

Федеральное государственное образовательное учреждение высшего образования
«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**

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

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
кандидат юридических наук,
доцент С. Ю. Филиппова

Москва – 2017

Содержание

Введение.....	3
Глава 1. Источники коммерческого права. Место правил негосударственного регулирования торговой деятельности среди источников коммерческого права..	11
1.1. Развитие представлений об источниках коммерческого права.....	11
1.2. Понятие и место негосударственного регулирования торговой деятельности в системе источников торгового права	19
Глава 2. Основные формы негосударственное регулирования торговой деятельности	44
2.1. Унифицированные правила.....	44
2.2. Торговые обычаи.....	70
2.3. Сводты лучших практик.....	117
Глава 3. Правила негосударственного регулирования торговой деятельности и их соотношение с позитивным коммерческим правом	125
3.1. Общая характеристика соотношения правил негосударственного регулирования торговой деятельности с позитивным коммерческим правом.....	125
3.2. Действие правил негосударственного регулирования торговой деятельности.....	136
3.3. Систематизация и учет правил негосударственного регулирования торговой деятельности при формировании позитивного коммерческого права.....	153
Заключение	175
Список использованной литературы.....	177
Приложение 1	206
Приложение 2	208

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. Фонотовой.

Кроме работ цивилистов, в диссертации исследовались работы других ученых: В. А. Канашевского, 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. Мерея, 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 членом 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.

Глава 1. Источники коммерческого права.

Место правил негосударственного регулирования торговой деятельности среди источников коммерческого права

1.1. Развитие представлений об источниках коммерческого права

Вопрос о системе источников торгового права решался в трудах российских ученых-правоведов по-разному. Так, профессор Г. Ф. Шершеневич в своем фундаментальном «Курсе торгового права» писал: «В первое время своего существования торговое право жило и развивалось путем обычая; даже позднее, когда верховная власть взяла на себя задачу кодифицирования его, обычное право сохраняло еще значительную роль и пользовалось равным почти авторитетом с законодательным источником. Прошлое столетие представляет период всеобщей и оживленной кодификации, оно является эпохой закона, который всюду стремится вытеснить обычное право, что в действительности ему и удается. Единственная область, оказывающая некоторое сопротивление общему движению, – область торгового права, где *обычай сохранил еще весьма почетное значение, занимая место выше гражданского закона*»¹.

Таким образом, Г. Ф. Шершеневич рассматривал в качестве первопричины (источника) права саму деятельность (купцов, торговцев). Купцы самостоятельно вырабатывали удобные и необходимые правила поведения в этой среде – обычаи. Городская и торговая жизнь настолько была развита в Древней Руси, что это позволило В. О. Ключевскому выступить с теорией «торгового капитализма»². Купечество рано начало объединяться в корпорации (гильдии), называвшиеся сотнями. Обычно «купеческое сто» действовало при какой-либо церкви. «Ивановское сто» в Новгороде было одной из первых купеческих организаций Европы³.

¹ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 1. Введение. Торговые деятели. М., 2003. С. 87.

² Ключевский В. О. Курс русской истории. Ч. 1. 5-е изд. М., 1903. С. 151.

³ Там же.

Русская торговля имела национальные особенности, характер и колорит; это сохранилось в истории и фольклоре. Образ удачливого и предприимчивого купца, торговавшего с Сурожем (Суздаем – *авт.*), надолго запечатлелся в народной памяти. Былинный русский богатырь Чурила Пленкович, сын старого Пленка Сароженина (то есть сурожанина – *авт.*), дарит князю Владимиру из своих подвалов «золоту казну, сорок сороков черных соболей, другую сорок печерских лисиц, камку белохрущету (одноцветную шелковую ткань – *авт.*)»⁴. Как видим, сказители былин, передавая их из поколения в поколение, исключительно точно описывали ассортимент товаров купцов – сурожан (пушнину, шелк). Соответственно, организация торгового оборота представляла собой прежде всего дело частных лиц, продукт их самоопределения и юридического творчества⁵.

Многие торговые операции вышли из самоопределения частных лиц, развились в торговом обороте и определились нормами обычного права. Право на фирму, расчеты в форме чеков, страхование, «перевозка пароходами»⁶ – все это регулировалось правилами торговых обычаев. При определении формы договоров хранения («поклажи»), «производимых по торговле», между лицами купеческого сословия использовались «купеческие обычаи»⁷.

Государственное торговое право рассматривалось представителями науки торгового права как система норм, регулирующих торговлю с точки зрения интересов государства и по соображениям государственной власти (финансовой, полицейского надзора, процессуальной), и мыслилось отделом публичного права; а частное торговое право, регулирующее отношения частных лиц по поводу совершаемых ими торговых сделок, – торговым правом в узком, собственном смысле слова⁸. Впрочем, из подобного подразделения некоторые ученые делали

⁴ Ржига В. Ф. О Чуриле Пленковиче // Известия Отделения русского языка и словесности АН СССР. 1923. Т. 28. С. 75–83.

⁵ Малышев К. И. Об ученой разработке торгового права в России // Журнал Гражданского и Уголовного Права. 1875. Кн. 6. С. 62–63.

⁶ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). М., 1994. С. 44.

⁷ Свод Законов Российской Империи. СПб., 1876. Т. 10. Ч. 2. Ст. 2112.

⁸ Азаревич Д. И. Очерки по торговому праву. Вып. 1. Варшава : Типография Варшавского учебного округа, 1897. С. 6; Нерсесов Н. И. Конспективный курс лекций по торговому и вексельному праву. Посмертное издание, испр. и доп. А. Г. Гусаковым. М. : Тип. «Рассвет», 1896. С. 1, 2; Нефедьев Е. А. Торговое право. М. : Типолитография В. Р. Келяера, 1900. С. 1–2; Федоров А. Ф. Торговое право. Одесса : «Славянская» тип. Е. Хрисогелос, 1911. С. 9.

совершенно иные выводы, отмечая, что «законодательные определения и нормы обычного права, касающиеся торговли со стороны отношений частных лиц между собой и отношений их к вещам (в сфере торговых оборотов), составляют *специальное* право торгующих людей»⁹, то есть негосударственные правила торговой деятельности, сформированные совершенно особенным образом и отличающиеся от позитивного коммерческого права.

П. П. Цитович отмечал, что существуют три источника торгового права «...в таком порядке их применения: торговый закон, торговый обычай, гражданский закон. Торговый обычай отступает перед торговым законом, безусловным и диспозитивным; он действует лишь в дополнение торгового закона. Но *перед торговым обычаем отступает гражданский диспозитивный закон; его отставляет торговый обычай*»¹⁰. Как мы видим, П. П. Цитович отмечал значительную роль торговых обычаев как одной из основных форм негосударственного регулирования торговой деятельности. Вместе с тем вопрос определения места данного источника регулирования отношений коммерсантов (вторым после закона) в иерархии источников нуждается в уточнении. По мере развития общества и общественных отношений (в нашем случае – торговых), складывающихся между производителями услуг и их потребителями, с определенной периодичностью возникают новые обычаи, которые в силу длительности законодательного процесса не попадают в поле зрения законодателя¹¹. Кроме того, многие из обычаев, которые сложились в сфере

⁹ Башилов А. П. Русское торговое право. Вып. I. СПб.: Типография А. С. Суворина, 1887. С. 15.

¹⁰ Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 75.

¹¹ Исследователи отмечали, что в сфере частного гражданского права большинство населения России руководствуется обычным правом, а писанные законы предназначены для меньшинства. В отечественной юридической литературе проблемы обычного права, его соотношения с законодательством начинают активно разрабатываться с XIX в. В тот период обычное право еще не было редкостью. Под сферу его действия подпадал достаточно широкий круг общественных отношений. Для самого многочисленного сословия Российской империи – крестьян – именно обычаи определяли вопросы наследственного права и отношения по опеке и попечительству. См.: Барыков Ф. Ф. Обычаи наследования у государственных крестьян. СПб., 1862; Пахман С. В. Обычное право в России: Юридический очерк. СПб., 1879. Т. 1–2; Ковалевский М. М. Современный обычай и древний закон. Обычное право осетин в историко-сравнительном освещении. М., 1886; Леонтович Ф. И. Адамы кавказских горцев. Одесса, 1882; Гольмстен А. Х. Юридические исследования и статьи. СПб., 1894; Якушкин Е. И. Обычное право русских инородцев: Материалы для библиографии обычного права. М., 1899; Его же. Обычное право. Вып. 1: Материалы для библиографии обычного права. Ярославль, 1875. См. также: Лаптева Л. Е. Исследования обычного права народов Российской Империи в XIX в. // Государство и право. 1997. № 8. С. 101–109.

экономической деятельности, просто бессмысленно включать в правовое поле, поскольку касаются они собственно поведения хозяйствующих субъектов по отношению к партнеру (контрагенту), причем обычай этот относится больше к сфере морально-этической (хорошо – плохо, порядочно – непорядочно)¹².

Существуют такие общественные отношения, для которых правовая форма не является оптимальной формой регулирования. На добровольности исполнения основаны альтернативные (негосударственные) способы разрешения и урегулирования международных коммерческих споров (международный коммерческий арбитраж, примирительные процедуры): практика показывает, что большинство споров, возникающих в международной торговле, разрешаются сторонами в ходе переговоров¹³.

Схожей позиции придерживался А. Х. Гольмстен, который считал, что «русское торговое право есть почти исключительно обычное торговое право, и это последнее только и может быть предметом исследования науки русского торгового права»¹⁴. Такое убеждение дало известному цивилисту основание сделать вывод о том, что, пока не будут собраны и обнародованы наши торговые обычаи, о самостоятельной и цельной науке торгового права нечего мечтать и всякая попытка создать эту науку, игнорируя торговообычное право, окажется вполне неудачной: она будет носить характер отрывочный, далеко не стройный; это будет лишь русское торговое право по названию¹⁵. Как мы видим, все указанные выше классики цивилистической мысли отмечали, что торговая (купеческая) деятельность непреложно ведет к образованию правил негосударственного регулирования торговой деятельности, основной особенностью которого является высокая степень влияния обычного права на

¹² Например, в сфере торгового посредничества. См.: Андреева Л. Торговое посредничество: понятие и правовые формы осуществления // Российская юстиция. 1994. № 7. С. 15.

¹³ Mustill M. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years // Arbitration International. 1988. № 3. P. 97.

¹⁴ Гольмстен А. Х. Очерки по русскому торговому праву. Вып. 1. СПб.: Типография Д. В. Чичипадзе, 1895. С. 14.

¹⁵ Там же; Его же. Юридические исследования и статьи: Общая теория права. Обычное право. Гражданское право. Торговое право. Гражданский процесс. Т. 1. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1894. С. 225.

торговую практику коммерсантов, широкое развитие самостоятельности и самоорганизации, самостоятельной инициативы действий.

Вопрос о системе источников торгового права получил свое современное звучание и развитие в трудах ученых. Так, В. В. Ершов, разделяя точку зрения Е. А. Ершовой¹⁶, полагает, что под источником права следует понимать факторы (начала), его (право) творящие¹⁷, причем с практической точки зрения. Ученый справедливо считает, что более обоснованно разграничивать оценочные понятия «источник права» и «формы права»¹⁸. В рамках диссертации, посвященной принципам российского права, В. В. Ершов приходит к выводу о том, что «обычное право представляет собой совокупность норм права, которые сложились и стали обязательными в определенной сфере человеческой деятельности, коллективе, местности или общественной группе в результате многократного и единообразного соответствующего поведения, обеспеченного социальным принуждением...»¹⁹.

В. В. Лисицын и В. Н. Лисицын, дополняя выводы В. В. Ершова, в своей работе отмечают, что деятельность законодателя находит свое формальное выражение в нормативном правовом акте – законе как форме права.

Соответственно, деятельность купеческого, торгового, предпринимательского сословия (источник права в рамках социологической концепции правопонимания²⁰) обуславливает возникновение торговых обычаев

¹⁶ Ершова Е. А. Источники трудового права в России : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 22. Профессор Е. А. Ершова подробно освещает вопросы разделения источников и форм права в зависимости от различных критериев, выстраивая при этом цельную систему: «...и с практической точки зрения более обоснованно разграничивать оценочное понятие «источник права» и «формы права». Думаю, в качестве «источников права» можно было бы рассматривать «основные начала», «факторы, творящие право», «созидательные силы, творящие право». К факторам, силам, органам, творящим право в мире, полагаю, можно было бы отнести, например, правоприменительную практику, вырабатывающую в том числе общепризнанные принципы права и правовые обычаи; соглашения государств, юридических и физических лиц, в соответствии с которыми подписываются нормативные правовые договоры, содержащие нормы права; решения органов государственной власти, органов местного самоуправления и организаций, согласно которым принимаются нормативные правовые акты и т. д.»

¹⁷ Ершов В. В. Принципы российского права и их реализация в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 11–12.

¹⁸ Подобной точки зрения придерживался также Н. М. Коркунов (Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 294).

¹⁹ Там же.

²⁰ См.: Муромцев С. А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004. С. 415.

или обычаев делового оборота (формы права)²¹. Следует согласиться с данным утверждением. Передача, трансляция нормативного сообщения, заложенного в обычном поведении, происходит чаще всего не посредством закрепления и последующего целенаправленного распространения письменного текста среди неопределенного круга лиц, как в случае с законом, а путем непосредственного восприятия поведенческого образца теми, кто занят в одной и той же области деятельности. Чаще всего субъект права узнает о существовании обычной нормы не из нормативного документа, а через соприкосновение с ее носителями, непосредственно наблюдая за ее применением на практике.

Другие представители современной науки коммерческого права считают, что в качестве источников коммерческого права выступают те нормативные правовые акты, в которых выражены особенности правового регулирования предпринимательской деятельности²². Данная система, установленная в нормативных правовых актах в области торговли и предпринимательства, по мнению некоторых представителей цивилистической науки, является законченной и не требует дополнительной конкретизации.

Так, В. Ф. Попондопуло полагает, что особенности источников коммерческого права могут выражаться в едином гражданском кодексе и в ряде нормативных правовых актов, принимаемых в развитие гражданского кодекса и посвященных отдельным институтам коммерческого права; в едином торговом кодексе; в системе нормативных правовых актов, среди которых нет ни гражданского кодекса, ни торгового кодекса²³. Автор не видит самостоятельного значения за торговыми обычаями, деловыми обыкновениями, унифицированными правилами, актами международной частноправовой унификации и иными негосударственными регуляторами торговли.

²¹ См.: Лисицын В. В., Лисицын Н. В. Легальное и фактическое предпринимательское право пореформенной России в рамках многоаспектного подхода к правопониманию // Современные подходы к решению проблем законодательства и правоприменения : сб. науч. трудов. Вып. 2. М., 2008. С. 27. Тех же взглядов придерживался А. И. Каминка (Каминка А. И. Основы предпринимательского права. Петроград : Изд-во «Труд», 1917. С. 76).

²² Glenn H. P. International Private Law of Contract // In International Conflict of Laws for the Third Millennium. 2001. P. 61.

²³ См.: Коммерческое право : учебник / Под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой. М., 2009. С. 50.

Однако с таким взглядом трудно согласиться. Не будучи ограниченным какими-либо формальными рамками, негосударственный механизм способен урегулировать новые, только зарождающиеся отношения в сфере торговли, которые не могут найти должного закрепления в законодательстве. Это становится возможным благодаря особым свойствам норм, входящих в состав данного механизма: во-первых, такого рода нормы создаются непосредственно субъектами торговой деятельности: предпринимателями и различными международными организациями, как правительственными, так и неправительственными²⁴; во-вторых, применение подобных норм основывается на воле сторон и может быть выражено различными способами в соглашении (прямой отсылкой к *lex mercatoria*, отсылкой к унифицированным правилам, деловым обыкновениям и типовым условиям торговых договоров, к общим принципам права, к Принципам УНИДРУА или Принципам Европейского договорного права²⁵); в-третьих, данные нормы не обладают обязательной юридической силой, поэтому предприниматели часто активнее обращаются к ним, чем к государственным, императивным нормам; в-четвертых, исполнение данных норм основано на принципе «самоконтроля», обеспечивающемся наличием неофициальных черных списков, упоминание в которых приведет к потере деловой репутации, а также к формальному исключению из торговых сообществ.

Л. В. Андреева располагает источники коммерческого права в их иерархии по юридической силе, отмечая, что торговое законодательство составляет совокупность нормативных правовых актов, регулирующих коммерческие отношения в сфере оптового товарооборота, а торговые обычаи лишь «смягчают» негативные последствия, вызванные значительными пробелами в правовом

²⁴ В литературе все чаще обсуждается арбитражная практика, которая свидетельствует о том, что арбитры порой могут обращаться непосредственно к негосударственным механизмам регулирования, в частности к *lex mercatoria*, минуя коллизионные нормы национального права (См.: Поляков Ю. В. Основные тенденции развития международного коммерческого арбитража и определения применимого права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 29).

²⁵ Зыкин И. С. Теория «*Lex mercatoria*» // МЧП: Современные проблемы / Отв. ред. М. М. Богуславский. С. 396–405.

регулировании коммерческой деятельности²⁶. Как мы видим, Л. В. Андреева явно недооценивает роль обычаев.

Особенность нормативного правового акта заключается в его формальном характере. Современный российский правопорядок разграничил понятия источника права и законодательства. В настоящее время наряду с государственными регуляторами отмечается появление и развитие негосударственных механизмов упорядочения торговых отношений²⁷. Особую роль начинают приобретать регуляторы, не обязанные своим происхождением государству, а формируемые как результат правотворческой деятельности различных профессиональных сообществ. Соответственно, непосредственно от субъектов права правовые нормы могут исходить в иных формах. Речь может идти о правовых обычаях, актах нового *lex mercatoria*, научной доктрине. Утверждение о том, что право всегда исходит только от государства, не соответствует представлениям о современном праве²⁸.

Государственный механизм не способен в полной мере обеспечить надлежащее регулирование частноправовых торговых отношений²⁹. В новых, постоянно изменяющихся условиях традиционные механизмы государственного регулирования хозяйственных, торговых отношений не могут предоставить регулирование, которое бы отвечало потребностям торгового оборота. Поэтому они все чаще применяются одновременно с механизмом более гибкого регулирования, который в науке часто объединяется термином «негосударственное регулирование».

²⁶ См.: Андреева Л. В. Теоретические проблемы коммерческого права России : автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 7 ; Ее же. Коммерческое (торговое) право : учебник. 3-е изд. М., 2012. С. 1–2.

²⁷ См.: Дьяконова А. А. Обычай в международной торговле в системе регулирования внешнеэкономических сделок. Оренбург, 2014. С. 7.

²⁸ См.: Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 17. На стр. 33 автор подчеркивает: «Особенность правового феномена заключается в том, что он по сути своей относителен: его внутренняя идея и его внешние проявления варьируются в зависимости от времени и пространства и обусловлены конкретными правовыми системами, то есть зависят от своего окружения».

²⁹ См.: Попондопуло В. Ф. Понятие и источники международного коммерческого права // Правоведение. 2003. № 5. С. 106

1.2. Понятие и место негосударственного регулирования торговой деятельности в системе источников торгового права

Негосударственное регулирование торговой деятельности как явление существовало давно, но до сих пор не получило должного научного осмысления³⁰. Традиционный подход к пониманию сущности права как системы регуляторов, установленных и санкционированных государством, игнорировал самостоятельную роль правил негосударственного регулирования торговой деятельности (негосударственного происхождения) в системе источников торгового права³¹. Исходя из данного подхода, применение торгового обычая или отдельных актов международной частноправовой унификации невозможно за пределами деятельности государственных органов. Как нам кажется, следует критически оценивать подобное утверждение.

Всякая предпринимательская деятельность (тем более торговая) есть деятельность профессиональная, а значит, деятельность, организованная по определенным правилам³². Данный вывод вполне закономерен, так как в сфере предпринимательской и торговой деятельности создается свой деловой порядок. Стороны вынуждены прибегать к каким-либо правилам определенной профессиональной среды, если хотят заключать договоры и достичь положительного результата в работе с контрагентом. Социальными гарантиями, обеспечивающими соблюдение правил, в данном случае выступают деловая репутация торговца (предпринимателя), проверка его профессиональной компетентности (знание торговых обычаев и правил как синоним профессионализма), предупреждение конфликтов интересов сторон. Санкцией

³⁰ Обычное право выступило исторически первой формой права на Руси, в том числе и гражданского права. Например, Новгородская судебная грамота содержит указание вершить судебные дела «по старине». См.: Новгородская Судная грамота // Российское законодательство X–XX веков. М., 1984. Т. 1. С. 304–308.

³¹ См., например: Марченко М. Н. Теория государства и права : учебник. М., 1996. С. 316 ; Общая теория права : учебник / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1995. С. 164 ; Теория государства и права : учебник / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. М., 1997. С. 287.

³² Белов В. А. Торговые обычаи как источники международного торгового права : содержание и применение // Правоведение. 2013. № 1. С. 71.

является потеря эффекта полезности для общего блага сообщества в случае отклонения определенного индивида от соблюдения профессиональных правил.

По мере своего поступательного развития коммерческое право вырабатывает собственные принципы, правовые конструкции, правила, совершенно неизвестные гражданскому праву. Поэтому основной формой фиксации общественной практики в торговой сфере становятся негосударственные правила торговой деятельности, находящие свое выражение в торговых обычаях, унифицированных правилах и сводах лучших практик. При этом понятие и содержание данных правил остаются неизученными.

В связи с этим наука торгового права должна исследовать потенциал негосударственных правил регулирования торговой деятельности, его природу, механизм действия и регулятивные возможности.

