую палату (МТП), Международный институт унификации частного права (УНИДРУА), Гаагскую конференцию по международному частному праву, Комиссию ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Европейскую экономическую комиссию ООН (ЕЭК ООН), Международный торговый центр ЮНКТАД / ВТО.

К отраслевым международным неправительственным организациям, разрабатывающим документы в помощь участникам определенной сферы коммерческого оборота, относятся Международная федерация инженеров-консультантов (FIDIC), Европейская ассоциация машиностроения (ORGALIME), Международный морской комитет (СМІ), Балтийский и международный морской совет (BIMCO), Международная федерация транспортно-экспедиторских ассоциаций (FIATA), Ассоциация рынка Ллойда (LMA), Международная ассоциация страховщиков Лондона (IUA), Ассоциация по торговле зерном и кормами (GAFTA), Лондонская сахарная ассоциация (SAL), Федерация ассоциаций по жирам, растительным маслам и масличным культурам (FOSFA), Международная хлопковая ассоциация (ICA), Международная ассоциация свопов и деривативов (ISDA) и другие.

Вышеуказанные международные организации разрабатывают многочисленные документы, необходимые для саморегулирования международного коммерческого оборота. Причем создание такого рода инструментария для международных неправительственных отраслевых организаций и ассоциаций является основной целью их деятельности. На основе объединения участников международного коммерческого оборота по территориальному или по отраслевому признаку международные неправительственные организации создают площадку для общения и генерирования регуляторов, основанных на практическом опыте участников такой сферы деятельности.

Анализ существующих концепций — *lex mercatoria*, *soft law*, субправо — объясняющих природу и место неформальных источников, привел к выводу о том, что переплетение взглядов авторов на такие инструменты не дало однозначного ответа. Опираясь на существование неформальных регуляторов, опосредующих регулирование, в большей степени зависящее непосредственно от участников ком-

мерческого борота, автор пришел к выводу о необходимости введения в правовой обиход понятия «инструменты саморегулирования». В содержание данного понятия необходимо включать регуляторы, адресованные участникам коммерческого оборота в качестве рекомендательных документов и направленные на регулирование международных коммерческих отношений. Данный термин — «инструмент саморегулирования» («self-regulation tool») — постепенно находит свое применение в Европе, в частности в документах Международной торговой палаты, являющейся ведущей универсальной организацией, специализирующейся на разработке и опубликовании инструментов саморегулирования. Несмотря на то, что в процессе создания таких регуляторов принимают участие международные межправительственные и неправительственные организации, лиц, которые сами непосредственно участниками международных коммерческих отношений, как правило, не являются, хотя они наделены таким правом на началах равенства и свободы, саморегулирование в большей части необходимо объяснить через необязательность таких инструментов и их свободное использование. В то же время субъектами творения неформальных инструментов являются и сами бизнес-сообщества, которые сами их создают и применяют на практике.

Сложная система таких регуляторов формирует транснациональную систему инструментов саморегулирования международного коммерческого оборота. В этом смысле саморегулирование, противостоящее нормативно-правовому регулированию, выражается в возможности создавать такие средства, с помощью которых участники коммерческого оборота на основе своего права свободного выбора могут сами отрегулировать свои отношения. Такие документы не являются нормами права, не имеют обязательной юридической силы, они не являются источниками права в традиционном понимании, но являются важными практическими регуляторами международных коммерческих отношений.

Статика инструментов саморегулирования не отражает процесс правового регулирования. Однако такие регуляторы потенциально могут получить динамику в договорном регулировании, поэтому, будучи в статичном состоянии, они входят в механизм правового регулирования. Такие взаимосвязи формируют систему саморегулирования, которая дополняет механизм правового регулирования международного коммерческого оборота. В итоге можно сделать вывод, что механизм правового регулирования содержит диверсифицированные средства регулирования.



Библиография:

1. Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. 311 с.
2. Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М.: Спарк, 1997. 322 с.
3. Матвеева Т.В. К вопросу о «мягком праве» в регулировании международных частноправовых отношений // Государство и право. 2005. № 3. С. 62–71.
4. Международное частное право: современные проблемы / отв. ред. М.М. Богуславский. М.: ТЕИС, 1994. 507 с.
5. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2006. 735 с.
6. Berger K.P. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria. The Hague, London, Boston 1999. P. 108. URL: <http://www.trans-lex.org/index.php> (URL: <http://www.trans-lex.org/100600>) Дата обращения: 22.11.2012.
7. Berger K.P. The New Law Merchant and the Global Market Place — A 21st Century View of Transnational Commercial Law. URL: <http://www.trans-lex.org/index.php> (URL: <http://www.trans-lex.org/000002>) Дата обращения: 22.11.2012.
8. Kronke H. The UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond. P. 458. URL: <http://www.uncitral.org/> (URL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Kronke.pdf>) Дата обращения: 22.11.2012.

References (transliteration):

1. Bakhin S.V. Subpravo (mezhdunarodnye svody unifitsirovannogo kontraktного права). SPb.: Yuridicheskiy tsentr Press, 2002. 311 s.
2. Lukashuk I.I. Normy mezhdunarodnogo prava v mezhdunarodnoy normativnoy sisteme. M.: Spark, 1997. 322 s.
3. Matveeva T. V. K voprosu o «myagkom prave» v regulirovanii mezhdunarodnykh chastnopravovykh otnosheniy // Gosudarstvo i pravo. 2005. №3. S. 62–71.
4. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: sovremennye problemy / отв. red. М.М. Boguslavskiy. M.: TEIS, 1994. 507 s.
5. Printsipy mezhdunarodnykh kommercheskikh dogovorov UNIDRUA 2004 / Per. s angl. A.S. Komarova. M.: Statut, 2006. 735 s.
6. Berger K.P. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria. The Hague, London, Boston 1999. R. 108. URL: <http://www.trans-lex.org/index.php> (URL: <http://www.trans-lex.org/100600>) Data obrashcheniya: 22.11.2012.
7. Berger K. P. The New Law Merchant and the Global Market Place — A 21st Century View of Transnational Commercial Law. URL: <http://www.trans-lex.org/index.php> (URL: <http://www.trans-lex.org/000002>) Data obrashcheniya: 22.11.2012.
8. Kronke H. The UN Sales Convention, the UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond. P. 458. URL: <http://www.uncitral.org/> (URL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Kronke.pdf>) Data obrashcheniya: 22.11.2012.

Материал получен редакцией 29 января 2013 г.