Понятия государственного и негосударственного регулирования коммерческих отношений были введены в научный обиход И. С. Зыкиным. Разделение указанных понятий основано на источнике происхождения соответствующих норм: государственными регуляторами предлагается именовать предписания, являющиеся результатом правотворческой или правоприменительной активности государства (нормы международного и национального права, решения государственных судов и пр.), тогда как под негосударственными регуляторами понимаются положения, возникшие в процессе деятельности участников таких отношений, а также организаций, их объединяющих³³. Значимая регулятивная роль, широкое применение негосударственных источников порождает в науке оживленную дискуссию относительно природы, сущности, форм, источников негосударственного регулирования.

³³ Зыкин И. С. Негосударственное регулирование // Международное частное право: современные проблемы : В 2 кн. М. : Наука, 1993. Кн. 2. С. 138.

Государство, признавая принцип свободы договора и автономии воли сторон³⁴, допускает возможность негосударственного регулирования, однако оно должно осуществляться все равно в рамках его юрисдикции. В этом проявляется «вспомогательное» значение данного вида регулятора, так как он действует в большинстве случаев *одновременно* с государственным, то есть в непосредственной связи с той или иной национальной системой права. вспомогательное значение заключается еще и в том, что нормы негосударственного механизма могут прокладывать путь для развития правовых норм. Например, Принципы УНИДРУА³⁵, представляющие собой наиболее яркий пример гибкого регулирования, появление которых привнесло новый импульс в развитие данной проблематики, смогли повлиять на возникновение новых нормативных правовых актов в сфере торговли различных национальных правовых систем благодаря своему универсальному подходу³⁶.

С другой стороны, в настоящее время можно сказать, что негосударственный механизм регулирования имеет не только вспомогательное, но и основное значение. Появление таких взглядов стало возможным в связи с теми тенденциями, которые наметились в международном коммерческом арбитраже. Так, в деле *Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan* (дело МТП № 1512) суд применил общие принципы права, несмотря на тот факт, что стороны договорились о применении индийского права, так как общие принципы права, которые являются негосударственными регуляторами,

³⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон (от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ), ст. 421; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья): федер. закон (от 26.11.2001 г. № 146-ФЗ), ст. 1210.

³⁵ Principles of International Commercial Contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), 1994. P. VIII («...their [scil. of the UNIDROIT Principles] acceptance will depend upon their persuasive authority»); Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А. С. Комарова. М.: Статут, 2013 («...их принятие в конце концов зависит от их убедительности и авторитетности»). Далее, если не указано иное, используется перевод PICC, выполненный А. С. Комаровым – *авт.*

³⁶ Так, принципы УНИДРУА оказали огромное влияние на усовершенствование договорного законодательства Китая. При разработке Закона КНР «О договоре» от 15 марта 1999 г. огромное количество положений относительно порядка заключения договора, условий оферты и акцепта были заимствованы из принципов УНИДРУА. См.: Chi Manjiao. Application of the UNIDROIT Principles in China: Successes, Shortcomings and Implications. Uniform Law Review De Droit Uniforme. NS. Vol. XV. 2010–2011. P. 13.

представляют собой, по мнению суда, выражение здравого смысла, общего для гражданско-правовых систем развитых стран³⁷.

Проанализировав международную арбитражную практику, мы пришли к выводу о том, что в случае разрешения спора в международном коммерческом арбитраже арбитры обладают более широкой автономией в определении права, применимого к существу спора: некоторые императивные нормы обычно применимого права могут быть признаны неприменимыми, в то же время негосударственные торговые правила, напротив, используются все чаще и чаще. Так, Оле Ландо приводит в качестве примера дело, в котором арбитры не применили императивную норму гражданского права Дании, устанавливающую более короткий срок для сообщения об обнаруженных недостатках товара, чем срок, принятый в международной практике. Несмотря на то что право Дании было признано применимым, арбитры посчитали, что применение данной нормы противоречило бы разумным ожиданиям покупателя, поскольку она явно не предназначена для применения в международных коммерческих отношениях³⁸. В другом деле арбитры суда МТП, применив Принципы УНИДРУА вместо национального права Италии, указали, что их применение является более предпочтительным, поскольку позволит избежать вынесения решения, которое могло бы «удивить» стороны, то есть решения, не соответствующего разумным ожиданиям сторон³⁹.

К аналогичным следствиям в виде расширения пределов свободы договора приводит выбор арбитрами негосударственных регуляторов (например, Принципов УНИДРУА) в качестве норм, применимых к существу отношения, вместо какой-либо национальной системы права. В этом случае арбитры фактически игнорируют императивные нормы, существующие в национальном праве, применимом в силу коллизионных норм. Арбитражные решения, демонстрирующие такой подход, достаточно многочисленны.

³⁷ См.: Yearbook Commercial Arbitration. 1976. P. 128.

³⁸ Lando O. The Law Applicable to the Merits of the Dispute // Essays on International Commercial Arbitration / ed. by P. Sarcevic. Boston, London : Graham&Trotman, 1989. P. 148–149.

³⁹ ICC International Court of Arbitration. 2003. № 11926.

Анализ арбитражной практики показывает, что в тех случаях, когда Принципы УНИДРУА применяются без ссылки на них в контракте, арбитры так или иначе руководствуются соглашением сторон и их разумными ожиданиями. Как и другие негосударственные регуляторы, Принципы УНИДРУА не применяются арбитрами в качестве норм, имеющих заранее установленную принудительную силу. В связи с этим отсутствие выбора права, так же как и ссылка на *lex mercatoria* в контракте, само по себе не предопределяет применение Принципов УНИДРУА. Однако с учетом этого обстоятельства, а также иных обстоятельств дела (в том числе и с учетом факта заключения арбитражного соглашения) арбитры могут сделать вывод о том, что стороны подразумевали применение Принципов к их договору либо такое применение будет соответствовать их разумным ожиданиям. В противном случае Принципы УНИДРУА не могут быть применены⁴⁰.

Неоднозначность негосударственного механизма регулирования заключается, на наш взгляд, в его двойственном значении. С одной стороны, он не может быть полностью отделен от государственного, так как воля сторон, выбравших данный вид регулирования, ограничена рамками конкретного негосударственного торгового правила. С другой стороны, отсылка к негосударственному источнику торгового права не означает полного ухода от применения мер государственного принуждения к субъекту торговли⁴¹.

Подводя промежуточный итог вышесказанному, мы считаем необходимым констатировать следующее: во-первых, сложный характер отношений, складывающихся в сфере торговли, не может обходиться только государственным механизмом регулирования; во-вторых, в качестве варианта решения проблем по устранению сложившегося правового вакуума может быть использована

⁴⁰ Final Award in Case 7903 (September 1995) // ICC International Court of Arbitration Bulletin. 2010. Vol. 21, no. 2. P. 74 ; Partial Award in Case 12111 (Paris, France; January 2003) // ICC International Court of Arbitration Bulletin. 2010. Vol. 21, no. 1. P. 78 ; Решение МКАС при ТПП РФ от 17 сентября 2001 г. по делу № 16/1999 ; Решение МКАС при ТПП РФ от 11 июня 1997 г. по делу № 255/1994). Постановлением Правления ТПП РФ от 28 июня 2001 г. № 117-13 правила Инкотермс признаны торговым обычаем на территории РФ.

⁴¹ Так, согласно п. 2 ст. 5 ГК РФ «обычай, противоречащий обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяется».

концепция регулирования отношений сторон правилами, созданными сообществом коммерсантов и представляющими собой олицетворение результатов негосударственного механизма регулирования; в-третьих, негосударственный механизм регулирования обладает особым, двойственным смыслом, так как, с одной стороны, имеет вспомогательное значение, а с другой – в определенных случаях может приобретать и основное значение по отношению к государственному; в-четвертых, данные правила занимают самостоятельное место в системе источников торгового права, при этом совместное применение государственных и негосударственных торговых правил, с учетом особенностей последних, сможет привести к надлежащему регулированию трансграничных торговых частноправовых отношений.

Исходя из этого, 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.

Необходимо отметить, что особенностью торгового права является большой удельный вес неписаного и «мягкого» права, создание которого или вовсе спонтанно (правовые обычаи), или осознанно-осмысленно (кодексы лучших практик), но без соблюдения традиционных правил юридической техники⁴². С этих позиций особенно актуальными становятся исследование и выявление

⁴² Основные недостатки негосударственного регулирования состоят в его неэкономичности, неспособности обеспечить единство регулирования, наконец, в том, что оно создает «широкие возможности для субъективистских, произвольных решений». Это неприемлемо в ситуации, когда правовые регуляторы исходят от государства, становясь обязательными для лиц, непосредственно не участвовавших в их создании. Однако в случае, когда речь идет о создании правовых предписаний частными лицами (таких как договорные условия), этот главный недостаток теряет свое значение, поскольку такие предписания становятся обязательными только для лиц, выразивших свое согласие на их обязательность. Кроме того, нормативное регулирование также имеет некоторые недостатки: оно не может учесть особенностей конкретной ситуации, конкретных лиц; часто члены сообщества предпочитают сами определять правила, учитывающие специфику деятельности, использовать те правовые средства, которые уже дали полезный эффект, применять более гибкие механизмы и пр. В связи с этим оба вида социального регулирования должны гармонично сочетаться, дополняя друг друга. Алексеев С. С. Теория права. М. : Изд-во БЕК, 1995. С. 36.

содержания негосударственного регулирования торговой деятельности⁴³, которое развивалось и развивается под действием законодательства, но не как субсидиарное по отношению к нему, а как самостоятельный вид права, что демонстрируется в работе.

Это касается прежде всего различных областей профессиональной торговой и предпринимательской деятельности, где разрабатывается большое количество правил ее ведения и осуществления для членов саморегулируемых организаций⁴⁴. Так, невозможно регулирование отдельных видов деятельности (банковской⁴⁵, страховой⁴⁶) только лишь с помощью нормативных правовых актов. Заполнение пробелов происходит с помощью актов саморегулирования и обычаев, формы которых могут быть как зафиксированными, так и не зафиксированными в кодексах лучших практик и в определенных сводах обычаев.

Определение основных понятий, разделение на виды, толкование затруднений – все это находится в сфере применения негосударственных правил торговой деятельности. В частности, такие понятия гражданского и акционерного законодательства, как «добросовестность», «разумный срок», «небрежность», «неочевидность» и т. п., раскрываются и могут быть применены только при помощи инструментария, выработанного сообществом коммерсантов. Так, например, в одном деле суд апелляционной инстанции обоснованно указал, что действия заявителя, связанные с приобретением права на такое средство индивидуализации обозначения, как наименование сорта хлеба, и совершение действий по воспрепятствованию иным субъектам предпринимательской деятельности использования аналогичного обозначения, которое использовалось

⁴³ См.: Филиппова С. Ю. О составе и структуре юридической науки (в контексте выявления структуры науки торгового права) // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2011. № 6. С. 19.

⁴⁴ Пленум ВАС РФ фактически приравнял примерные условия к правовому обычаю, если они отвечают требованиям, установленным в ст. 5 ГК РФ (см. п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»).

⁴⁵ В качестве примера в данном случае может быть использована практика взимания банковских комиссий при совершении международных расчетов (См.: Тарасенко О. А. Обычаи делового оборота, применяемые в банковской практике // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2). Здесь и далее при неуказании страниц публикации имеется в виду, что цитировался ее электронный текст, содержащийся в СПС Консультант Плюс.

⁴⁶ Конвенция об общих понятиях, принципах и обычаях в перестраховании. URL: <http://www.insur-info.ru/files/filescomments/Doc1.doc>.

задолго до возникновения у правообладателя спорного товарного знака приоритета на соответствующее средство индивидуализации, противоречат обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, поскольку подобное использование гражданских прав преследует цель ограничения конкуренции⁴⁷.

Следует заметить, что правила негосударственного регулирования торговой деятельности представляют собой неписаное право: хотя бы оно многократно было кодифицировано и отражено в судебных решениях, оно обязательно не своими буквальными выражениями, а теми принципами, которые в себе воплощает.

Практически все международные и национальные правила сообщества коммерсантов собираются в письменной форме (в судебной и арбитражной практике, в проформах и типовых контрактах, в сборниках сведений о торговых обычаях, в сводах торговых обычаев, в частных неофициальных кодификациях⁴⁸).

С одной стороны, фиксация правила поведения в каком-либо документе неофициального характера (частный сборник, формуляр, стандартные условия) не означает, что оно приобрело письменную форму в юридическом смысле. С другой стороны, существование данных правил и обычаев не зависит от их письменного закрепления. Письменный источник может рассматриваться как доказательство существования негосударственного правила.

Помимо этого, ГК РФ в ст. 5 признает обычаям правило, сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

⁴⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 02.10.2015 г. № С01-806/2015 по делу № А26-3476/2014.

⁴⁸ Данные документы, по сути, помогают коммерсантам выгодно определить права и обязанности сторон сделки и грамотно сформулировать их в контрактах. Так, в частности, Международная торговая палата (МТП) разработала унифицированные формы ряда документов, рекомендуемые для применения в торговле: заявление на аккредитив, аккредитивы разных видов (безотзывный, неподтвержденный, подтвержденный), коносаменты разных видов, единый транспортный документ на смешанную перевозку, страховой документ, сертификат о происхождении (См.: Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 5-е изд. М.: Книжный мир, 2007. С. 267).

В настоящее время актуальны вопросы соотношения правового и неправового регулирования и их взаимоотношений. Так, правовое регулирование не следует отождествлять с государственным. В условиях государственно-организованного общества государство не является единственным субъектом, осуществляющим правовое регулирование⁴⁹. Как отмечает Ж. Карбонье, юридическая социология считает, что «в одно и то же время на одном и том же социальном пространстве могут сосуществовать несколько правовых систем; разумеется, прежде всего государственная, но наряду с ней и другие, независимые от нее и даже эвентуально соперничающие с ней. <...> В Средние века каждое социальное пространство пестрело правовыми системами, подобно тому, как имели одновременное хождение различные денежные системы. Обычай – общие и местные, римское право, каноническое право, городские хартии, корпоративные уставы – все это были конкурирующие системы»⁵⁰. Помимо этого, еще до возникновения государства как особой политической организации человечество накапливало известный правовой опыт регуляции общественных связей нормами обычного права, которые возникли, оформлялись в эпоху классовообразования и отражали сложную, запутанную и длинную практику этой догосударственной или предгосударственной стадии⁵¹. Таким образом, существование правового регулирования в догосударственном обществе, а также наличие в различных государствах наряду с государственными негосударственных правил является неопровержимым доказательством того, что правовое регулирование общественных отношений не сводится к их государственному регулированию и что понятие «правовое регулирование» по своему объему шире понятия «государственное регулирование».

В теории права вопрос о правовом регулировании и правовом инструментарии рассматривается в контексте теории правовых средств

⁴⁹ См.: Валеев Д. Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса // Правоведение. 1974. № 6. С. 72.

⁵⁰ Карбонье Ж. Юридическая социология. М. : Прогресс, 1986. С. 179–180.

⁵¹ Мальцев Г. В. Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М. : Норма, 2004. С. 98.

и инструментальной методологии⁵². Для того, чтобы установленная правом возможность заработала, необходимо, чтобы предлагаемое правом решение субъект присвоил и облек в объективную форму фактического поведения. Так появляются правовые средства в деятельности субъекта. Совокупность правовых средств, освоенных в деятельности субъекта, и составляет его правовой инструментарий⁵³.

Соответственно, использование инструментальной методологии и теории правовых средств позволит выявить механизм действия правил негосударственного регулирования торговой деятельности и определить способы влияния негосударственного регулирования торговой деятельности на позитивное коммерческое право.

Негосударственное регулирование тесно переплетается с саморегулированием. Различные объединения индивидов создают свои собственные правила. Феномен саморегулирования известен обществу достаточно давно⁵⁴. В данном случае мы имеем в виду «частное» объединение, то есть отличное от государства.

В Концепции совершенствования механизмов саморегулирования, утвержденной Распоряжением Правительства РФ от 30 декабря 2015 г. № 2776-р, установлено, что основной долгосрочной моделью саморегулирования должен стать переход от административного назначения публичных профессиональных регуляторов путем введения требований об обязательном членстве в саморегулируемых организациях на основании закона к общественному (публичному) признанию саморегулируемых организаций с добровольным членством в качестве органов, способных осуществлять отдельные публично значимые функции при определенных сложившихся условиях⁵⁵. В настоящее же

⁵² Пугинский Б. И. Основные проблемы теории гражданско-правовых средств : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1985. 411 с.

⁵³ Филиппова С. Ю. Частноправовые средства организации и достижения правовых целей. М. : Статут, 2011. 320 с.

⁵⁴ Кашанина Т. В. Корпоративное право : учебник. М. : Высшая школа, 2006. С. 10.

⁵⁵ Распоряжение Правительства РФ от 30.12.2015 № 2776-р «Об утверждении Концепции совершенствования механизмов саморегулирования» // СЗ РФ. 2016. № 2 (ч. 2). Ст. 458.

время в реестре саморегулируемых организаций⁵⁶ практически полностью отсутствуют организации, действующие на потребительском рынке, в сфере сельскохозяйственного и пищевого производства, незначительно представлены союзы товаропроизводителей.

Вместе с тем в сфере торговли сложилась и показала свою эффективность иная модель негосударственного регулирования, основанная на взаимодействии ассоциаций (союзов) производителей потребительских товаров и ассоциаций (союзов) торговых предпринимателей. Большое признание в настоящее время приобрел Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров (далее – КДП)⁵⁷, в котором установлены правила добросовестного поведения при заключении и исполнении договоров поставки различных товаров потребительского назначения (тканей, одежды, моющих средств, бытовой техники, косметических товаров, мобильных телефонов, компьютеров и оргтехники и др.).

Данный документ подписали представители ведущих и ритейлеров: Ассоциация компаний розничной торговли (АКОРТ), Национальный союз производителей молока (Союзмолоко), Ассоциация производителей и поставщиков продовольственных товаров «Руспродсоюз», сеть продуктовых гипермаркетов «Ашан» (Holding Auchan SA), METRO Cash & Carry и др., а также Союз потребителей Российской Федерации, Комитет по потребительскому рынку Торгово-промышленной палаты Российской Федерации. Продолжается активный процесс присоединения к Кодексу и других крупных ассоциаций и союзов, функционирующих на потребительском рынке. Целями Кодекса являются внедрение гражданско-правового принципа добросовестности во взаимоотношениях между поставщиками потребительских товаров и торговыми сетями при заключении и исполнении договоров, повышение эффективности

⁵⁶ Реестр СПО. URL: <http://www.all-sro.ru/register>.

⁵⁷ Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров. URL: http://codeofconduct.ru/files/code_of_good_business_practices_ver22062016.pdf.

взаимодействия между торговыми сетями и поставщиками, а также оптимизация издержек по всей цепочке поставок.

Для содействия применению Кодекса, анализа эффективности его применения и урегулирования возникающих разногласий между поставщиками потребительских товаров и торговыми сетями создана Комиссия по применению Кодекса добросовестных практик. Она разрабатывает рекомендации по типовым ситуациям и спорам, по изменению Кодекса, осуществляет взаимодействие с государственными органами, средствами массовой информации, общественными организациями.

Таким образом, для нас очевидно, что в современном мире формируется определенная совокупность регуляторов общественных отношений, которая не вписывается в полной мере в традиционные представления людей о праве.

По нашему мнению, основными формами негосударственного регулирования торговой деятельности являются унифицированные правила, торговые обычаи, своды лучших практик, природа которых будет исследована в работе.

Как нам кажется, на сегодняшний момент развитие права как самостоятельного социального регулятора происходит через стандартный набор практик сообщества юристов, что, в свою очередь, позволяет формировать догму права⁵⁸. Именно у истоков права сообщества коммерсантов мы находим «живое право» в форме торговых обычаев, унифицированных правил, сводов лучших практик, разрабатываемых практикующими сообществами юристов, саморегулируемыми организациями, некоммерческими организациями и отдельными субъектами правотворчества на современном этапе⁵⁹.

⁵⁸ Так, например, Г. Тойбнер полагает, что законодательные органы будут терять свою значимость с развитием процесса глобализации. Глобальное право возникает из самоорганизованных процессов структурного объединения права с постоянными специализированными процессами глобализации. Переходя к вопросу о статусе *lex mercatoria*, Г. Тойбнер формулирует теорию, которая рассматривает право как самоорганизующийся процесс, который самостоятельно определяет собственные границы (См.: Teubner G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society* // Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Brookfield : Dartmouth, 1997. P. 4.

⁵⁹ Эрлих О. Основы социологии права / Пер. с нем. М. В. Антонова ; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. Спб. : ООО «Университетский издательский консорциум, 2011. С. 87.

Иными словами, конституирующей формой позитивного коммерческого права становятся корпоративные нормы, корпоративный дух профессиональных юридических сообществ, основу которого составляет юридическое мышление (категории и термины), обобщение универсальных знаний, специфические формы выражения права и результатов деятельности профессиональных юристов. Это позволяет воспроизводить те юридические практики, которые ответственны за правовое регулирование и в конечном итоге – за поддержание социальной стабильности в негосударственном регулировании торговой деятельности. Данный фактор является преобладающим для процесса формирования современного коммерческого права по следующим основаниям.

По мнению Б. И. Пугинского, «Изучение российского законодательства о торговой деятельности свидетельствует о его ненормальном состоянии. Во многом не закончено формирование законодательной основы товарного обращения. Имеющиеся нормативные акты носят разрозненный характер, содержат противоречия. Отсутствует единая направленность нормативных установлений, четкая и обоснованная система регулирования рыночных отношений. Недостаточность законодательной базы влечет массовое издание ведомственных и региональных актов»⁶⁰.

Такое несистематизированное, стихийное разнообразие правового материала размывает стройные рамки правовой системы. Причину нужно искать в отсутствии теоретических оснований юридических практик тех или иных социальных институтов⁶¹ в научных текстах. Так, еще российская досоветская доктрина несколько расплывчато определяла место обычая в правовой системе. Например, Н. М. Коркунов считал юридический обычай чем-то средним между обычаем и законом⁶². Традиционная немецкая доктрина утверждала, что факт

⁶⁰ Пугинский Б. И. Коммерческое право : учебник. М. : Зерцало, 2005. С. 67.

⁶¹ Формирование договорных условий под влиянием обычаев делового оборота проходит с учетом особенностей вида договора, его правовой цели и субъектно-объектного состава (см., например: п. 2 ст. 459, п. 2 ст. 474, п. 2 ст. 478, п. 2 ст. 484, п. 1 ст. 485, п. 1 ст. 508, абз. 2 п. 1 ст. 510, п. 2 ст. 513, п. 1 ст. 519 ГК РФ) и служит, таким образом, надежным средством регулирования договорных отношений сторон. При этом выступает, по сути, средством конкретизации и дополнения к закону.

⁶² Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Книга 4. Положительное право (По изданию 1914 года. Редактирование и комментарии. (с) www.allpravo.ru. 2003). С. 300–301.

некоего обыкновения (позиции) еще недостаточен для того, чтобы говорить об утвердившейся норме в форме..., на которую можно сослаться как на источник права и который можно оспаривать⁶³. Правовые исследователи считают, что решение данного вопроса является одной из задач современной науки⁶⁴. При этом технологические инновации и растущая интеграция экономики по регионам привели предпринимателей к осознанию того, что некоторые виды сотрудничества возможны путем использования таких правовых регуляторов, как унифицированные правила, правила ведения бизнеса, кодексы управления и своды лучших практик. Данные инструменты регулирования профессиональной деятельности используются достаточно широко и наблюдаются в конкретных сделках для достижения эффективности и экономического успеха. Особенно остро это проявляется в эпоху дерегулирования.

Как было показано выше, правила негосударственного регулирования торговой деятельности – источник коммерческого права, который не имеет только лишь нормативную, обязательную, обеспеченную государственным принуждением природу, в связи с чем обладает более широкой сферой применения. Благодаря такой своей особенности негосударственное регулирование торговой деятельности часто используется на практике и учитывается без необходимости его закрепления в нормативных правовых актах. Так, в сфере банковского кредитования действующее российское законодательство не только не устанавливает унифицированной формы кредит-ноты, но и не раскрывает понятия «кредит-нота». Исходя из обычаев делового оборота, под кредит-нотой понимается извещение, посылаемое одной из находящихся в расчетных отношениях сторон другой стороне, о записи в кредит счета последней определенной суммы, ввиду наступления какого-либо обстоятельства, создавшего у другой стороны право требования этой суммы⁶⁵.

⁶³ Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. № 1. С. 154–184.

⁶⁴ По верному замечанию Родионовой О. М., «стремление очистить право от обычаев ведет к утрате последними эффективности» (Родионова О. М. Природа и признаки обычаев делового оборота // Актуальные проблемы правопедения. Самара : Изд-во Самар. гос. эконом. акад., 2003. № 1–2. С. 208).

⁶⁵ Кредит-нота. URL: <http://www.audit-it.ru/phorum/read.php?f=1&i=348437&t=348419>.

Профессиональные участники рынка недвижимости регулируют поведения своих участников с помощью специальных унифицированных правил, с учетом обобщения практического опыта агентств недвижимости⁶⁶. Международный коммерческий арбитражный суд (далее – МКАС) при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – ТПП РФ) руководствуется соответствующими торговыми обычаями и иными негосударственными регуляторами торговли⁶⁷.

Именно неформализованность процесса формирования негосударственных правил торговли при непосредственном участии хозяйствующих субъектов делает их наиболее гибкими и в наибольшей степени приспособленными к регулированию такой динамичной системы, как система торговли, а ориентированность на коммерческую практику и учет интересов участников торговой деятельности превращают негосударственные торговые правила в одно из самых продуктивных средств воздействия на складывающиеся торговые отношения. В условиях, когда государственные источники в силу присущей им инертности не успевают адекватно реагировать на изменения, происходящие в коммерческом обороте, в том числе международном, негосударственные правила становятся иногда единственным регулятором для вновь возникающих форм сотрудничества в торговле. Тем самым они являют собой первичный источник воздействия на складывающиеся торговые отношения и выполняют функцию их первичного правового регулирования. Неслучайно в литературе отмечается в связи с этим, что торговый обычай был по существу первым регулятором международных коммерческих отношений за несколько веков до появления национальных правовых систем. Как пишет Н. Г. Вилкова, «...в условиях феодальной раздробленности специалисты отдельных профессий создавали правила делового оборота, первоначально ограниченные рамками цеховых образований и перераставшие затем в международные. Таким образом

⁶⁶ Правила осуществления риэлторской деятельности. URL: <http://arielt.ru/regulat/>.

⁶⁷ См.: Согласительный регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. URL: <http://lawru.info/dok/2001/06/01/n89863.htm>.

обеспечивалась возможность осуществления профессиональной коммерческой и производственной деятельности: вспомним обычаи Олерона, возникновение в Италии в XIII веке векселя и чека... Возникновение национального законодательства не элиминирует применения таких обычаев»⁶⁸.

Другие ученые считают, что действие негосударственных регуляторов получает распространение в условиях формирования цивилизованного рынка⁶⁹. И тогда обычаи, деловые обыкновения, своды лучших практик, акты международной частноправовой унификации становятся существенным дополнением к гражданско-правовым договорам и юридическим нормам⁷⁰. Следует согласиться с данной точкой зрения.

Во многих случаях использование обычных и унифицированных форм применяется в целях стимулирования практики согласования более транспарентных и ясных договорных текстов и снижения числа случаев, когда суды вместо того, чтобы просто приводить договорные условия в исполнение, вынуждены заниматься предварительным выявлением смысла запутанных и неясных договорных условий. Описанная стимулирующая роль, хорошо изученная в деталях в рамках современного экономического анализа права, была очевидна юристам на уровне политико-правовой интуиции на протяжении многих сотен лет. Так, например, Ф. Бэкон называл этот принцип толкования договора на основе обычных условий учителем мудрости и прилежания, воспитывающим у людей внимательность к своим делам⁷¹.

Негосударственные правила торговой деятельности имеют существенное значение при формировании договорных условий сторон контрактов⁷². Например, при исполнении договорных и иных обязательств стороны обязаны руководствоваться «обычно предъявляемыми требованиями» при отсутствии

⁶⁸ Вилкова Н. Г. Торговые обычаи в практике МКАС при ТПП РФ // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Междунар. коммерч. арбитраж. суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: сб. статей. М. : Спарк, 2002. С. 68.

⁶⁹ Дьяконова А. А. Обычай международной торговли в системе регулирования внешнеэкономических сделок. Оренбург : ООО ИПК Университет, 2014. С. 7.

⁷⁰ Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М. : Омега-Л, 2011. С. 212.

⁷¹ Bacon F. The Elements of the Common Lawes of England a Collection of Some Principal Rules and Maxims of Common Law. London, 1630. P. 11.

⁷² Вахнин И. Г. Техника договорной работы. М., Зерцало-М, 2009. 272.

специальных требований законодательства или условий обязательства⁷³. Предполагается, что такого рода «обычные требования», по существу, и представляют собой торговые обычаи.

В последние годы стали издаваться различного рода сборники типовых договоров, рассчитанные на применение для отношений главным образом между предпринимателями⁷⁴. Их авторами являются либо отдельные лица, либо организации, в частности – научные или научно-технические институты.

По нашему мнению, именно в типовых договорах находит выражение юридическая практика сообщества коммерсантов. Партнеры, заключающие контракт, обычно договариваются лишь о предмете, цене, количестве, качестве товара и сроках его поставки. Остальные условия известны: установлены в типовом контракте⁷⁵. Они разрабатываются объединениями промышленников и предпринимателей, ассоциациями, федерациями, союзами, торговыми палатами, биржевыми комитетами, как правило, для определенных видов товаров (зерно, хлопок, цветные металлы и др.). Для членов этих объединений они обязательны и (в зависимости от мощи данной группы) более или менее распространены в международной торговле (например, типовые контракты Лондонской ассоциации хлеботорговцев⁷⁶ и др.).

⁷³ Ст. 309 ГК РФ.

⁷⁴ См., например: *Формы и документы*. URL: <http://forms-docs.ru/group/torgovye-dokumenty>. На данном сайте представлены типовые образцы торговых документов, связанных с передачей товаров, расчетами, оплатой. Примером может служить также «Сборник образцов банковских документов» (сост. Л. Г. Ефимова. М.: Инфра-М, Кодекс, 1995. 240 с.). В сборнике приведены образцы договоров о доверительном управлении имуществом, поручительстве, залоге валютного депозита, лизинге оборудования, факторинге, кредитном договоре, договоре об открытии и ведении корреспондентского счета в иностранной валюте, об установлении корреспондентских отношений, валютного вклада, депозитного договора, договоров о расчетно-кассовом обслуживании с использованием документов в электронной форме, о сохранении коммерческой и банковской тайны и др.

⁷⁵ Апелляционное определение Пермского краевого суда от 04.07.2012 по делу № 33-5470: «Договор является типовым, разработан ответчиком, его условия являются обязательными для всех потребителей и единственно возможными условиями получения товара с условием рассрочки платежа. Также самим ответчиком в своем отзыве на исковое заявление не отрицался данный факт. Ответчик сам подтверждал, что данная типовая форма Договора является окончательным вариантом, при обращении потребителя с предложением об его изменении – изменению не подлежит. Договор составлялся сотрудником ответчика по разрабатываемой типовой форме и был выдан потребителю лишь на подпись. В договоре изначально содержались данные и информация, которые в принципе не могли быть потребителем заполнены самостоятельно (штрих-код договора, номер договора и т. п.)».

⁷⁶ *Международное регулирование внешнеэкономической деятельности* / Под ред. В. С. Каменкова. М.: Изд-во деловой и учебн. лит-ры; Мн.: Дикта, 2005. С. 392.

Правовую основу и формы коммерческого права как системы негосударственного регулирования составляют: типовые контракты на отдельные виды товаров, разрабатываемые торговыми ассоциациями; факультативные общие условия поставок; регламенты международных межправительственных организаций; типовые договоры на фрахтование судов; образцы агентских соглашений и других договоров; типовые проформы соглашений; проформы чартеров, договоры-формуляры и договоры присоединения...⁷⁷.

В отношениях между организациями, а также организациями и гражданами в течение длительного времени широко используются типовые договоры. Их разрабатывают сообщества коммерсантов применительно к определенному виду договоров, либо к одной из его разновидностей, либо к определенному виду товаров, работ или услуг.

Также, например, реализация международных инвестиционных и строительных проектов в России дала импульс развитию унификации правил, регулирующих отношения в данном сегменте рынка: одним из ключевых условий успешной реализации таких проектов является применение *унифицированных инвестиционных типовых контрактов*⁷⁸. Результаты этой работы находят выражение в публикациях унифицированных типовых договоров.

Возможность отражения в типовых договорах юридической практики сообщества коммерсантов подчеркивается следующими соображениями: 1) типовые контракты на отдельные виды товаров используются торговыми ассоциациями⁷⁹; 2) типовые договоры на фрахтование судов, образцы агентских соглашений и других договоров используются в торговом мореплавании⁸⁰;

⁷⁷ Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право : учебник. М. : Изд-во Эксмо, 2005. С. 211.

⁷⁸ Hinze J. Construction contracts. 2 ed. N.Y., 2001. P. 317–327. В ходе заседания Правительства РФ 21 апреля 2011 г. представителям российских саморегулируемых организаций в области строительства было рекомендовано обратиться к опыту Международной федерации инженеров консультантов (FIDIC) (далее – FIDIC) в области унификации типовых контрактов.

⁷⁹ Щекина Е. А. Правовой обычай международной торговли как источник международного частного права. Харьков : МР «Крок», 2007. С. 72–73.

⁸⁰ Толочко О. Н. Введение в теорию правового регулирования внешнеэкономических отношений. Гродно : ГрГУ, 2003. С. 145.

3) типовые договоры соответствуют нормам и принципам российского коммерческого права⁸¹.

Некоторые типовые контракты, разработанные независимыми или специальными профессиональными организациями, могут иметь своей целью фиксирование или формирование наиболее эффективной и справедливой практики и норм, общепризнанных в какой-либо конкретной сфере деловой активности. Они должны воплощать в себе (в определенном смысле) самые лучшие коммерческие и профессиональные наработки, являющиеся результатом практической деятельности наиболее авторитетных специалистов, пользующихся заслуженной репутацией в своей области.

На практике часто встречаются типовые договоры, используемые как обычаи при регулировании банковской деятельности. Типовым международным финансовым контрактом на практике обычно называют типовые (общие) условия заключения, гарантии исполнения и прекращения кредитных, расчетных, клиринговых, депозитарных, доверительных по ценным бумагам, инвестиционных, налоговых, страховых договорных отношений с иностранным элементом. Общие условия типового финансового контракта представляют собой список статей договора, разработанных с учетом международной практики и, как правило, в зависимости от базисных условий финансовой операции, которые участники договора могут включать в свой контракт или ссылаться на них. Но сам напечатанный и подписанный сторонами документ, в котором содержатся только общие условия, не является контрактом, он составляет неотъемлемую часть контракта⁸².

Распространение типовых контрактов является результатом стремления к унификации условий международной торговли и обусловлено определенными преимуществами, которые дает их использование. В частности, предварительная подготовка большей части текста контракта позволяет более тщательно его

⁸¹ Варавенко В. Е. Влияние типовых форм договоров Международной федерации инженеров-консультантов (FIDIC) на правотворчество и правоприменение в области строительной деятельности // Правотворчество и правоприменение в современной России : сб. науч. трудов. Хабаровск, 2011. С. 19.

⁸² Канашевский В. А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 78.

разработать, чем если бы он согласовывался во время индивидуальных переговоров, экономит время на заключение сделки и дает возможность широко использовать имеющийся практический опыт торговли в данной отрасли⁸³.

Общим признаком правил, содержащихся во всех перечисленных актах, является отсутствие у них принудительной силы. Тем не менее отсутствие обязывающего характера не делает указанные правила менее популярными. Напротив, практика показывает, что такие правила находят применение в многочисленных международных коммерческих отношениях. Как и применение негосударственных регуляторов в целом, применение правил сообщества коммерсантов является более удобным для обеих сторон способом регулирования коммерческих отношений. Применение таких правил делает отношения сторон более предсказуемыми, снимает необходимость трудоемкого и зачастую дорогостоящего анализа зарубежного права.

Следует рассмотреть правила негосударственного регулирования торговой деятельности с точки зрения системно-деятельностного подхода, позволяющего отделить традиционный нормативный «каркас» и помогающего охватить процессы происходящих правовых изменений в целостности. Это позволит нам определить место и значение права сообщества коммерсантов в современной правовой системе.

В диссертационном исследовании использованы основные положения трудов по общей теории систем для определения феномена негосударственного регулирования торговой деятельности⁸⁴. С помощью системного подхода исследуются функции сообщества как целого. Особое внимание уделяется рассмотрению обратной и прямой взаимосвязи права сообщества коммерсантов

⁸³ Мекка О., Штыкова Н. Применение судами обычаев делового оборота и торговых обыкновений // Российская юстиция. 2001. № 9. С. 5–13.

⁸⁴ Афанасьев В. Г. Системность и общество. М. : Политиздат, 1980 ; Берталанфи Л. Общая теория систем – критический обзор. СПб., 1969 ; Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода. М., 1973 ; Николов Л. Структуры человеческой деятельности : пер. с болг. М. : Прогресс, 1984 ; Рузавин Г. И. Методология научного познания. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2012 ; Пригожин И., Стенгерс И. Порядок из хаоса: новый диалог человека с природой. М. : ЕЛКИ, Едиториал УРСС, 2008 ; Пугинский Б. И. Основные проблемы теории гражданско-правовых средств : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1985 ; Хакен Г. Синергетика: иерархии неустойчивостей в самоорганизующихся системах и устройствах. М. : Мир, 1985. 424 с.

с системой законодательства в целом, с международной практикой, с электронной торговлей в качестве частного примера процесса развития системообразующих факторов формирования негосударственных торговых правил в специфической электронной среде⁸⁵.

Интересно в этом плане высказывание В. К. Мамутова: «Система права – это не столько дифференциация, сколько интеграция правовых норм и институтов. Все отрасли стыкуются, имеют какие-то общие зоны, сферы пересечения, совместного воздействия. Поэтому согласование, состыковка, интеграция важнее теоретического размежевания...»⁸⁶.

В 1950-х и 1960-х гг. теория систем стала новым научным подходом к пониманию и прогнозированию возникновения явлений естественного и искусственного происхождения⁸⁷. Она отделилась от уже существующих подходов во многих дисциплинах, связанных с историческими⁸⁸, редукционистскими и бихевиористскими методами научного познания. Общая теория систем стала моделью для научного исследования правовых явлений, взаимосвязей, взаимозависимостей отдельных источников права в целой правовой системе, проникла в различные отрасли права настолько глубоко, что мы часто

⁸⁵ Волков В. Н., Денисов А. А. Основы теории систем и системного анализа. СПб., 2007. С. 25.

⁸⁶ Хозяйственное право / Под ред. В. К. Мамутова. С. 37.

⁸⁷ Перегудов Ф. И., Тарасенко Ф. П. Введение в системный анализ : учеб. пособие. М., 2008. С. 161.

⁸⁸ Так, например, руководствуясь историческим методом, Е. Н. Трубецкой считал, что юридические нормы, вошедшие в обычай, обязательны не потому, что они в течение долгого времени применялись на практике к однородным случаям жизни, а потому, что в них выразилось живущее в народе сознание права; обычай сам по себе не создает ни новых юридических понятий, ни новых правовых норм: он только закрепляет существующие в народе правовые воззрения; он служит доказательством того, что народ признает обязательными те или другие нормы, которые в силу этого и имеют значение норм правовых (Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. СПб., 2001. С. 80). Редукционисты, по сути, ближе других были близки к изучению явления системно – от простого до сложного, а в нашем случае – от привычки до непосредственного выражения в правовой форме обычного правила. «Основа обычного права, – говорит Н. М. Корунув, – есть естественная общность убеждения целого народа. Это непосредственное народное убеждение выражается в нравах (Sitte); его осуществление в нравах есть, следовательно, непосредственное, своеобразное проявление обычного права. Нравы, обычаи суть точно также первоначальные формы этого права, как система – своеобразная форма права юристов, а слово – для права законодательного» (Корунув Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 294–295).

даже не в состоянии представить себе, какое влияние она оказывает на наше мышление, на большинство дисциплин и профессиональных сфер⁸⁹.

Системное определение места негосударственного регулирования торговой деятельности требует выполнения ряда условий: постановки проблемы целостности или связности объекта исследования, изучения связей с другими источниками права как звеньями системы⁹⁰.

По нашему мнению, правила негосударственного регулирования торговой деятельности существуют «до», «после» и «параллельно» закону и судебному прецеденту и являются источником, отражающим объективные потребности развития общества и подверженным частым изменениям ввиду динамичного развития торгового дела⁹¹. Действующее законодательство РФ имеет пробелы и коллизии, суды и иные правоприменительные органы на практике нередко сталкиваются с необходимостью их разрешать. Рассматривая спор, суд определяет нормы права, подлежащие применению. Анализируя нормы права, он

⁸⁹ Все системы могут быть описаны в терминах входа, процесса, выхода, петель обратной и прямой связи, равновесия, гомеостаза, открытости и закрытости. Все системы служат той или иной цели, то есть являются телеологическими. Изначально основатели теории систем проводили различия между системами реальными (галактика, клетка, атом) и концептуальными (логика, математика, музыка). Далее также стали различать технологические, философские и эпистемологические системы. По отношению к окружающей среде ученые выделяют закрытые и открытые системы, причем последние более динамичны и в большей степени подвержены изменениям. Любая физическая или абстрактная совокупность элементов может быть описана в терминах теории систем.

⁹⁰ Законами развития системы и ее составляющих в целом и правовой системы в частности является эволюция правового обычая из обычного правила, сформированного в социальной (общественной) среде и применяемого на практике многократно, корректно, точно и обеспеченно. В процессе прохождения этапов становления, оформления, закрепления и, наконец, «выпуска» в правовую среду правило становится широко применяемым в предпринимательской или иной коммерческой деятельности в силу самого факта его существования и исходя из прямой законодательной необходимости регулирования правоотношения с учетом их специфики и многогранности.

Системно-деятельностный подход является по-своему попыткой объединения всех подходов. Любая деятельность, осуществляемая ее субъектом, включает в себя цель, средство, сам процесс преобразования и его результат.

⁹¹ Например, мировая торговая практика и обычаи, установленные в морской транспортной среде, всегда подразумевали, что груз или товары должны отпускаться грузополучателю перевозчиком по предъявлению оригинала коносамента. 5 мая 2013 г. Управление федеральных доходов Бразилии предприняло попытку изменить этот обычай: издало нормативный документ за № 1356, который давал право грузополучателю не представлять оригинал коносамента для получения груза в целях таможенного оформления. Попытка эта вызвала большую шумиху среди импортеров и экспортеров, а также перевозочных компаний. См.: Нормативная правовая база и механизмы государственного регулирования внешнеэкономической деятельности Бразилии. URL: http://www.ved.gov.ru/exportcountries/br/about_br/laws_ved_br/laws_trade_br/.

оценивает их буквальный смысл – смысл, извлекаемый из системного толкования данной нормы, то есть в ее взаимосвязи с иными законоположениями. Однако иногда даже системное толкование правовых норм не позволяет восполнить имеющийся пробел в правовом регулировании. В этом случае суды прибегают к данным негосударственным правилам торговой деятельности. Например, при разрешении споров в отношении доменных имен арбитражные суды используют положения Единой политики рассмотрения споров о доменных именах ICANN (UDRP)⁹²; обычаем делового оборота была признана Методика определения количества тепловой энергии и теплоносителя в водяных системах коммунального теплоснабжения, утвержденная Приказом Госстроя России от 6 мая 2000 г. № 105, и взыскание денежной суммы за фактически потребленную тепловую энергию⁹³.

Негосударственное регулирование торговой деятельности становится одним из обязательных механизмов (правовых инструментов) реализации, воплощения в жизнь институтов гражданского общества. Сообщество учитывает мнения сторон при создании форм регулирования торговой деятельности, потому как сам этот процесс включает формирование правила из общественной среды. По сути, негосударственные правила торговой деятельности предостерегают от появления норм, не принимающих во внимание действительную волю сторон, что порой случается с законодательными нормами. Интересы контрагентов также учитываются, так как, создавая профессиональное сообщество на основе правил сообщества, они записывают лучшие условия для благотворного сотрудничества в дальнейшем.

Формы негосударственного регулирования торговой деятельности являются средством оценки соответствия поведения (деятельности) и урегулирования конфликтов авторитетными учреждениями. Так, например, базисные условия страхования грузов, подготовленные Институтом лондонских страховщиков

⁹² Постановление Президиума ВАС № 5560/08 от 11 августа 2008 г. при разрешении спора в отношении доменного имени rromat.com (Дело № А56-70563/2010).

⁹³ Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа по делу № А62-969/05 // СПС Консультант плюс.

в соответствии с нормами международного права, считаются общепризнанными среди страховых компаний в большинстве стран мира и успешно действуют с 1981 г.⁹⁴

Таким образом, торговое право, по нашему мнению, в объективном смысле представляет собой 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.

В рассматриваемых блоках двух подсистем единой системы торгового права нормы взаимосвязаны. Достаточно хотя бы мысленно исключить одну из подсистем, чтобы возник существенный пробел⁹⁵. Мы полагаем, что в этом плане систему торгового права отличает беспробельность, так как обе подсистемы активно взаимодействуют друг с другом⁹⁶. Поэтому можно считать, что

⁹⁴ Троицкая И. В. Обычаи делового оборота в страховании имущественных интересов предпринимателей // Известия Российского гос. пед. ун-та. 2009. № 104. С.45.

⁹⁵ Как подчеркивал Р. Иеринг: «...правовые положения суть только самые внешне практические верхушки права, не исчерпывающие ни количественно, ни качественно его действительного содержания». См.: Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. СПб., 1875. С. 29.

⁹⁶ В качестве примера такого взаимодействия можно привести ст. 311 ГК РФ, согласно которой «кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства и не вытекает из обычаев или существа обязательства». Из указанной статьи следует, что в случае, если будет установлен факт наличия обычая, обязывающего кредитора принимать исполнение обязательства по частям, к отношениям сторон договора должен применяться этот обычай, а не диспозитивное правило, предусмотренное самой статьей (естественно, если применению обычая не будет препятствовать договор, а также закон или иной правовой акт). При этом необходимо учитывать, что, когда в законодательной норме предусматривается, что она действует постольку, поскольку иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами и не вытекает из обычаев, это означает, что обычай имеет приоритет лишь перед этой конкретной нормой ГК. В то же время, если коллизия возникнет между обычаем и специальной нормой, содержащейся в законе или ином правовом акте, по общему правилу приоритет будет иметь эта специальная норма.

подсистема обычных норм, унифицированных правил и правил сводов лучших практик представляет собой в определенном смысле замкнутое целое, что в особенности касается типовых правил и норм организации предпринимательской деятельности профессиональных субъектов в случае их консолидации в типовые документы и проформы; также это касается и другой подсистемы – государственной. Включение правил, в нее не вписывающихся, приводит к избыточности подсистемы и в результате к тому, что законодатель вынужден, в конце концов, отказываться от таких правил.

Глава 2. Основные формы негосударственного регулирования торговой деятельности

2.1. Унифицированные правила

Привычные представления, сформировавшиеся в рамках позитивистского правопонимания, не позволяют интегрировать в систему источников права своды правил, представляющие собой акты частноправовой кодификации, которые не подкреплены принудительной силой государства и завоевывают себе авторитет убедительностью содержащихся в них решений⁹⁷. В связи с этим дискуссия вокруг негосударственных сводов разворачивается также и в ином проблемном поле, где ключевыми словами являются «гармонизация» и «унификация»: какова роль проектов soft law в этих процессах сегодня и какой она должна быть в будущем?⁹⁸

Процесс глобализации мира предопределяет ускорение развития и совершенствования европейского частного права. Это становится возможным за счет сближения национальных правовых систем, уменьшения и устранения различий между ними, создания единообразных норм законодательства различных государств. Иными словами, в современном мире наблюдается тенденция унификации и гармонизации европейского частного права.

Наиболее важной и приоритетной сферой сближения национальных законодательств Евросоюзом было объявлено договорное право. Помимо отдельных директив и постановлений, работы над общими рекомендательными рамками европейского договорного права свидетельствуют о всеобъемлющем нормотворчестве в Европейском союзе. В первых документах ЕС по вопросам гармонизации говорилось о необходимости гармонизации частного права

⁹⁷ Canaris C.-W. Die Stellung der UNIDROIT Principles und der Principles of European Contract Law im System der Rechtsquellen // Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht / J. Basedow (Hg.). Tübingen : Mohr Siebeck, 2000.

⁹⁸ Ширвиндт А. М. Режим соглашений об ответственности за нарушение обязательства в негосударственных сводах гражданского права (часть первая) // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 60.

государств – членов ЕС⁹⁹. В более поздних актах, исходя из разграничения в праве некоторых участников ЕС как гражданского, так и торгового права, говорилось уже о сближении гражданского и торгового права государств – членов ЕС. По мнению М. А. Аносова, основной движущей силой развития наднационального договорного права является «задача гармонизации и унификации национального договорного права государств – участников ЕС»¹⁰⁰.

В процессе взаимодействия государств происходит взаимовлияние национальных правовых систем, в результате чего в частном праве разных государств встречаются одинаковые по содержанию правила. Такие совпадения могут быть значительными; встречаются в практике и полные текстуальные совпадения законов разных стран. Известный пример подобного совпадения – гражданское право Франции и Бельгии: в обеих странах действует Кодекс Наполеона¹⁰¹. Напротив, создание унифицированных частноправовых норм при использовании договоров, в которых выражена согласованная воля договаривающихся государств, ведет к единообразному регулированию определенного вида отношений, устраняет предпосылку возникновения коллизии и ликвидирует условия применения коллизионной нормы.

Необходимо отметить, что единообразное регулирование определенных отношений может произойти и без намеренного предварительного создания единообразных норм, а как бы стихийно, когда сходные экономические, политические условия и потребности, складывающиеся в разных странах, вызывают необходимость одинакового правового регулирования. Но в таких случаях употребляется термин не «унификация», а «сближение» или «гармонизация» правовых норм.

⁹⁹ Resolution on action to bring into line the private law of the Member States of 26 May 1989, OJ 158/400; Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States of 6 May 1994. OJ C 205 (519).

¹⁰⁰ Аносов М. А. Тенденции развития торгового права Европейского союза : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 29.

¹⁰¹ Гражданский кодекс 1804 г. (Кодекс Наполеона). URL: <http://mmkaz.narod.ru/vigp1/sources/civil.htm>.

Таким образом, под согласованием и унификацией права международной торговли подразумевается процесс разработки и принятия правовых норм, способствующих развитию международной торговли.

Международная унификация частного права – широкое понятие, имеющее разновидности:

- унификация права (прямая унификация);
- гармонизация права (косвенная унификация).

Гармонизация права представляет собой процесс сближения национальных правовых систем, уменьшение и устранение различий между ними. Гармонизация права и его унификация – взаимосвязанные явления, но гармонизация является более широким понятием, так как сближение национально-правовых систем осуществляется и за пределами унификации права. Главное отличие гармонизации от унификации – отсутствие международных обязательств (международных договорных форм) в процессе гармонизации. Основная форма этого процесса – разработка типовых и модельных законов, типовых регламентов, общих условий поставок (Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 г.)¹⁰².

Вся система международных торговых отношений представляет собой специфический объект правового воздействия: необходимость нормативного регулирования данной системы не отрицается, но ее механизмы остаются предметом дискуссий. Проблемы, связанные с формированием государствами эффективной системы регулирования международных коммерческих операций, среди прочих повлияли на то, что на современном этапе все более возрастает значение международных торговых обычаев, торговых обыкновений, актов рекомендательного характера¹⁰³.

В то же время данная система и ее ключевые элементы, перечисленные выше, нуждаются в упорядочении и структуризации. Доля международных

¹⁰² Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. 1985 год (с изм., принятыми в 2006 г.). URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf.

¹⁰³ Базедов Ю. Возрождение процессов унификации права: европейское договорное право и его элементы // Государство и право. 2000. № 2. С. 65.

контрактов, заключаемых профессиональными коммерсантами, настолько возросла и требует поддержки транснациональными принципами права или объединенным договорным правом, что это приводит к формированию транснационального права, также рассматриваемому как новое торговое право, – *lex mercatoria*. Это профессиональное право, которое, соответственно, относится к праву сообщества коммерсантов¹⁰⁴.

Современной тенденцией в системе регулирования международной торговли является все большее значение форм негосударственного воздействия. Как отмечает Н. Г. Вилкова, «выявленная в конце прошлого столетия недостаточная эффективность международных коллизионных и материально-правовых конвенций обусловила поиск новых регуляторов отношений международного коммерческого оборота, что привело к появлению *lex mercatoria* и расширению сферы применения торговых обычаев»¹⁰⁵. Г. К. Дмитриева относит к особенностям регулирования внешнеэкономических сделок «широкое распространение форм так называемого негосударственного регулирования»¹⁰⁶.

Формирование и действие нового транснационального права включает в себя контрактное право в своей неформальной манере, в своем правовом порядке, что является естественным ответом на глобализацию рынка торговли и трансграничного характера международного коммерческого и финансового бизнеса, который, действительно, в большинстве случаев ведет дела с профессионалами и теряет свою типичную связь с национальным правом. Это было давно известно в связи с международной куплей-продажей (Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров, 1980 г. – CISG)¹⁰⁷, но сейчас приобрело более распространенный эффект, что особенно заметно в сфере, связанной с международными услугами и финансовыми

¹⁰⁴ Dalhuisen J. H. On Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade law. Vol. 2. Oxford and Portland, Oregon, 2013. Transnationalization of commercial and financial law. P. 5.

¹⁰⁵ Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. URL: <http://businessmix.ru/comm.php?id=3072>.

¹⁰⁶ Международное частное право : учебник / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. М., 2004. С. 368.

¹⁰⁷ Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров, 1980 г. – CISG. URL: <http://www.cisg.ru/tekst-venskoj-konvencii.php>.

операциями¹⁰⁸. Это касается фундаментальных принципов права (например, свободы договора и свободы владения собственностью, имеющих в рамках актов международной частноправовой унификации особенные способы защиты, воспринимаемые через теорию защиты прав сторон и фундаментальные общие принципы права), обычаев и кодексов лучших практик в сообществе.

Данные формы фиксации юридической практики сообщества коммерсантов рассматриваются как наиболее предпочтительные, исходя из здравого смысла, опыта, принципа автономии воли (который подлежит применению до тех пор, пока публичный порядок это не запретит) и расширения концепции добросовестности (*good faith*) сторон, воспринимаемой в современных условиях не в противовес злонамеренности, а исходя из наличия или отсутствия информации у профессиональных коммерсантов по определенному вопросу и толкования их поведения. В связи с этим меняется и подход к позитивному коммерческому праву, которое должно подлежать глобальной модификации, учитывая экономические, политические и правовые изменения в мире. Теперь многое зависит не от законодательства и разрешения споров (судебной практики), а от того, какое руководство для своего контракта в международном коммерческом праве выберут стороны¹⁰⁹.

Понятие *lex mercatoria* как автономной системы права международного сообщества коммерсантов, предназначенной для регулирования международных торговых отношений и спонтанно создаваемой их участниками независимо от национальных правовых систем, было предложено в середине XX в. во Франции¹¹⁰. Представителями теории *lex mercatoria* правотворческой функцией наделяется «международное торговое сообщество» как высокоразвитое образование, способное к саморегулированию¹¹¹.

¹⁰⁸ Dalhuisen J. H. *Legal orders and their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial legal order and Its Lex Mercatoria*. Berkeley, 2006. P. 129.

¹⁰⁹ *Ibid.* P. 49.

¹¹⁰ Greenblatt J. L., Griffin P. *Towards to the harmonization of the international arbitration rules: comparative analysis of the rules of the ICC, AAA, LCIA and CIETAC* // *Arbitration international*. 2001. Vol. 17. № 1. P. 101.

¹¹¹ Fortier L. Y. *The new, new lex mercatoria, or, back o the future* // *Arbitration international*. 2001. Vol. 17. № 2. P. 121.

К числу форм фиксации юридической практики сообщества коммерсантов относят *важнейшие акты кодификации lex mercatoria*, например, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 2007 г. (публикация МТП № 600), Унифицированные правила и обычаи для инкассо 1996 г. (публикация МТП № 522), Унифицированные правила и обычаи для гарантий по первому требованию 1992 г. (публикация МТП № 458), Унифицированные правила и обычаи для контрактных гарантий 1978 г. (публикация МТП № 325), Унифицированные правила для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам 1996 г. (публикация МТП № 525), Руководство по международному банковскому переводу средств и компенсации 1990 г. и т. д. Соответственно, система источников *lex mercatoria* состоит из совокупности негосударственных невластных регуляторов международной торговли, то есть правил поведения, а также актов, не имеющих общеобязательной юридической силы, которые становятся обязательными для субъектов международного торгового оборота в случае прямого или косвенного отказа от применения норм национального права какого-либо государства. Характерной особенностью норм *lex mercatoria* является их международная природа. Вырабатываются эти нормы международным деловым, в том числе торговым сообществом в процессе его деятельности.

Правовая природа актов *lex mercatoria* является в настоящее время предметом дискуссий. В отечественной и иностранной литературе предметом наибольшего внимания традиционно выступают международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс 2010», Принципы УНИДРУА, Принципы, определения и модельные правила европейского частного права (Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law), Принципы Европейского договорного права, Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria*, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (далее – УП и UCP).

Сферой применения норм *lex mercatoria* становится совокупность отношений, складывающихся в международном коммерческом обороте, в том

числе непосредственные торговые отношения (отношения, возникающие в процессе осуществления торговых операций) и отношения, выполняющие вспомогательную функцию.

На настоящий момент не разработан четкий единообразный подход к определению *lex mercatoria*. В западной литературе представлены следующие точки зрения: 1) *lex mercatoria* является автономным правопорядком, существующим независимо от национальных правопорядков¹¹²; 2) это совокупность норм, достаточных для разрешения международных коммерческих споров, действующих альтернативно по отношению к национальному праву, применимому в противном случае¹¹³; 3) это дополнение к применимому национальному праву, представляющее собой не более чем постепенную консолидацию обычаев и установившейся практики в международной торговле¹¹⁴.

Очевидно, что формальный подход к правовой природе актов *lex mercatoria* и, соответственно, к их месту в системе регуляторов, ошибочен. Признание этих актов сводом обычаев и обыкновений обусловит возможность исключения их применения частноправовым соглашением¹¹⁵. Однако в сфере, например, расчетных отношений, в том числе международных, это невозможно в силу того, что межбанковский документооборот базируется именно на этих актах. Кроме того, российские банки обязаны подчиняться актам МТП, так как это является условием заключения корреспондентского договора с иностранными банками. Клиенты российских банков, в свою очередь, обязаны подчиняться вышеназванным актам, поскольку договор банковского счета выступает разновидностью договора присоединения¹¹⁶.

Таким образом, рассмотрев соотношение актов *lex mercatoria*, в том числе актов МТП, в сравнении с иными регуляторами, можно констатировать тот факт,

¹¹² Goldman B. The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria // Contemporary Problems of International Arbitration. L., 1986. P. 144.

¹¹³ Lowenfeld A. Lex Mercatoria: an Arbitrator's View // Arbitration International. 1990. № 2. P. 50.

¹¹⁴ Mustill L. The View Lex Mercatoria // Liber Amicorum Lord Wilberforce, OUP. 1987. С. 157.

¹¹⁵ Лукашук И. И. Обычные нормы в современном международном праве // Советский ежегодник международного права, 1978. М. : Наука, 1980. С. 93.

¹¹⁶ Коган М. Л. Предприятие – клиент банка. Расчетное и кредитное обслуживание. Валютные операции. М., 1994. С. 147–151.

что данные акты представляют собой новое явление, не изученное в достаточной степени современной теорией права.

В международной торговле проводится большая работа по унификации правил и условий международного торгового оборота. Благодаря международной унификации права, стираются различия в регулировании отношений по международной торговле в национальных системах государств, в результате чего и создается единообразное право в международной области. Наиболее значимым для международной торговли явился процесс унификации правил и условий в области международной купли-продажи товаров, и наиболее весомый вклад в этот процесс в настоящее время вносит Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Данная комиссия разработала несколько важных документов в области международного торгового права:

– Конвенцию о единообразном законе о заключении договоров международной купли-продажи товаров (1964 г.)¹¹⁷;

– Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров (1980 г.)¹¹⁸;

– Конвенцию ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров (1974 г.)¹¹⁹;

– Конвенцию ООН о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (1985 г.)¹²⁰.

Источники «мягкого» права представлены, главным образом, сводами права, обозначенными как принципы (Principles)¹²¹. Их положения свидетельствуют о том, что развитие европейского торгового права на современном этапе происходит в направлении поиска общих правил

¹¹⁷ Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. 1. Нью-Йорк : Организация Объединенных Наций, 1971. С. 75–84.

¹¹⁸ Там же.

¹¹⁹ Конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 1974 – Вена, 1980). URL: http://www.miripravo.ru/lexmercatoria/limitation/konventsia_iskovoy_davnosti_mezhdunarodnoy_kuple_proda_zhe_tovarov.htm.

¹²⁰ Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (Гаага, 22 декабря 1986 г.). URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=654.

¹²¹ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. М. : Зерцало-М, 2009. С. 278.

регулирующего, формулирующего на их основе общеевропейских принципов, и о переходе к регулированию торговых отношений на основе таких принципов. Формирующаяся таким образом система регулирования состоит из правил, не обладающих обязательной юридической силой, то есть фактически имеет ненормативный характер.

Один из самых знаменитых негосударственных сводов частного права – Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (далее – PICC)), подготовленные группой специалистов – главным образом ученых из разных стран – и черпающие свою юридическую силу исключительно в авторитете разработчиков и собственных объективных достоинствах¹²². Данные Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) позволяют охватить аспекты, не урегулированные в Венской конвенции (действительность договора, переход права собственности на товар, вопросы о штрафах и неустойках и др.). Вторым документом, разработанным в рамках подготовки общеевропейского кодекса частного права, – Принципы европейского контрактного права (далее – Европейские принципы)¹²³.

Нельзя не обратить внимания на разнообразие точек зрения, которые высказываются в отечественной международно-правовой литературе, о правовой природе Принципов УНИДРУА и Европейских принципов. Во многих случаях правовой статус этих документов вообще никак не комментируется. Например, В. С. Поздняков указывает, что Принципы УНИДРУА могут приобрести практическое значение в ближайшем будущем¹²⁴. По мнению М. Г. Розенберга, Принципы УНИДРУА будут способствовать квалифицированному подходу

¹²² Principles of International Commercial Contracts. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), 1994. P. VIII («...their [scil. of the UNIDROIT Principles] acceptance will depend upon their persuasive authority»); Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, 2010 / Пер. с англ. А. С. Комарова. М.: Статут, 2013 («...их принятие в конце концов зависит от их убедительности и авторитетности»). Далее, если не указано иное, используется перевод PICC, выполненный А. С. Комаровым.

¹²³ The Principles of European Contract Law / Ed. O. Lando, H. Beale. Dordrecht: Nijhoff, 1995. На русском языке дополненная и пересмотренная версия 1998 г. этого документа опубликована: Журнал международного частного права. 1999. № 1 (23). С. 40–70.

¹²⁴ Поздняков В. С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации. М., 1996. С. 24.

российских предпринимателей к определению условий конкретного контракта, а также при составлении типовых контрактов и общих условий купли-продажи¹²⁵.

Чаще всего Принципы УНИДРУА рассматривают в качестве международного обычая. При этом следует обратить внимание на нюансы в подходах некоторых специалистов. Г. К. Дмитриева предлагает рассматривать Принципы УНИДРУА как неофициальную кодификацию международных торговых обычаев¹²⁶.

Однако Принципы УНИДРУА и Европейские принципы не сводимы ни к одной из названных форм унификации. Представляется, что предельно точно ситуацию с определением правовой природы рассматриваемых документов сформулировал один из разработчиков Принципов УНИДРУА – председатель рабочей группы по их подготовке М. И. Бонелл¹²⁷. Он указывает, что Принципы УНИДРУА не вписываются ни в одну из традиционных категорий юридических документов, которые до сих пор разрабатывались на международном уровне.

Принципы УНИДРУА и Европейские принципы, содержащие элементы договорных норм, международного обычая, совпадающих норм и принципов национального законодательства, обыкновений, типовых контрактов и общих условий и, наконец, арбитражной практики, не сводимы ни к одной из этих субстанций. Впрочем, и названные нами элементы присутствуют в анализируемых сводах контрактного права не в чистом виде, они тщательно отобраны, систематизированы, откорректированы и сведены воедино для создания целостного документа.

Поэтому мы можем прийти к выводу, что в ходе развития унификационного процесса и поиска его оптимальных форм эмпирическим путем был найден особый механизм обеспечения единообразного регулирования международных торгово-экономических отношений.

¹²⁵ Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 3-е изд., перераб. и доп. М., 1998. С. 23.

¹²⁶ Международное частное право : учебник / Под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2000. С. 383–384.

¹²⁷ Bonell M. J. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice. Presented on the UNIDROIT website. URL: <http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm>.

Важнейшим событием в процессе «европеизации» частного права можно назвать опубликование в 2008 г. документа, подготовленного исследовательскими группами, под названием «Проект общей справочной схемы» или «Проект общих основ европейского частного права» (Draft Common Frame of Reference – DCFR).

Предложение создать Общую справочную схему официально впервые было изложено в документе «Более согласованное европейское договорное право – План действия», который был представлен в сообщении Комиссии по европейскому договорному праву, адресованном Европейскому парламенту и Совету¹²⁸.

План действий диктовался серьезными проблемами правового регулирования трансграничных частных отношений в странах ЕС. В значительной мере проблемы порождались несогласованностью нормативных юридических актов ЕС, отсутствием достаточно четкого определения юридических понятий (п. 19 и след. Плана действий), сложностями реализации директив национальными законодательствами, в особенности если директива оперирует правовыми категориями, неизвестными правовой системе государства (п. 22 и след. Плана действий), существенными различиями в договорном праве стран – участниц ЕС, например, в части правил, касающихся формы договора, использования типовых условий контрактов, исключения или ограничения ответственности за нарушение контракта (п. 34 и след. Плана действий). Очевидно, что в этих условиях и стороны, заключающие трансграничный контракт, и правоприменительные органы, которые рассматривают возникающие из него споры, испытывают трудности в определении закона, применимого к этим отношениям, и установлении его содержания.

Для решения проблем, по мнению Комиссии, необходимо было использовать комплекс мер, как императивных (в форме постановлений, директив, рекомендаций), так и факультативных (совместное регулирование, саморегулирование, добровольное соглашение на секторальном уровне, метод открытой координации, информирование). В связи с этим создание некоторой общей справочной схемы рассматривалось как промежуточный этап повышения

¹²⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European contract law – An action plan / COM/2003/0068 final // Official Journal 063. 15.03.2003. P. 0001–0044.

качества достижений ЕС (*acquis*) в области договорного права¹²⁹. В данном проекте, к работе над которым были привлечены все заинтересованные стороны, в том числе академические круги, практикующие юристы, представители официальных органов, предпринимательства и потребителей, подробным образом описаны и проанализированы такие фундаментальные понятия, как «контракт», «стандартизированные условия», «толкование договоров», «расчет убытков», общие правила, применимые в случае нарушения контракта. Целями проекта Общей справочной схемы (далее – ОСС) являлись устранение несогласованностей нормативных правовых актов Европейского союза, повышение качества разработки их проектов, разъяснение действующих норм, адаптация законодательства к потребностям экономического развития и восполнение пробелов в праве ЕС.

Авторы проекта отметили, что он не является целиком и полностью основанным на национальных или международных актах документом и не имеет своей целью создание единственно возможного базиса контракта¹³⁰. Проект ОСС – это оптимальный инструмент регулирования, не имеющий обязывающих норм научный труд и эффективное дополнение к тексту контракта, которое может быть использовано сторонами для создания сильных договорных конструкций и минимизации рисков, связанных с заключением и в дальнейшем – с исполнением договора.

Работа по разработке основных институтов европейского договорного права велась и до принятия проекта ОСС. Считается, что она началась в 1982 г. с момента учреждения Комиссии по европейскому договорному праву (*Commission on European Contract Law, CECL*), важным результатом деятельности которой стал объемный академический труд – Принципы европейского договорного права. Принятие Принципов европейского договорного права привлекло внимание многих высших судебных инстанций в Европе и привело к подготовке ряда изменений в национальные системы в части контрактного права. Работа была

¹²⁹ Комаров А. С. «Европеизация» частного права в рамках ЕС и ее значение для развития частного права в Российской Федерации // Актуальные вопросы российского частного права. М.: Статут, 2008.

¹³⁰ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. P. 37. URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

продолжена созданием в 1998 г. Исследовательской группы по Европейскому гражданскому кодексу (Study Group on a European Civil Code) и в 2002 г. – Исследовательской группы по действующему частному праву ЕС (Research Group on Existing EC Private Law (the Acquis Group, Группа Acquis)¹³¹.

Итоговый документ 2009 г. по своей природе все еще остается проектом, разработанным учеными, а не формально действующим актом. Тем не менее и в этом качестве, по оценке его создателей, он имеет свое собственное значение. Проект воплощает итог широкомасштабного европейского исследования, демонстрирует, в какой степени национальные системы частного права схожи между собой и развивались под взаимным влиянием, в какой мере эти правовые системы могут рассматриваться как проявление единого общеевропейского наследия¹³².

Унифицированный механизм регулирования международных экономических отношений был создан в ряде важнейших сфер. Такой механизм достаточно давно функционирует в сфере транспортного права, в важных и довольно обширных областях торгового права. Механизм материально-правовой унификации торгового права обладает целым рядом преимуществ, которые неоднократно анализировались в литературе¹³³.

Унифицированные нормы в сфере торгового права устраняют многие противоречия в правовом регулировании и создают предпосылки для его стабильности.

В отличие от других сфер отдельные акты частноправовой унификации в сфере торговли еще задолго до активизации указанных процессов глобализации имели основное значение для правового регулирования обязательств сторон по торговым сделкам, отражая потребности мирового делового сообщества.

При отсутствии единого доктринального подхода по вопросу о названии подобной совокупности негосударственных унифицированных правил можно

¹³¹ Principles, Op. cit. P. 96. P. 47

¹³² Елисеев Н. Г. На пути к европейскому частному праву // Вся Европа : электронный журнал. 2011. № 6 (45). С. 7.

¹³³ Международное частное право: современные проблемы. М., 1994 ; Международное частное право : учебник для вузов / Под ред. Н. И. Марышевой. М., 2000.

определить их как унифицированные 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.

Особое значение для торгового оборота имеет Инкотермс 2010¹³⁴. Инкотермс в отличие от других актов имеет особенный предмет – международные торговые термины и особенную задачу – толкование данных терминов. Инкотермс – это наиболее известный акт МТП и один из самых известных актов международной частноправовой унификации¹³⁵. Инкотермс относят к числу наиболее важных, принципиальных международных документов в области торгового права, применяемых третейскими судами в качестве материального права при разрешении международных коммерческих споров, когда применимым правом является иностранное право, которое не дает ответа на вопрос, входящий в предмет спора. Они применяются, если стороны договорились об их применении в контракте. Однако даже и при отсутствии такой договоренности Инкотермс применяются третейскими судами в качестве норм материального права – при определении прав и обязанностей продавца и покупателя при отгрузке товаров по соответствующему базису.

В процессе осуществления внешнеторгового товарообмена отечественные экспортеры и импортеры часто сталкиваются с многочисленными проблемами,

¹³⁴ Опыт экономически развитых стран подтверждает, что отдельные термины Инкотермс на практике нередко включаются в договоры купли - продажи товаров в пределах внутренних рынков. Российские предприниматели также стремятся регламентировать свои отношения, связанные с продажей товаров внутри страны, ссылаясь на те или иные положения Правил. См.: Фонотова О.В. Применение Инкотермс в торговом обороте : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2006. С. 4.

¹³⁵ Международное торговое право и право ВТО : учебник для бакалавриата и магистратуры / Под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт. Т. 2. 2015. С. 267.

вызванными тем, что второй стороной по сделкам международной купли-продажи товаров выступает иностранное юридическое лицо. Практическую сложность представляет определение права, применимого к договору купли-продажи: подлежит ли применению право российское, право страны контрагента или третьего? Важность грамотного определения применимого права в первую очередь заключается в высокой вероятности возникновения различных экономических рисков и расходов, возникающих в процессе перевозки грузов, а также сложности защиты интересов сторон договора международной купли-продажи.

Решением указанных нами выше проблем явилось издание Международной торговой палатой в 1936 г. унифицированных правил толкования международных коммерческих терминов – Инкотермс, действующая редакция которых вступила в силу с 1 января 2011 г. Правила Инкотермс помогают избежать неопределенности при толковании условий в разных странах, между контрагентами (также и при национальном товарообмене).

Крайне важным является также вопрос определения правовой сущности таких правил. Необходимо установить, является ли Инкотермс источником правового регулирования торгового оборота. Так, правила Инкотермс имеют обязательную силу в ряде стран¹³⁶. В России проблема определения места унифицированных правил толкования международных коммерческих терминов сводится к доктринальному разрешению вопроса относительно их сущности. Ряд ученых полагает, что рассматриваемые правила являются торговым обычаем¹³⁷, другие – обыкновением¹³⁸. Так, относя правила Инкотермс к деловым обыкновениям¹³⁹, некоторые специалисты гражданского права фактически заявляют об их

¹³⁶ В некоторых зарубежных странах, например в Ираке (по всем внешнеторговым сделкам) и Испании (в отношении импортных сделок) (Королевский декрет, изданный в Испании 14 сентября 1979 г.), Инкотермс имеют силу закона, и их применение в контракте носит обязательный характер, а во Франции и в Германии квалифицируются как международный торговый обычай. См.: Применение ИНКОТЕРМС. URL: <http://www.brokert.ru/material/primenenie-incoterms>.

¹³⁷ Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 5-е изд. М., 2007. С. 67.

¹³⁸ Канашевский В. А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал международного частного права. 2003. № 8. С. 128–133.

¹³⁹ Дмитриева Г. Д. Международное частное право. М., 2005. С. 156.

неправовом характере¹⁴⁰.

На основе проведенного исследования влияния торговых обычаев на формирование судебной практики (Приложение 1) мы выявили, что правила Инкотермс в России признаются судами торговыми обычаями¹⁴¹. Более того, в ряде решений (например, решение от 12 ноября 2003 г. № 226/2001, решение от 25 мая 2008 г. № 104/2007 МКАС при ТПП РФ) правила Инкотермс признавались обязательными для сторон даже при отсутствии отсылки на них в договоре, только лишь при наличии упоминания в договоре известных терминов¹⁴². Постановлением Правления Торгово-промышленной палаты РФ от 28.06.2001 № 117-13 также правила Инкотермс признаны торговыми обычаями. Как нам кажется, необходимо критически оценивать данную позицию.

Так как Инкотермс является актом частноправовой унификации, то его положения применяются только при наличии соответствующих договоренностей, точно также и суд применяет обычаи международной торговли в редакции Инкотермс в том случае, когда участники сделки договорились об их применении или изменили предусмотренные ими в договоре базисные условия в письменной форме¹⁴³. Однако, исходя из данного утверждения, для того, чтобы обычай применялся, необходимо соглашение сторон, что не соответствует природе обычая. Обычаи обязательны к применению всегда, независимо от соглашения. Соответственно, речь идет, скорее, об особой форме негосударственного

¹⁴⁰ Ерпылева Н. Ю. Актуальные проблемы международного коммерческого арбитража // Законодательство и экономика. 2002. № 3. С. 44.

¹⁴¹ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.01.2016 № Ф04-25861/2015 по делу № А45-1151/2015: «Сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, обозначаемых соответствующими торговыми терминами. Обычаи, регулирующие отношения сторон по поставке товаров в рамках внешнеэкономических сделок и распределение рисков сторон, систематизированы Международной торговой палатой и издаются в виде сборников Международных правил по толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС). Как следует из материалов дела, поставка товаров по контракту осуществлялась на условиях FOB Тяньзинь»; постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2015 № 13АП-3132/2015 по делу № А21-2858/2014: «При подписании спорных международных товарных транспортных накладных отправитель и перевозчик включили в их текст (пункт 14) ссылку на правило об оплате DAP Дзержинск. Следовательно, данное правило стало условием договорных отношений сторон, согласованным в том числе в целях распределения правовых обязанностей и рисков в рамках данной внешнеэкономической операции».

¹⁴² Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 29.01.2015 № 04АП-6594/2014 по делу № А19-12382/2014.

¹⁴³ П. 11 обзора, утвержденного информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25.12.1996 № 10 и п. 2 аналогичного обзора от 16.02.1998 № 29.

регулирования торговой деятельности.

Как уже было отмечено выше, в нашем исследовании делается вывод о том, что принципиально «неписаный» характер обычного права позволяет не только отличать его от источников права «писаного», в том числе отграничивать обычай от так называемых иных форм негосударственного регулирования, в том числе таких, как унифицированные правила, типовые договоры и пр. То, что такие документы невозможны вне письменной формы, а также активная роль их создателей – «формулирующих» организаций (Международная торговая палата, Международный морской комитет, Международный институт унификации частного права (УНИДРУА) и т. д.) – выделяет их в особую¹⁴⁴, самостоятельную группу, которую порой ошибочно, на наш взгляд, отождествляют с обычаями или обыкновениями.

В последнее десятилетие прошло обновление унифицированных правил. Можно сказать, что международные расчеты в XX в. стали особым объектом унификации, что обусловлено интернационализацией хозяйственных связей и универсализацией банковских операций.

Среди перечисленных актов унификации особое место занимают публикации Международной торговой палаты, пересмотр которых с учетом потребностей международной банковской практики ведется в рамках этой неправительственной организации постоянно.

Наибольший интерес представляют последние из правовых актов, пересмотренных МТП в банковской сфере: Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов в ред. 2007 г. (Публикация МТП № 600-ИСС 600) и Унифицированные правила для гарантий по требованию в ред. 2010 г. (Публикация МТП № 758-ИСС 758).

Указанные публикации МТП получили одобрение международных организаций, в том числе ЮНСИТРАЛ, которая признала их «ценным вкладом в содействие развитию международной торговли» и рекомендовала

¹⁴⁴ Поротиков А. И. Обычай в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 67.

к использованию в соответствующих случаях в сделках, связанных с «выдачей документарных аккредитивов», а также «гарантиями по требованию»¹⁴⁵.

Отношения по аккредитивной сделке между сторонами внешнеторгового договора купли-продажи, а также банками регламентируются Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (Uniform Custom and Practice for Documentary Credits – UCP). Данный документ разработан МТП на основе обобщения банковской практики в области международных аккредитивных расчетов и систематизации сложившихся в банковской сфере *правил ведения банковских дел*. «Аккредитив – любое соглашение, как бы оно ни было названо или обозначено, которое является безотзывным и тем самым представляет собой твердое обязательство банка-эмитента выполнить обязательство по надлежащему представлению»¹⁴⁶.

Унифицированные правила направлены на регулирование документарного аккредитива, являющегося наиболее широко распространенной в международной торговле формой расчетов по коммерческим контрактам.

Так, в правовой литературе документарный аккредитив в свое время был назван «интереснейшей для изучения формой международных расчетов», дающей большие преимущества сторонам международных контрактов, а сами Унифицированные правила получили характеристику как «жизненно важный инструмент международной торговли»¹⁴⁷.

В настоящее время действует редакция 2006 г. (публикация МТП N 600-UCP 600)¹⁴⁸. Подобно Инкотермс, UCP 600 не являются нормативным актом и применяются при наличии ссылки на них в договоре между клиентом и банком.

¹⁴⁵ Доклад Комиссии по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о работе ее 42-й сессии (A/64/17), 2009, п. 356–357; См. также: Доклад Комиссии по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) о работе ее 44-й сессии (A/66/17), 2011, п. 247–249.

¹⁴⁶ Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Публикация ICC № 600 = ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits. ICC Publication No. 600 (ред. 2007 г., дата вступ. в силу 1 июля 2007 г.). М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 26

¹⁴⁷ Щербина М. Аккредитив в международных расчетах: некоторые вопросы теории и практики // Журнал международного частного права. 1996. № 1–2 (11–12). С. 22; См. также: Послесловие к Унифицированным правилам и обычаям для документарных аккредитивов (ред. 2007 г.). Публикация ICC № 600. Официальный перевод на русский язык. Перепечатано в январе 2007 г.

¹⁴⁸ Подобно Инкотермс, Унифицированные правила, впервые одобренные МТП в 1933 г., в дальнейшем неоднократно пересматривались: известны редакции 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 гг. Действующая ныне последняя редакция документа (2006 г.) рекомендована к применению с 1 июля 2007 г.

Вместе с тем UCP являются отражением международной банковской практики и могут применяться даже при отсутствии ссылки на них, поскольку рассматриваются как серьезное доказательство устоявшейся практики в банковской сфере, косвенно (*impliedly*) инкорпорированной в текст контракта¹⁴⁹. В связи с этим данные правила следует отнести к особой форме негосударственного регулирования торговой деятельности; по сравнению с обычаями и сводами лучших практик данная форма является наиболее жесткой, так как императивно устанавливает права и обязанности сторон в банковской сделке.

При этом между российским законодательством и UCP 600 существуют противоречия. Так, например, согласно ГК РФ все аккредитивы по умолчанию являются отзывными, если в них не указано иное¹⁵⁰. В международных стандартах, кроме упоминания в самом определении, содержится информация, что, даже если в аккредитиве не содержится указания на этот счет, аккредитив является безотзывным. Отзывным является аккредитив, который может быть изменен или отменен банком-эмитентом на основании письменного распоряжения плательщика без предварительного согласования с получателем средств и без каких-либо обязательств банка-эмитента перед получателем средств после отзыва аккредитива¹⁵¹.

Данные унифицированные правила используются сторонами различных сделок в качестве своеобразного способа обеспечения обязательств из договоров. В частности, покупатели, осуществляющие авансовые платежи по договорам купли-продажи и поставки, охотно используют данный механизм расчетов. Он гарантирует, что деньги будут переведены поставщику только после того, как он предоставит документы, подтверждающие поставку товара¹⁵².

UCP 600 являются правилами, которые применяются к любому документарному аккредитиву, текст которого четко свидетельствует об их

¹⁴⁹ См.: Goode R. Commercial Law. 2 ed. London : Penguin Grope, 1996. P. 985.

¹⁵⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) : федер. закон [от 26 янв. 1996 г. № 14-ФЗ : в посл. ред. от 29 июня 2015 г.], ст. 868.

¹⁵¹ Деньги, кредит, банки : учебник / кол. авторов ; под. ред. засл. деят. науки РФ, д-ра экон. наук, проф. О. И. Лаврушина. 9-е изд., стер. М. : КНОРУС, 2010. С.162.

¹⁵² Документальные аккредитивы: актуальная практика : информ. Письмао. Апр. 2011. URL: <http://beiten-burkhardt.com/en/component/attachments/download/1862>.

применении. UCP 600 являются обязательными для всех сторон, если только аккредитив прямо не изменяет или не исключает их положений (ст. 1 UCP 600)¹⁵³. Таким образом, индивидуальные договоренности являются приоритетными. Условия аккредитива, противоречащие положениям UCP 600, частично изменяют или полностью отменяют соответствующее положение UCP 600 в отношении данного конкретного аккредитива.

Успех UCP связан с тем, что они предписывают определенную модель поведения, неотличимую от «повседневной» в международной банковской практике. Другими словами, то, что отражают правила UCP, действует в банках по всему миру, в связи с чем они и называются унифицированными. Банки применяют их, потому что они предписывают и учат тому, что лучше действует на практике. Это, в свою очередь, снижает риск возникновения судебных споров.

Унифицированные правила являются составной частью каждого документарного аккредитива, на что указывает включаемая в текст аккредитива стандартная оговорка. Широкое применение UCP при осуществлении международных расчетов предопределено тем, что все банковские документы, начиная с бланков заявлений об открытии аккредитива, содержат ссылки на данные правила. Таким образом, они действуют как договорные условия. При этом стороны вправе отступить от положения Правил и урегулировать отношения по аккредитивной сделке иначе, чем это установлено в UCP.

Однако распространенность Правил на практике является настолько широкой, что положения UCP применяются всеми банками практически без изменений, чему способствуют и стандартные формы аккредитивов, рекомендуемые МТП, используемый банками электронный документооборот, в том числе система SWIFT¹⁵⁴. Применение унифицированных правил для

¹⁵³ Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Публикация ICC № 600 = ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits. ICC Publication No. 600 (ред. 2007 г.; дата вступ. в силу 1 июля 2007 г.). М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 12.

¹⁵⁴ SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) – автоматизированная международная система трансмиссионной связи (другое название – международная межбанковская организация по финансовым расчетам по телексу) – широко используется банками всего мира для обслуживания документооборота и производства платежей. Если сообщения передаются через систему SWIFT, то правила UCP применяются автоматически, если не будет обусловлено иное.

документарных аккредитивов предусматривает также некоторые общие условия поставок, например ОУП СЭВ – Финляндия (п. 11.1.3), ОУП СССР – Югославия (п. 3 § 49). Положения унифицированных правил нашли отражение в известной Инструкции ВТБ № 1¹⁵⁵.

Публикация МТП № 600 охватывает различные аспекты осуществления расчетов по аккредитиву. В ней определены понятие, сфера применения, круг участников, этапы осуществления расчетов, права и обязанности сторон, требования к документам и стандартам их проверки и др.

Последняя редакция Унифицированных правил подверглась кардинальному пересмотру, который коснулся практически всех аспектов проведения расчетов по аккредитиву. Характерной особенностью пересмотра явились стандартизация банковских операций, соответствующая общим тенденциям международной банковской практики; направленность на формализацию деятельности кредитных организаций; их абстрагирование при осуществлении банковских обязательств от основных коммерческих сделок; ускорение проведения расчетов. Этой же цели служат принятые МТП документы: Международная стандартная банковская практика проверки документов по документарным аккредитивам (Редакция 2007 г. для UCP 600), а также «Дополнения к UCP 500 для электронного представления документов eUCP» (приняты в 2002 г. и впоследствии адаптированы к новой редакции Унифицированных правил (UCP 600)).

Существенным явилось уточнение, внесенное в ст. 1 «Применение Унифицированных правил». Как следует из статьи, Унифицированные правила являются сводом правил («правилами»), которые применяются к любому документарному аккредитиву (включая резервные аккредитивы, в той степени, в какой они могут быть к ним применены), если текст аккредитива четко свидетельствует о применении этих правил. Они являются обязательными для всех сторон по аккредитиву, если только аккредитив прямо не изменяет или не исключает их положения.

¹⁵⁵ Инструкция Внешторгбанка СССР «О порядке совершения банковских операций по международным расчетам».

Представляется, что данное положение проясняет один из наиболее спорных вопросов о правовом статусе Унифицированных правил, позволяя их оценить как документ («правила»), разработанный МТП, а также как свод обычаев делового оборота, не требующий для их применения обязательной ссылки в тексте аккредитива (как это предусматривалось в предыдущей редакции)¹⁵⁶.

В литературе также отмечалось, что некоторые положения Унифицированных правил (UCP 600) содержат основополагающие принципы (например, независимость аккредитива от основной сделки). Из этого был сделан заслуживающий внимания вывод о том, что ни один из сводов правил, таких, как Унифицированные правила, не способен исчерпывающим образом определить сферу своего применения¹⁵⁷.

Хотя правила не имеют силу закона, они включены в качестве ссылки в большинство аккредитивов, используемых во всем мире, как отметил Лорд Мэстилл в деле *Royal Bank of Scotland Plc v. Cassa di Risparmio delle Province Lombarde*¹⁵⁸.

Согласно позиции ФАС Московского округа «Инкотермс-90», изданный Международной торговой палатой, состоит из унифицированных правил международной практики, применяемых при заключении различных видов международных договоров, таким образом, представляет собой акт, содержащий общепризнанные принципы и нормы международного права¹⁵⁹. Такой же позиции ФАС Московского округа придерживается по поводу правовой природы актов МТП в сфере расчетных отношений: «Одному из основных источников общепризнанных норм и принципов международного права, а именно международному обычаю, каковыми являются Унифицированные правила и обычаи для документарных

¹⁵⁶ См., напр.: Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002. С. 517; Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983; Его же: Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994. С. 240–241; Звеков В. П. Международное частное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 130; Мансуров Г. З. Международный аккредитив: доктрина, нормотворчество и правоприменительная практика. М., 2004 и др.

¹⁵⁷ См.: *Good on commercial law. Fourth Edition.* 2010. P. 1076.

¹⁵⁸ *Royal Bank of Scotland v Cassa di Risparmio delle Province Lombard* [1992] 1 Bank L. R. 251.

¹⁵⁹ Постановление ФАС Московского округа от 24 декабря 2002 г. № КА-А41/8345-02 // СПС КонсультантПлюс. Но юрисдикционные органы в ряде случаев ограничиваются ссылкой на акты МТП без указания их правовой природы

аккредитивов, в законодательной форме был придан обязательный характер, и суд не мог игнорировать их применение по своему усмотрению. Более того, обязательность применения общепризнанных норм и принципов международного права как составной части правовой системы Российской Федерации установлена ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации»¹⁶⁰.

По мнению одного из арбитражных апелляционных судов, Унифицированные правила являются международными стандартами в силу ст. 7 ГК РФ, хотя в ГК РФ словосочетание «международный стандарт» отсутствует¹⁶¹.

На наш взгляд, Унифицированные правила не могут быть полностью сведены к обычаям. Они обладают некоторыми свойствами, отличающими их от торгового обычая. В отличие от обычая Унифицированные правила, во-первых, применяются и в тех странах, где соответствующие обычаи сложиться не успели из-за отсутствия практики использования таких форм расчетов. Во-вторых, положения Унифицированных правил формулируются Международной торговой палатой и вступают в силу с определенного момента. Подобно Инкотермс и другим актам МТП, Унифицированные правила не имеют нормативной (общеобязательной) силы и применяются только тогда, когда «...в тексте аккредитива прямо указано, что он подчиняется Правилам», «аккредитив прямо не изменяет и не исключает его положения». Последнее свидетельствует о различиях в генезисе Унифицированных правил и торгового обычая, что существенно для определения правовой природы Унифицированных правил. Перед нами деловое обыкновение. Таким образом, Унифицированные правила, представляя собой особую форму негосударственного регулирования, в основе признания которой лежит авторитет организации, их издающей, занимают тем самым промежуточное положение между обычаем и правовым актом¹⁶².

¹⁶⁰ Постановление ФАС Московского округа от 7 октября 1998 г. № КГ-А40/2316-98.

¹⁶¹ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17 декабря 2010 г. № 17АП-12262/2010-ГК по делу № А60-24426/2010.

¹⁶² Царик Л. Ю. Положение Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов в системе источников правового регулирования международных расчетов // Закон и право. М., 2007. № 7 С. 109.

Международные расчеты по инкассо регулируются Унифицированными правилами по инкассо (Uniform Rules for Collections – URC). Данный документ разработан МТП и по своей правовой природе обладает характеристиками, подобными UCP. В настоящее время действует редакция 1995 г. (публикация МТП N 522-URC-522)¹⁶³.

В отечественной науке проблеме соотношения правил UCP-500/UCP-600, URC-522 и норм гражданского законодательства РФ не уделено достаточного внимания. В основном в литературе рассматривается вопрос о расхождениях в регулировании аккредитивных и инкассовых расчетов по ГК РФ и соответствующим унифицированным правилам¹⁶⁴. Причем во многих исследованиях авторы дают принципиально неверную характеристику унифицированным правилам, называя их международными договорами¹⁶⁵, нормами международного права¹⁶⁶ или даже зарубежным законодательством¹⁶⁷.

В целом правовая природа Унифицированных правил и их место в правовой системе РФ сходна с Инкотермс. Как и Инкотермс, Унифицированные правила являются формой негосударственного регулирования торговой деятельности, в основе признания которой лежит авторитет организации, их издающей, и которая содержит обобщения существующих международных банковских правил.

Процесс унификации правового регулирования гарантийных операций во многом объясняется высоким уровнем абстрактности, однотипности и массовости данных операций. Именно поэтому, несмотря на существование различных внутригосударственных норм, важнейшим источником регулирования института банковской гарантии являются унифицированные правила, сформулированные Международной торговой палатой. В российском законодательстве гарантии

¹⁶³ Впервые Унифицированные правила по инкассо были одобрены МТП в 1956 г. В дальнейшем документ пересматривался в 1967 и 1978 гг. Действующая ныне последняя редакция документа (1995 г.) рекомендована к применению с 1 января 1996 г. См.: Goode R. *Op. cit.* P. 962.

¹⁶⁴ См., в частности: Либерман С. В. Инкассовая форма безналичных расчетов: международно-правовой и национальный режимы // *Международное публичное и частное право*. 2002. № 5.

¹⁶⁵ См.: Левинсон М. Ф. Аккредитивы: новый Гражданский кодекс и международные договоры // *Российский юридический журнал*. 1997. № 3. С. 41.

¹⁶⁶ См.: Бабилова С. Расчеты по инкассо // *Хозяйство и право*. 1998. № 4. С. 47–48; Петрова Г. Осуществление расчетов в форме аккредитива // *Право и экономика*. 2004. № 7. С. 97.

¹⁶⁷ См.: Алибуттаева Д. М. Расчеты по инкассо // *Банковское право*. 2004. № 1.

регулируются 23 главой ГК РФ. Так же, как и для аккредитивов, для гарантий существуют свои унифицированные международные правила – Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 г. URDG¹⁶⁸ и Унифицированные правила для гарантий по требованию 2010 г. URDG¹⁶⁹.

В Гражданском кодексе приводится определение независимой гарантии и сказано, что банковская гарантия является одним из ее подвидов. Независимая гарантия – обязательство гаранта по просьбе другого лица (принципала) уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства¹⁷⁰. До 1 июня 2015 г. гарантом могли выступать только банки, сейчас их могут выпускать и коммерческие организации. Поэтому теперь, если гарантия является банковской, на ней должна быть сделана пометка, что это банковская гарантия.

Следовательно, если стороны добровольно приняли на себя обязательства о том, что данное гарантийное письмо должно быть заключено, то оно должно соответствовать правилам, содержащимся в Унифицированных правилах для гарантий по требованию 1992 г., на что, в частности, указывают суды¹⁷¹. Правда, при этом отмечено, что Унифицированные правила подлежат применению только в тех случаях, когда в тексте гарантии или изменении к ней содержится указание об этом. Применение указанных правил должно быть надлежаще обосновано.

Банковская гарантия, как еще один вид документарных операций, может снижать различные риски сторон в зависимости от требуемого обеспечения по обязательствам. Гарантия, в отличие от аккредитива, не предоставляет финансирования, но снижает объем отвлекаемых средств у аппликанта, так как,

¹⁶⁸ Унифицированные правила ICC для платежных гарантий (Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 года. Публикация Международной торговой палаты № 458 // СПС Консультант Плюс.

¹⁶⁹ Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию (ред. 2010). Публикация ICC № 758 – ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. 2010 Revision. ICC Publication no 758 / Пер. с англ. 2010.

¹⁷⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) : федер. закон [от 26 янв. 1996 г. № 14-ФЗ : в посл. ред. от 29 июня 2015 г.], ст. 368 [Электронный ресурс]. СПС Консультант Плюс.

¹⁷¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.09.2016 № Ф05-13902/2016 по делу № А41-100457/2015

например, клиенту достаточно заплатить комиссию банку, а не осуществлять платеж до реализации контракта. Риски сторон снижаются, ведь гарантия обеспечивает большую уверенность в контрагенте и исполнении им обязательств. Следовательно, унифицированные правила в этой области призваны способствовать снижению рисков.

Унифицированные правила для гарантий по требованию могут оказаться более удобным и практичным инструментом как для банковских специалистов, так и для клиентов банков.

Резюмируя сказанное выше, стоит отметить, что сегодня международная унификация права рассматривается как одна из важнейших задач современности. Особое значение приобретают унифицированные правила. Именно они, единообразно регулируя общественные отношения, обеспечивают единый правовой режим и позволяют создать единое правовое пространство. Необходимость подобной унификации давно назрела. На данный момент сложилась такая ситуация, что в торговом праве существует целый ряд достаточно схожих правовых институтов.

Соответственно, унифицированные правила регулирования торговой деятельности становятся особой формой негосударственного регулирования. Данная система состоит из совокупности негосударственных невластных регуляторов торговли, то есть правил поведения, а также актов, 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 (банковской, страховой и т. д.). Источником формирования таких норм становятся различные сообщества коммерсантов и ученых-коммерциалистов.

2.2. Торговые обычаи

Рассмотрение природы любого явления принято начинать с семантики слова, дающего возможность обнаружить его первоначальные характерные черты и определить сущность обычая.

В. И. Даль определял «обычай» как принятый порядок, обряд, общий образ действий, а также как нрав, повадку, привычку, усвоенную нраву¹⁷². Русский толковый словарь разъясняет понятие «обычай» как общепринятый порядок, традиционно установившиеся правила общественного поведения. Производное от него слово «обычный» толкуется как «такой, как всегда, постоянный, привычный»¹⁷³. Как мы видим, в обоих случаях термин «обычай» объясняется через привычное.

Привычная деятельность – это неоднократное выполнение какого-либо действия, которое является «усвоенным..., стало автоматическим и совершается без усилий»¹⁷⁴. О том, что привычка действовать определенным образом оказывает регулирующее воздействие на поведение людей, было известно давно. Еще Аристотель отмечал, что «мы – это наши повторяющиеся действия, то есть привычки. Совершенство – это привычка»¹⁷⁵.

Привычка – это важный фактор в нашей жизни. То, что выполняется сначала под влиянием насущной потребности или насилия, при постоянном их возвращении превращается в обычный образ действия¹⁷⁶. В повседневном понимании обычай используется как синоним привычки, но есть важное различие между ними. Привычка – это индивидуальное явление. Большинство привычек не встречают со стороны окружающих ни одобрения, ни осуждения – в то время как обычай представляет собой социальное явление, нарушение которого может повлечь наказание. Таким образом, признаком обычая является объективное

¹⁷² Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4-х томах. Т. 2. СПб., 1998. С. 637–638.

¹⁷³ Лопатин В. В., Лопатина Л. Е. Русский толковый словарь: около 35 тыс. слов. 3-е изд. М., 1994. С. 372.

¹⁷⁴ Запороженко В. Г. Образ жизни и вредные привычки. М., 1984. С. 87.

¹⁷⁵ Аристотель. Метафизика // Сочинения. В 4 т. Т. 1. М., 1975. С. 148–149, 174–175.

¹⁷⁶ Зумбулидзе Р.-М. З. Обычай в праве. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 242.

распространение социального явления в значительной по количеству группе (в нашем случае – в сообществе коммерсантов).

Обычай, как социальный (правовой) регулятор, формируется на основе привычки, увеличивая сферу влияния и, следовательно, социальное значение, которое свойственно ему. Соответственно, обычаи – это привычки социума, которые через повторение становятся основой социального порядка во всем сообществе. Как справедливо замечал М. Гинсберг: «Обычай на самом деле это не просто преобладающая привычка, но и правило или норма действия. Правило поддерживается... двумя наборами сил. Существует, во-первых, чувство или группа эмоциональных чувств привязанности к обычаю как таковому, и осуждающие его нарушения. Во-вторых, рациональный элемент – признание необходимости знать, чего ожидать и что, как ожидается, в определенных ситуациях. Вокруг этого ощущения группируются социальные чувства; и послушание обычных норм является одним из самых элементарных способов, в которых индивидуум реагирует на призыв общественной жизни и осознает свою зависимость от группы»¹⁷⁷. На данный факт обращал внимание Г. Мэйн, утверждая, что древнее право не знает почти ничего об индивидах. Оно имеет дело не с индивидами, а с группами. Ячейками его являются не индивиды, а группы, объединенные реальностью¹⁷⁸. Соответственно, исследователь английского права особо выделял именно «моральный» аспект восприятия поведения индивидуума обществом.

При этом субъект права должен воспринимать обычай как ценность для себя и для социума. Такое восприятие должно следовать из потребностей субъекта в порядке и внутренней мотивации – разумности применения обычной нормы для индивидуума и членов сообщества. Еще К. Маркс писал: «Никто не может сделать что-нибудь, не делая этого вместе с тем, ради какой-либо из своих потребностей...»¹⁷⁹. М. Вебер указывал на необходимость «детерминированной

¹⁷⁷Ginsberg M. *Evolutionandprogress*. L., 1961. P. 40.

¹⁷⁸Мэйн Г. *Древний закон и обычай: Исследования по истории древнего права* / Пер. с англ. М., 2013. С. 51

¹⁷⁹ Маркс К., Энгельс Ф. *Из ранних произведений*, М., Политиздат, 1956. Т. 3. С. 245.

заинтересованности», если поведение актора (участника) будет инструментально ориентированным. Он писал: «Если ориентированные друг на друга социальные поступки индивидов совершаются регулярно, то нужно, чтобы регулярность этих социальных связей была чем-то обусловлена. Когда говорят, что эти социальные связи регулярны, то речь идет об «обычаях»...»¹⁸⁰. Таким образом, сообщество должно воспринимать обычную норму как важную часть правовой культуры и соблюдать ее, следуя при этом субъективной детерминации и осознавая важное значение данной нормы для всего сообщества.

Как мы видим, с точки зрения функционального назначения речь идет о некоем порядке, заложенном в сознании отдельного человека или группы, известном образе действий. Концепт порядка предполагает наличие постоянных моделей, схем, по которым действует субъект и которыми он руководствуется. При этом обычай, в отличие от привычки, имеет так называемый «прескриптивный»¹⁸¹ компонент: такого поведения придерживаются все члены общества при любых обстоятельствах, и нарушение обычая может повлечь за собой санкции, начиная с общественного неодобрения до остракизма или иных форм наказания. Тем самым обычай проходит следующие стадии, 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.

Правовой 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

¹⁸⁰ Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 259.

¹⁸¹ Ерасов Б. С. Культурология XX век. Энциклопедия. М., 1998. С. 62.

к поколению, от группы к группе в рамках правоотношений разной динамики развития. При этом обычай должен быть ясным и не требовать дополнительных пояснений.

Так, в рамках английской правовой системы «знание обычая» предполагает однозначное толкование терминологии обычного правила членами сообщества, которые используют данный обычай, а также способов и форм его применения в обычной практике. Если в процессе применения обычая что-то остается неясным (прямо не следует из обычного права), то обычай не применяется и используются иные, письменные источники права. Например, в деле «Вильсон против Виллеса» (*Wilson v Willes*) 1806 г. жители поместья заявили о существовании у них права (*right*) брать столько чернозема с полей поместья, сколько требуется для благоустройства их газонов. Заявленное право суд оценил как неопределенное и неясное ввиду того, что никто не знал, на какое количество чернозема оно распространяется¹⁸². Соответственно, обычай возникает естественным образом, не в силу договоренностей, предписаний или распоряжений государства. Права, существующие на основе обычая, не относятся к привилегиям, так как не требуют разрешения государственной власти. Власть не в состоянии создавать права, если они не вытекают из природы права, однако в состоянии создавать некоторые источники права, но не обычай. Права, существование которых вытекают из обычая, не устанавливаются государством – они создаются обществом. Поэтому правовой обычай признается частью социальной практики, обеспечивается за счет нее и легитимируется соответствующими профессиональными сообществами.

Обычное правило соблюдается, потому что 1) так всегда поступали (например, крестьянский обычай¹⁸³) или 2) так все поступают (торговый

¹⁸² Balfour Browne J. H. *The Law of Usages and Customs*. P. 51

¹⁸³ Так, в частности, утверждал С. В. Пахман: «Давно уже отброшен взгляд на науку права как на систему одних положительных законов: на каком бы уровне ни стояли воззрения, выражающиеся в народных обычаях, не могут быть они чужды научного исследования, так как наука не создает явлений, а изучаемых» (*Обычное гражданское право России (юридические очерки)*. Т. 1. СПб., 1879. С. 4. «Можно без преувеличения сказать, – писал советский цивилист и практик Д. Ф. Рамзайцев, – что каждая сделка из числа заключаемых советскими организациями с их иностранными контрагентами, относящаяся к области внешней торговли, испытывает на себе в той или иной степени влияние

обычай¹⁸⁴). Важно учитывать, что чем чаще соблюдается правило поведения, тем меньше сомнений вызывает наличие самой обычной нормы («чем старей, тем правей»¹⁸⁵, «повальный обычай, что царский указ»¹⁸⁶). Благодаря этому вырабатывались, прочно входили в обиход такие понятия и правила торговли, как «слово-вексель», «торгуй правдою, больше барыша будет» и др.¹⁸⁷ Исторический фактор, повторяемость данных правил имели в глазах общества большой авторитет сами по себе. Вошли в легенду обычаи российского купечества, когда миллионные сделки заключались лишь кивком головы, купеческое слово было дороже золота и гарантом этого слова была жизнь¹⁸⁸. Сегодня во всем мире рыночные связи основаны на доверии между партнерами, на их добропорядочности, повышенной требовательности к себе и другим, чувстве долга. Данные принципы составляют основу правового обычая в торговле¹⁸⁹.

Менялись эпохи, на смену одному государственную строю приходил другой, но неизменной оставалась цель: развитие определенных социальных институтов, процессов в обществе. Обычаи в семье, обычай ведения дел честно и порядочно, обычай осуществления своей деятельности на благо государства оставались неизменными. Как говорил герой произведения А. Толстого «Хождение по мукам»: «Обычаи-то, говорят, отменили? А мы, батюшка, за обычаи»¹⁹⁰.

Таким образом, независимо от формы и содержания, а также особенностей реализации обычаев, независимо от того, как они осуществляются: сами по себе или во взаимосвязи и взаимодействии с правом, – каждый обычай выполняет в обществе весьма значительную регулятивную и воспитательную роль. Каждый обычай при этом выступает как неразрывная составная часть единой системы обычаев, всех социальных норм, существующих и функционирующих в обществе на том или ином этапе его развития.

международных обычаев» (Рамзайцев Д. Ф. Договор купли-продажи во внешней торговле СССР. М., 1961. С. 52).

¹⁸⁴ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 53.

¹⁸⁵ Даль В. И. Пословицы русского народа. М., 1989. С. 43.

¹⁸⁶ Там же.

¹⁸⁷ Маак Т., Плеес Н. Ответственное лидерство. М., 2008. С. 181.

¹⁸⁸ Бусыгин А. В. Предпринимательство. М., 2000. С. 178.

¹⁸⁹ Борисов В. К., Панина Е. М., Панов М. И. Этика деловых отношений. М., 2008. С. 53.

¹⁹⁰ Толстой А. Н. Хождение по мукам. М., 2014. С. 54.

Обычай закрепляет существующие в народе правовые воззрения; он служит источником субъективных прав и обязанностей, доказательством того, что *народ признает обязательными те или другие нормы, которые в силу этого и имеют значение норм правовых*. Иначе говоря, *нормы обычного права обязательны потому, что они выражают собою воззрение и волю народа как единого целого*¹⁹¹. Действительно, в процессе развития права вырабатываются внешние стандарты поведения, которым субъекты пытаются руководствоваться в дальнейшем. Обычаи, верования, появившиеся еще в древности, привели к установлению определенных формул, норм. Уже давно забыто основание, которое послужило причиной их возникновения, но сохранилась форма поведения, конкретные правовые процедуры. По справедливому замечанию О. Холмса, в настоящее время ученые-правоведы, юристы и просто члены общества пытаются найти новые обоснования этих «внешних стандартов», в конце концов, нормы сами приспособляются в некоторой степени к сложившимся в обществе условиям, и иногда меняется не только содержание права, но и форма тех или иных правовых процедур¹⁹².

Обычай как таковой (устный) не только трудно устанавливаем, трудно отыскиваем, но *казуистичен*, 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.

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*. Без наличия какой-либо структурированной социальной

¹⁹¹ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. СПб., 2001. С. 80.

¹⁹² Holmes O. W. The Common law / ed. and with introduction by Paulo J. S. Pereira & Diego M. Beltran. Toronto, University of Toronto Law School : Typographical Society, 2011. С. 8–9.

общности (независимо от ее масштаба) обычаи не могут признаваться таковыми, а тем более применяться, поскольку отсутствует как первичное санкционирование того или иного правила поведения в качестве обычая (корпорацией, предприятием, союзами страховщиков, туроператоров, промышленников и предпринимателей, перевозчиков и т. д.), что придает ему нормативно-правовой, общеобязательный характер, так и вторичное санкционирование применения тех или иных обычаев во взаимоотношениях между участниками хозяйственного оборота при заключении конкретного договора.

Думается, что обычная практика должна воплощать разумную и неотложную потребность в правовом регулировании ситуации. Выработанные обществом нормы становятся личными убеждениями человека, основой его поведения. В свою очередь, личные идеи и убеждения приобретают качество общественной ценности, и таким образом, они входят в состав правосознания. Следовательно, правовая обычная практика должна действовать как такое правоубеждение социальной группы или сообщества, которое воспринимается **всеми** членами группы в качестве обязательного и действует на основе мер ответственности к нарушителю, руководствующемуся в своей деятельности обычной нормой.

Основная особенность правового обычая состоит в том, что это практические нормы сообщества, они регулируют социальные интеракции внутри него¹⁹³. Однако данные нормы не только лишь модели поведения – правовые обычаи устанавливают целый набор стандартных правил, правил корректного и некорректного поведения, они также предполагают руководство такими правилами и подведения под него фундамента в виде необходимых условий для применения обычного правила. Таким образом, мы констатируем, что социальная практика изначально является одним из элементов обычного правила.

При этом, по нашему мнению, необязательно применение обычая с «незапамятных времен», как это было установлено У. Блэкстоуном в 1765 г.¹⁹⁴,

¹⁹³ Обычная практика имеет силу не только создавать новое право, восполняющее нормы старого, но и приводить в бездействие старое право (См.: Еллинек Г. Конституции, их изменения и преобразования. СПб., 1907. С. 167).

¹⁹⁴ Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Book the first. Oxford. MDCCLXV. P. 75.

так как данный критерий довольно размыт, его сложно использовать в рамках современной романо-германской правовой системы, так же как не представляется возможным определить период, с которого следует начинать «обратный отсчет» обычного правила.

Для легитимации обычаев достаточно критериев определенности¹⁹⁵ и «известности в деловой жизни»¹⁹⁶. Представляется, что 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 таковых¹⁹⁷. Обычай тем самым только закрепляет правило, возникшее путем формирования сложившейся общественной практики.

В обществе неразрывность с поведенческой и деятельностной практикой обуславливает возникновение и наличие многообразия обычаев. Например, выделяют обычаи в сфере торговли, рекламы, банковской деятельности, страхования, морского транспорта и биржи¹⁹⁸. Таким образом, обычаи постоянно создаются и собираются отдельными профессиональными сообществами, меняются под воздействием внешних факторов, что обуславливает мобильность правового обычая и возможность приспосабливаться к условиям действительности.

Необходимо отметить, что обычай, по нашему мнению, также должен преследовать цели создания общего блага для сообщества коммерсантов, так как обычаи создаются для того, чтобы образовать свою профессиональную среду с собственными правилами, которые могут лучше и гораздо проще определять

¹⁹⁵ Раймазайцев Д. Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи. М., 1958. С. 6 ; Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. СПб., 2001. С. 80.

¹⁹⁶ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1910. С. 53 ; Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 72.

¹⁹⁷ К примеру, принцип целесообразности юридической ответственности предполагает обязательный для правоприменителя индивидуальный подход к правонарушителю исходя из особенностей его личности в интересах максимально точного достижения целей предусмотренных законом правовых санкций, что невозможно без учета обычной практики (постановление ФАС СЗО от 27.07.2006 по делу № А13-2833/2006-08).

¹⁹⁸ Федоров А. Обычаи делового оборота / А. Федоров // Финансовая газета. 2007. № 2. С. 25

целый спектр внутренних вопросов. М.-Дж. Роу¹⁹⁹ приходит к выводу о том, что соблюдением обычной нормы обеспечиваются не только интересы какой-то одной социальной группы, но *общее благо*. Автор выделяет два элемента социальной легитимации: а) количественный элемент, состоящий из общей или формирующейся практики, и б) качественный – убеждение группы в том, что норма порождает желаемый социальный результат. При этом для социальной легитимации обычая, по мнению М.-Дж. Роу, необходимо наличие следующих условий: 1) практика должна перестать быть спонтанной, 2) участвующие стороны должны субъективно верить в обязательный или необходимый характер формирующейся практики (*Opinio Iuris*). Можно согласиться с таким пониманием социальной легитимации обычая. Первому элементу, как нам кажется, соответствует довольно стандартное предположение рационального выбора, понимание необходимости существования обычая, а также однозначно сложившиеся примеры обычной практики.

Возьмем для иллюстрации торговые обычаи. В судебной практике часто встречаются споры торгового характера. К примеру, по делу № А07-10328/2015 (постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.12.2015 № 18АП-11034/2015) сторона подрядчика утверждала, что заказчик в одностороннем порядке нарушил условия заключенного контракта, ущемив права ООО «Стройкомплект» на полную оплату за объем выполненных работ, нарушив обычаи делового оборота. Данный обычай также следует из принципа добросовестности и честной деловой практики. В другом Постановлении ФАС Московского округа от 04.10.2012 по делу № А40-130066/11-11-1148 установил, что порядок взаимоотношений сторон соответствует обычаям делового оборота и имеет своей целью дать ответчику возможность произвести ремонтные работы в помещении с учетом вида и специфики осуществляемой коммерческой деятельности еще на этапе строительства торгового центра для исключения задержки ввода его в эксплуатацию после открытия торгового центра.

¹⁹⁹ Row M. Chaos and evolution in law and economics. Harvard law review. 1996. P. 641–648.

Соответственно, проведение ответчиком таких подготовительных работ осуществляется им исключительно в своих интересах и для собственной выгоды.

Как мы видим, в обоих случаях торговые сделки оформлялись определенным образом в соответствии с устоявшимся правовым торговым обычаем, можно сказать, что они всегда так совершаются: по крайней мере, логично предположить, что стороны «привыкли» к подобному варианту оформления сделки и не встречали ни одного случая иного применения.

Правовой обычай, как уже было отмечено нами выше, формируется в правосознании общества. Соответственно, любой субъект права так или иначе участвует в его формировании. Эту особенность, в частности, отмечал И. Г. Вахнин: «...все субъекты делового оборота, принимающие некоторое, обычно принятое в практике деловых отношений правило за обязательное, являются субъектами правотворчества в отношении торговых обычаев. При этом значительно, конечно, влияние арбитража, но все же оно не является решающим»²⁰⁰. В связи с этим возникает вопрос о субъекте контроля за соблюдением обычной нормы. Как нам кажется, субъект контроля в данном случае сливается с субъектом принятия обычных норм, так как возможность осуществления группового контроля обусловлена включенностью каждого индивида в определенное сообщество. Необходимым условием такого включения служит то обстоятельство, что индивид должен разделять свод правил и обычаев, составляющих основу любого сообщества. Каждое отклонение от такого порядка немедленно приводит к осуждению поведения группой. В зависимости от важности нарушаемой нормы возможен широкий диапазон осуждения и санкций со стороны группы – от простых замечаний до исключения из соответствующего сообщества.

Учитывая слияние исполняющего субъекта и контролирующего (обе эти роли играет сообщество коммерсантов), легитимацию за счет сообщества, правовой обычай следует рассматривать как уникальный негосударственный

²⁰⁰ Вахнин И. Г. Особенности формирования обычаев делового оборота в договорной работе // Законодательство. 1999. № 5. С. 38.

источник торгового права, характеризующийся спецификой субъектного состава, сферой применения, а также порядком формирования и одобрения субъектами сообщества коммерсантов.

Тем самым, говоря о правовом обычае как регуляторе отношений коммерсантов, мы выделяем следующие его признаки:

1) определенность – наличие типового правила поведения, которое существует объективно и не требует дополнительной формализации;

2) мобильность – способность легко приспосабливаться к условиям действительной жизни;

3) устойчивость – возможность обычая вследствие его многократного применения восприниматься в обществе или значительной его части (например, в рамках деятельности крупного сообщества предпринимателей, оказывающего влияние на формирование профессиональной среды) как правило поведения, которому следуют без дополнительной формализации, в частности, в силу исторических, национальных и общественных традиций;

4) прескриптивность (детерминированность) – это внутренняя необходимость, общее убеждение социальной группы в обязательности типового правила или порядка действий, обоснованности и разумности его применения, и в связи с этим возникновение юридических последствий из подобного правила (порядка действий);

5) обеспеченность – это наличие условий в социальной среде для применения правовых обычаев, а также прохождение обычаям процедуры социальной легитимации.

6) корпоративность – это наличие социальной общности, которая устанавливает обязательные к применению правовые обычаи, изменяет их и прекращает действие тех из них, которые не соответствуют общественным потребностям;

7) казуистичность – обычай создается в процессе решения и интерпретации частных вопросов членов сообщества и более других подвержен всем изменениям, происходящим в сообществе коммерсантов.

Критерии классификации торговых обычаев различаются в зависимости от их сущностных характеристик:

1) предметной области регулирования. Под «предметной областью» следует понимать профессиональные отношения между субъектами, легитимирующие своим поведением использование торговых обычаев по поводу объектов торгового оборота. Так, можно выделить торговые обычаи в области электронной торговли, обычаи в области рекламы, банковские обычаи и обыкновения, обычаи страхования, обычаи в промышленных и торговых делах конкурентного права, обычаи в сфере морского частного транспорта, внешнеторговые обычаи²⁰¹;

2) функции, выполняемой обычаями в торговом праве. Как уже было отмечено, обычай есть сопутствующий развитию человечества от его древнего состояния до современности; социальный институт, выполняющий регулятивные функции в торговых сообществах и группах в целях упорядочения торговых отношений между людьми. Поскольку обычай вырабатывается внутри самой группы и никогда не навязывается в качестве социального регулятора извне, он представляет механизм саморегулирования группы, которая является автономной, относительно замкнутой и немногочисленной (во всяком случае, не массовой) и действует как самоуправляющаяся, то есть самодеятельная, самоорганизующаяся и саморегулирующаяся структура. Так, торговые обычаи могут быть использованы для развития судебной практики, регулирования торговых операций, обычаи также оказывают влияние на развитие договорных отношений сторон (установление и поддержание доверительных отношений сторон, защита интересов, упрощение контактов партнеров)²⁰².

Как справедливо полагает Н. Н. Разумович, «хотим мы этого или нет, обычное право действует. Оно существует и будет существовать столько, сколько просуществует право, оказывая влияние на правовое развитие, восполняя пробелы в зонах правового общения, а также там, где законопредписания

²⁰¹ Бошно С. В. Правовой обычай в контексте современного учения о формах права // Современное право. 2004. № 9. С. 47–53.

²⁰² Прохачев А. В. Обычай в системе форм права: вопросы теории : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2002. С. 5.

нежизнеспособны»²⁰³. По сути, это единственный источник, который образует основу для общецивилизационной правовой культуры и позволяет не утратить самобытность национальной правовой системы. Простой пример в этом плане: инструкции Госарбитража СССР № П-6²⁰⁴ и П-7²⁰⁵, которые применяются и сейчас, даже если это не предусмотрено договором, что подтверждено российской судебной практикой²⁰⁶. Данные инструкции являются отражением сложившейся практики осуществления приемки грузов по количеству и качеству;

3) экономических и деловых условий деятельности субъектов торговли. Создание в отдельных сферах торговли обычных сводов, например в морском праве, увеличение числа обычных правил и норм в сфере электронной торговли, международной коммерции и платежей, существование пробелов в праве, создание центров по унификации и гармонизации европейского частного права свидетельствуют о востребованности данного регулятора в профессиональных сообществах и бизнес-сообществах. Таким образом, торговый обычай содержит ресурсы для решения задач, выдвигаемых развитием торговой практики и деловых коммуникаций.

В соответствии с указанными критериями торговые обычаи следует классифицировать следующим способом.

1. По сферам применения. Отметим, что такой способ классификации является экстенсивным, поскольку позволяет исследовать весь потенциал и все возможности использования отдельных видов торговых обычаев.

– *Портовые обычаи* – это правила поведения, сложившиеся и широко применяемые при оказании услуг в морском порту. Следует заметить, что существование портовых обычаев отличается в зависимости от порта их создания

²⁰³ Разумович Н. Н. Источники права и форма права // Советское государство и право. 1988. № 3. С. 25.

²⁰⁴ Утверждена постановлением Госарбитража при Совете Министров СССР от 15 июня 1965 г. № П-6.

²⁰⁵ Утверждена постановлением Госарбитража при Совете Министров СССР от 25 апреля 1966 г. № П-7.

²⁰⁶ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 10.11.2008 по делу № А56-47642/2007 ; постановление ФАС Уральского округа от 20.11.2007 № Ф09-3773/07-С5.

и применения. Например, Свод обычаев морского порта Выборг²⁰⁷ или Свод обычаев и правила терминалов ОАО «Мурманский морской торговый порт»²⁰⁸ определяют режим работы, предоставляемые услуги, правила, нормы обработки судов и грузов, производственные возможности порта, требования к участникам транспортного процесса. В частности, в деле № А42-3/2005-15, рассматриваемом судом по заявлению ОАО «Мурманский морской торговый порт» к налоговой инспекции об оспаривании решения о доначислении НДС, заявитель доказал, что снабжение морских судов во время стоянки электроэнергией и питьевой водой является услугой, а не реализацией товаров. В качестве доказательств порт представил свод обычаев Мурманского морского торгового порта, а также свидетельство, выданное Северной торгово-промышленной палатой (г. Мурманск), подтверждающее, что данный свод обычаев соответствует типовому своду обычаев морского торгового порта и сводам обычаев иностранных портов. Из указанных документов следует, что снабжение судна электроэнергией и водой вместе с другими услугами квалифицируется как услуга, а не как реализация товара²⁰⁹. В настоящее время в каждом российском морском торговом порту действует собственный свод обычаев. Администрация порта осуществляет сбор обычаев и фиксирует их в различных сборниках²¹⁰. Это продиктовано как спецификой географического положения порта, так и различными операциями, осуществляемыми портом.

– *Банковские обычаи* – правила поведения, сложившиеся и широко применяемые в банковской практике и в кредитно-расчетных отношениях. Мы можем судить о существовании таковых по сложившейся банковской практике – практике, которая повторяется в деятельности многих банков²¹¹. Иллюстрацией

²⁰⁷ Порт Выборгский. Свод обычаев. URL: <http://vbgport.nichost.ru/uslugi/svod-obychaev>.

²⁰⁸ Мурманский морской торговый порт. URL: <http://www.portmurmansk.ru/index.phtml?60>.

²⁰⁹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.10.2005 № А42-3/2005-15.

²¹⁰ Владивостокский морской торговый порт. Свод обычаев порта. URL: <http://www.vmtp.ru/klientam/item/6-svod-obychaev-porta>.

²¹¹ Банковские правила и обычаи — это наиболее сложный источник права. Сложность его определяется, во-первых, тем, что банковские действия, с одной стороны, довольно подробно регламентированы подзаконными актами и, казалось бы, уже не существует таких форм поведения в сфере банковской деятельности, которые не охватывались бы правовым регулированием. С другой стороны, необходимо видеть, что реальные обычаи и правила делового банковского оборота

могут служить банковские правила, типовые банковские договоры. При открытии банковских счетов банки требуют предоставить информационное письмо об учете в Статрегистре Росстата и выписки из Единого государственного реестра юридических лиц или Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей. Несмотря на то что порядок открытия банковского счета регламентируется федеральными законами и нормативными правовыми актами, банковские правила повсеместно предусматривают предоставление вышеназванных документов, что обусловлено необходимостью идентификации клиента и возможностью сравнения данных из выписки с представленными клиентом документами. Помимо этого, судебная практика часто апеллирует к банковским обычаям²¹². Интересно отметить, что даже если обычай не содержится в банковских правилах, данный факт вовсе не означает отсутствия обычая в банковской практике, что было продемонстрировано в судебной практике²¹³.

– *Страховые обычаи* – это правила поведения, сложившиеся и получившие широкое распространение при проведении процедур страхового расследования, оценке страхового риска и прочих процедурах. В качестве примера можно упомянуть «Свод обычаев делового оборота российского рынка факультативного перестрахования», составленный Всероссийским союзом страховщиков²¹⁴. Данный Свод является одним из немногих источников, регулирующих отношения по перестрахованию в соответствующих профессиональных сообществах рынка страхования услуг. В рамках Всероссийского союза страховщиков проводится активная работа по выявлению и обобщению действующих в сфере страхования обычаев, воплощающаяся в принятии примерных правил страхования по отдельным видам.

складываются далеко не всегда под воздействием закона, а порой даже наперекор ему. См.: Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. М.: Юристъ, 1997. С.70

²¹² В качестве примера в данном случае может быть использован практика взимания банковских комиссий при совершении международных расчетов. Тарасенко О. А. Обычаи делового оборота, применяемые в банковской практике. // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2. С. 18.

²¹³ Постановление Конституционного суда РФ от 27 окт. 2015 г. № 28-П.

²¹⁴ Сборник типовых правил, условий и договоров страхования / сост. А. А. Цыганов. М., 2003. С. 89.

В области перестрахования, в силу отсутствия в российском праве отдельных и специальных положений по данному виду страхования, также действует Конвенция об общих понятиях, принципах и обычаях в перестраховании, выполняющая функции формализации практики применения обычаев в отношении перестраховочных операций и являющаяся стандартом страховой деятельности²¹⁵.

Подтверждением формирования профессиональных сообществ страхователей может служить законопроект № 1114997-6 «О внесении изменений в статью 14-1 Федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»²¹⁶, который поступил на рассмотрение в Государственную думу 1 июля 2016 г. Споры между страховщиками при осуществлении механизма прямого возмещения убытков должны будут решаться комиссией, образованной в профессиональном объединении страховщиков. Она, в свою очередь, должна будет рассмотреть его в течение 20 календарных дней с момента поступления заявления. Данный факт подтверждает формирование особенного источника коммерческого права – права сообщества коммерсантов.

– *Биржевые обычаи* – это правила поведения, сложившиеся при проведении биржевых сделок и торгов²¹⁷. Как известно, биржи выполняют и ряд

²¹⁵ Конвенция об общих понятиях, принципах и обычаях в перестраховании. URL: insur-info.ru/forum/file.php?8,file=90.

²¹⁶ Законопроект № 1114997-6 «О внесении изменения в статью 14-1 Федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (об уточнении порядка рассмотрения споров между страховщиками при прямом возмещении убытков). URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=1114997-6](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=1114997-6).

²¹⁷ О роли биржевых обычаев писал еще С. Ю. Витте: «Биржевые сделки совершаются на основании биржевых обычаев...» (Витте С. Ю. Конспект лекций о народном и государственном хозяйстве. СПб., 1912. С. 192). Яркую картину состояния фондовых и товарно-сырьевых бирж, принятых для них норм и обычаев торгового оставил профессор А. Невзоров, ознакомившийся с ними в 1896 г. С его точки зрения, отсутствие точно выработанного законодательного определения сущности биржевых сделок и порождаемых ими правоотношений, а также общепринятой техники этих сделок, укоренившиеся в каждом городе собственные привычки и обычаи, равнодушие купечества как к самостоятельному формулированию норм, так и к организации своего сословия – все это приводило к тому, что даже в столицах на биржах не было условий для выработки устойчивого уклада деловых отношений. Многообразие биржевых сделок тщательно скрывалась. «Торговая деятельность исконной “купчихи” Москвы и в настоящее время резко бросается в глаза... – писал он. – Состав биржевых посетителей чрезвычайно пестрый. Кроме коренных московских купцов, в биржевой публике можно видеть типы представителей всех племен, населяющих Россию, особенно восточную ее часть... Это разноплеменное общество явилось сюда для того, чтобы получить разные сведения, важные для торгового, повидаться

вспомогательных функций: устанавливают стандарты на биржевые товары, разрабатывают типовые контракты, фиксируют торговые обычаи, осуществляют арбитражные функции, производят через ликвидационные кассы или расчетные палаты расчеты между членами биржи, занимаются информационной деятельностью и оказывают различные услуги своим клиентам²¹⁸. Так, например, существует обычай определения цены поставки товара исходя из цен, установленных Санкт-Петербургской международной товарно-сырьевой биржей²¹⁹.

– *Вексельные обычаи* – это правила поведения, распространенные и широко применяемые в области оборота векселя и определения его условий. Так, ТПП РФ, которая уполномочена фиксировать действующие на территории Российской Федерации торговые и портовые обычаи²²⁰, был засвидетельствован обычай делового оборота (торговый обычай) в сфере вексельного обращения, «закрывающийся в проверке субъектами предпринимательской деятельности приобретаемых ими векселей посредством обращения к векселедателю за сведениями о векселе и об обстоятельствах, препятствующих его законному обороту»²²¹. Помимо этого, Ассоциация участников вексельного рынка (АУВЕР) выдает свидетельство АУВЕР о соответствии данных векселей Стандартам Ассоциации и обычаям в сфере вексельного обращения (Приложение 2)²²².

Данной организацией создан стандарт «Методических рекомендаций по экспертизе векселя». Помимо этого, использование обычаев при расчете векселей нашло отражение в судебной практике. Так, в Постановлении ФАС Уральского

с нужными людьми, условиться о свидании в другом месте и т. п. Сделки же здесь заключаются в относительно редких случаях. Они совершаются в огромном большинстве случаев вне биржи» (Невзоров А. С. Русские биржи. Вып. IV. Свод торговых обычаев и правил русских бирж. Юрьев, 1900. С. 67).

²¹⁸ Организация биржевой торговли и видов биржевых операций. URL: <http://www.mybntu.com/economy/trade/organizaciya-birzhevoj-torgovli-i-vidy-birzhevux-operacij.html> ; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.02.2016 № 09АП-60961/2015-ГК по делу № А40-141347/15.

²¹⁹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.01.2016 № 09АП-56841/2015-ГК по делу № А40-81754/2015

²²⁰ О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации : Закон Российской Федерации от 7 июля 1993 г. № 5340-1, ст. 15 // Ведомости съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 33. Ст. 1309.

²²¹ Свидетельство Торгово-промышленной палаты Российской Федерации о регистрации обычая делового оборота (торгового обычая) от 4 декабря 2001 г. № 046/120.

²²² Об АУВЕР. URL: <http://www.auver.ru/?document&document=389>.

округа от 30.01.2014г.№ Ф09-14591/13 по делу № А76-6492/2012 было установлено, что «с учетом ст. 408 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 24 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 04.12.2000 г. № 33/14 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей», обычаев делового оборота, нахождение поврежденных векселей у должника (векселедателя) свидетельствует о прекращении вексельного обязательства. Как нам кажется, использование обычая при определении условий оборота векселя позволило сторонам доказать свою позицию по делу²²³.

Подобное деление было принято в дореволюционной России, когда выделяли обособленно финансовые обычаи (банковские и пр.), торговые обычаи (по сферам торговли – книжные, хлебные и др.)²²⁴.

2. Вторую классификацию торговых обычаев мы проводим **в зависимости от субъектов, их создающих.**

– *Обычаи профессиональных сообществ.* Существенное значение для формирования обычаев имеет возникновение и распространение различных объединений по профессиональному признаку. Их влияние на формирование обычая зависит от частоты использования обычных положений в силу обязательности принятых в объединении правил для каждого его участника, а также длительности их применения, что определяется временем существования объединения. Так, например, ТПП РФ, являясь негосударственной структурой, фиксирует торговые обычаи профессиональных сообществ коммерсантов. Согласно ст. 15 Закона РФ «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» ТПП фиксирует торговые и портовые обычаи, принятые в Российской Федерации и, следовательно, может давать заключение по этому вопросу²²⁵.

²²³ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.02.2014 по делу № А33-16190/2012 ; постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2015 № 17АП-5537/2015-ГК по делу № А50-19749/2014.

²²⁴ Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 434 ; Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 335.

²²⁵ Федоров А. Обычай делового оборота. URL: [http:// www. cargobay . ru / news / finansovaja _gazeta _mezhdunar/2003/1/9/id_10](http://www.cargobay.ru/news/finansovaja_gazeta_mezhdunar/2003/1/9/id_10).

ТПП РФ разработала порядок свидетельствования обычаев. Согласно п. 3.1 для признания обычной практики сложившимся обычаем, широко применяемым в определенной области, необходимо к соответствующему заявлению приложить текст обычаев, письменное заключение территориальной торгово-промышленной палаты, а также письменные заключения организаций, применяющих на практике данные обычаи или имеющие к ним непосредственное отношение, обосновывающие целесообразность свидетельствования обычаев. Данное обстоятельство позволяет нам сделать вывод о том, что обычаи профессиональных сообществ являются одной из форм негосударственного регулирования торговли, могут быть применимы без обязательного утверждения их государственными органами²²⁶.

– *Обычаи морских агентов.* Для успешного выполнения рейса судно нуждается в самых разнообразных услугах не только в самом порту, но и задолго до прибытия в порт, некоторые услуги оказываются судну и после его отхода. В данном случае речь идет о подготовке груза, оформлении документов, найме рабочей силы, уведомлении грузополучателей, расчетах за обслуживание и т. п. Следует отметить, что необходимость найма агента вызвана также спецификой и многообразием операций, выполняемых в портах, в каждом из которых действуют свои законы, правила и обычаи. Выполнение самим капитаном или судовладельцем многочисленных операций по обслуживанию судна в порту практически невозможно, а иногда и запрещено, поэтому организация и координация всех операций, выполняемых во время стоянки судна в порту, поручаются, как правило, специализированным фирмам судовых агентов. Согласно ст. 232 КТМ морской агент действует либо в определенном порту, либо в нескольких портах в пределах определенной территории. В определении агентского договора по ГК РФ какого-либо территориального ограничения не существует. В Постановлении Высшего арбитражного суда от 26 января 1999 г. № 5056/98 отмечалось, что «услуги судового агента, оформленные агентским

²²⁶ О порядке свидетельствования Торгово-промышленной палатой Российской Федерации обычаев морских портов в Российской Федерации : Положение, утв. постановлением Правления ТПП РФ от 24.12.2009 № 67-7 ; Решение МКАС при ТПП РФ от 20.10.2014 по делу № 18/2013.

договором, понятие и признаки которого содержатся в гл. 52 Гражданского кодекса Российской Федерации, непосредственно связаны с товарами, работами и услугами, потребляемыми судном при его обслуживании в порту, поскольку на протяжении длительного периода времени в морском судоходстве сложилась именно такая форма их обслуживания в портах, что закреплено в действующих в Российской Федерации актах и нормах международного права». Правовая природа данного института (в том числе обязанности морского агента) неясна, но может быть установлена исходя из торговых морских обычаев.

Так, в Постановлении Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.10.2015 г. № 15АП-11991/2015 по делу № А32-15942/2014 суд пришел к выводу, что в порту Новороссийск сложился обычай, по которому суда иностранного торгового флота обслуживаются исключительно через морских агентов. ООО «Глобал Оушен Эйдженси» было номинировано судовым агентом данного судна, в связи с чем между ООО «Глобал Оушен Эйдженси» (агент) и Morline Group Limited (судовладелец) был заключен договор агентирования № 666/13 от 25.12.2013 г., по условиям которого агент принял на себя обязательства (по поручению и за счет судовладельца) оказывать услуги в области морского агентирования судов, принадлежащих или зафрахтованных судовладельцем. В данной области действует большое количество договоров, неизвестных гражданском праву и разработанных в торговой морской практике.

Помимо этого, в настоящее время в каждом Российском морском торговом порту действует Свод обычаев. Сбор обычаев осуществляет Морская администрация порта (далее – МАП)²²⁷. Свод обычаев морского торгового порта представляет собой собрание обычаев, сложившихся на основе многолетней практики работы порта и применяемых на практике в морском торговом порту. Данный вывод подтверждается судебными инстанциями: «Суд первой инстанции

²²⁷ Например, Свод обычаев и правила терминалов ОАО «Мурманский морской торговый порт» и ЗАО «Агросфера» (далее Свод обычаев порта) основывается на Гражданском кодексе Российской Федерации, Федеральном законе Российской Федерации от 26.12.1995 г. «Об акционерных обществах», Кодексе торгового мореплавания, «Общих правилах плавания и стоянки судов в морских портах Российской Федерации», Уставах ОАО «Мурманский морской торговый порт» и ЗАО «Агросфера», Обязательных постановлениях морской администрации порта Мурманск, практике работы морских торговых портов и стивидорных компаний (URL: <http://www.portmurmansk.ru/index.phtml?60>).

правомерно оценил правовую природу свода обычаев Морского торгового порта Туапсе как обычай делового оборота, являющиеся по смыслу пункта 1 статьи 5 ГК РФ источником гражданского права, подлежащие применению к спорным правоотношениям. Данный вывод суда первой инстанции сторонами не оспаривается...»²²⁸. Исходя из этого примера, можно говорить о том, что обычная норма сформировалась и не требует дополнительного санкционирования. Суд в данном случае лишь подтверждает ее наличие. Тем самым обычай в морском праве является одним из примеров отсутствия необходимости государственного санкционирования нормы для ее применения в отношениях между сторонами.

Важно отметить, что отсутствие общего для всех сводов обычаев единого правового источника приводит к различным основаниям их действия. Кодекс торгового мореплавания учитывается не во всех сводах обычаев. Например, Свод обычаев ОАО «Петропавловск-Камчатский морской торговый порт» основывается на ГК РФ, Уставе порта и Международной практике работы морских портов, тогда как Свод обычаев Морского торгового порта Владивосток – на ГК РФ, Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации, Федеральном законе Российской Федерации от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах», обязательных постановлениях МАП Владивосток по порту, практике работы морских торговых портов. Отметим Свод обычаев Новороссийского морского торгового порта, который основывается на Гражданском кодексе Российской Федерации, Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации, Международных соглашениях Российской Федерации в области торгового мореплавания, Международной практике работы морских портов, а также Свод обычаев Морского торгового порта Туапсе, основанный на Гражданском кодексе Российской Федерации, Федеральном законе Российской Федерации от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах», Положении о морской администрации порта Туапсе, Обязательных постановлениях МАП Туапсе по порту, уставах обществ, осуществляющих свою деятельность в порту,

²²⁸ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.02.2011 № 15АП-14964/2010 по делу № А32-16827/2010.

практике работы морских торговых портов и стривидовых компаний²²⁹. Имеется необходимость создания общего свода обычаев морских портов для избежания двойного регулирования деятельности участников морских и торговых отношений в порту.

Произошедшие за последнее десятилетие изменения в гражданском и морском законодательстве Российской Федерации, такие как принятие второй и третьей частей ГК РФ, КТМ РФ²³⁰, а также присоединение России к Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г., измененной Протоколами 1968 и 1979 гг.²³¹, несомненно, свидетельствуют о возрастающей востребованности и значимости такого правового института, как морские торговые обычаи. Требуется детальная комплексная проработка вопросов о правовой природе, сущности и особенностях обычаев в области организации морской перевозки.

Несмотря на законодательное регулирование, крупные институциональные пробелы в регулировании частной морской безопасности остаются. С точки зрения управления многие утверждают, что существует острая потребность в новых подходах и инструментах для повышения регулирования, дальнейшей гармонизации правил, установленных норм и обеспечения их соблюдения. Так, например, Международная ассоциация независимых владельцев танкеров предложила концепцию «Цепи ответственности» (Chain of Responsibility)²³², нацеленную на постоянное совершенствование морской транспортной системы и активное, заинтересованное сотрудничество всех участников процесса.

²²⁹ Свод обычаев морского торгового порта Туапсе. URL: http://www.rosmorport.ru/media/File/Tuapse_Customs.pdf; Обычаи морского порта Новороссийск. URL: http://www.rosmorport.ru/media/File/nvr_obychai.pdf.

²³⁰ Примеры признания государством правовых обычаев можно найти в ст. 130, 131, 132 Кодекса торгового мореплавания РФ. В частности, в ч. 1 ст. 130 Кодекса установлено, что срок, в течение которого перевозчик предоставляет судно для погрузки груза и держит его под погрузкой без дополнительных к фрахту платежей (сталийное время), определяется соглашением сторон, при отсутствии такого соглашения – сроками, обычно принятыми в порту погрузки.

²³¹ О присоединении Российской Федерации к Протоколу об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., измененной протоколами 1968 г. и 1979 г. : Фед. закон от 06.01.1999 № 17-ФЗ.

²³² INTERTANKO. URL: <http://www.intertanko.com>.

Данная система менеджмента танкеров и самооценки компании, определяемая Кодексом наилучшей практики для операторов судов (TMSA Guide)²³³, позволяет постоянно, в режиме реального времени производить оценку эффективности компании, выявлять несоответствия и «узкие места» системы управления, своевременно предпринимать соответствующие корректирующие действия, планировать и осуществлять пересмотр и совершенствование системы управления. Главными звеньями данной системы являются судоходная компания, судовладелец, менеджер, оператор («компания») и государство флага данного судна, однако необходимо эффективное и ответственное взаимодействие всех звеньев цепи. Помимо этого, сейчас говорят уже и о «качественных операторах», «качественных фрахтователях», «качественных классификационных обществах» и т. д., вплоть до появления концепции «качественного прибрежного государства»²³⁴. Для установления критериев качества в этой области необходимо создание стандартов и рекомендаций в сфере морского частного транспорта. Эксперты²³⁵ ссылаются на то, что лучшим способом для решения спорных вопросов в сфере частной морской безопасности является разработка норм обычного права.

– *Обычаи интернет-сообщества.* Сеть Интернет представляет собой глобальное объединение компьютерных сетей и информационных ресурсов, принадлежащих множеству различных людей и организаций. Это объединение является децентрализованным, и единого, общеобязательного свода правил (законов) пользования сетью Интернет не установлено. Существуют, однако, «общепринятые» нормы работы в сети Интернет²³⁶, направленные на то, чтобы деятельность каждого пользователя сети не мешала работе других пользователей.

²³³ Кодекс международных стандартов и рекомендуемой практики расследования аварии или инцидента на море (Кодекс расследования аварий) (Принят Резолюцией КБМ от 16.05.2008 № MSC.255(84)). URL: <http://docs.cntd.ru/document/499028826>.

²³⁴ Песков Ю. А. Документационно-информационное обеспечение безопасности мореплавания. URL: <http://archiv.council.gov.ru/files/journalsf/item/20100224112255.pdf>.

²³⁵ Вилкова Н. Г. Применение международных правовых документов в практике разрешения внешнеторговых споров // Право и арбитражная практика : ТПП РФ : сб. информ. матер. – Вып. 1. М., 1997. С. 167

²³⁶ *Общепринятые нормы работы в сети Интернет.* URL: http://www.enforta.ru/netcat_files/101/237/acceptable_use_policy.pdf; *Общепризнанные нормы пользования сетью Интернет.* URL: <https://www.estt.ru/word/internet%20normi.pdf>.

Поэтому вполне очевидно, что пользователи в той или иной мере переносят общепринятые социальные нормы на коммуникации внутри сети и закрепляют данные нормы и правила с помощью правового обычая. Данные правила обращены ко всем участникам сообщества и используются ими повсеместно, в связи с чем мы предполагаем существование особой формы электронного обычного правила или электронного обычая, которая актуализируется с помощью подобных поведенческих норм в зоне онлайн-торговли и расчетов.

Интернет-сообщества – специфический субъект нормотворчества, не наделенный государственно-властными правотворческими полномочиями и одновременно выступающий субъектом правотворчества и субъектом правоприменения. Получается, что пользуясь «электронным магазином»²³⁷ или оплачивая покупку по сервису Amazon.com²³⁸, участники интернет-сообщества спонтанно, без вмешательства какого-либо государственного органа, создают нормы и следуют поведению других участников этого сообщества. Таким образом, за счет данной обычной практики, имеющей совершенно особый путь возникновения, продемонстрированный нами, возникают «электронные обычаи».

Методом объективирования электронных обычаев служит их обобщение и документирование с использованием механизмов саморегулирования и регламентации неформальных интернет-ресурсов.

На сегодняшний день действуют Правила пользования сетью, утвержденные Открытым форумом интернет-сервис-провайдеров²³⁹. Также к данной форме регуляции относятся Правила регистрации доменных имен. Такими правилами регулируются отношения, возникающие в связи с регистрацией доменных имен второго уровня в доменах .RU и .РФ, в частности, требования к доменным именам,

²³⁷ Электронный магазин — это реализованное в сети Интернет представительство путем создания Web-сервера для продажи товаров и услуг другим пользователям сети Интернет. Электронный магазин называют также Интернет-магазином. К нему полностью подходит определение виртуального предприятия. Иначе говоря, виртуальный магазин — это «сообщество территориально разобщенных сотрудников магазина (продавцов, кассиров) и покупателей, которые могут общаться и обмениваться информацией через электронные средства связи при полном (или минимальном) отсутствии личного прямого контакта» (См.: Балабанов И. Т. Торговля через виртуальный магазин // Электронная коммерция. М., 2008. С. 195-197).

²³⁸ Amazon.com. URL: <http://www.amazon.com>.

²³⁹ Нормы пользования Сетью. URL: <http://www.ofisp.org/documents/ofisp-008.html>.

порядок регистрации доменного имени, а также условия и порядок оказания услуг, связанных с регистрацией доменных имен. Установлено, что регистратор обязан отказать в регистрации доменного имени, если доменное имя совпадает с включенным в стоп-лист обозначением. Стоп-лист поддерживается координатором и содержит обозначения, которые не допускаются к регистрации в качестве доменных имен, поскольку в них используются слова, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали (в частности, слова непристойного содержания, призывы антигуманного характера, оскорбляющие человеческое достоинство либо религиозные чувства и т. п.)²⁴⁰. Положения Единой политики рассмотрения споров о доменных именах ICANN (UDRP) могут также использоваться судами для установления содержания честных обычаев при регистрации доменных споров²⁴¹.

Кроме того, вопросы снятия в Интернете спорного контента и разграничения ответственности провайдеров и пользователей регулируют Правила DMCA (Digital Millennium Copyright Act, законодательный акт, принят Сенатом США 14 мая 1998 г.), поскольку действительно возникла необходимость детального урегулирования интернет-отношений с участием провайдеров посредством четкого легального определения условий применения ответственности к указанным лицам, путем включения соответствующих положений в правовые акты, используемые субъектами интернет-пространства²⁴². Упомянутые Правила фактически превратились в обычаи электронного оборота торговли и являются своего рода нормами сетевого этикета («кибернормы»).

«Электронный обычай» выступает формой единообразного толкования в сфере онлайн-безопасности и онлайн-контрактов. Об этом, в частности,

²⁴⁰ См.: Бабкин С. А. Право, применимое к отношениям, возникающим при использовании сети Интернет: основные проблемы. М., 2003. С. 11–63.

²⁴¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.05.2015 № 09АП-11722/2015-ГК по делу № А40-122829/14: «В удовлетворении исковых требований в части обязанности ответчика передать права администрирования доменного имени отказано правомерно, так как правилами регистрации доменных имен регистрация доменного имени на основании решения суда не предусмотрена, доказательств отказа интернет-регистратора в заключении самостоятельного договора о регистрации соответствующего доменного имени не представлено».

²⁴² Digital Millennium Copyright Act. Public Law. Oct. 28, 1998. URL: <https://www.copyright.gov/legislation/pl1105-304.pdf>.

свидетельствует нарабатанная российская судами практика разрешения онлайн-споров: заключение между сторонами договора поставки путем обмена документами по электронной почте; направление ответчиками посредством электронной связи проекта дополнительного соглашения; формирование обычая электронного документооборота²⁴³; предварительная оплата товаров по Интернету с использованием системы электронных платежей и Web-money (интересно отметить, что у системы Web-money есть свой Кодекс системы, применяемый всем сообществом онлайн-пользователей и, таким образом, также являющийся обычаем электронной торговли²⁴⁴); поставка предпринимателем в части согласованного товара; прекращение действия договора по соглашению сторон; исполнение ответчиком трех поставок товара третьим лицам по распоряжению истца, поступившего, по обычаю, по электронной почте, в счет задолженности по договору²⁴⁵.

Учитывая данные механизмы формирования онлайн-среды в РФ, мы можем говорить о появлении особенной формы споров – онлайн-споров. Открытыми остаются вопросы юрисдикции по спорам, возникающим из сетевых отношений, вопросы квалификации сделок и правонарушений, совершенных в Интернете, используемых доказательств и множество других²⁴⁶.

Безопасность транзакций является одной из наиболее важных проблемных областей взаимодействия покупателей и продавцов²⁴⁷. В РФ официально

²⁴³ Постановление ФАС Центрального округа от 30.07.2014 по делу № А62-4320/2013.

²⁴⁴ По данному Кодексу, гл. 1: «Система «Web Money Transfer» (далее – Система) – совокупность автоматического программно-аппаратного комплекса (АПАК), Центра сертификации транзакций, автоматических сервисов Системы, клиентских программных модулей Системы (Web Money Keeper), самостоятельно управляемых физическими или юридическими лицами (участниками Системы), а также взаимоотношений и процедур, возникающих между указанными структурными элементами по поводу эмиссии и учета универсальных титульных знаков, объема имущественных прав в цифровом виде – WM» (URL: <http://www.webmoney.ru/rus/legal/codex.shtml>).

²⁴⁵ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.11.2015 № 13АП-25438/2015 по делу № А56-28172/2015.

²⁴⁶ Незнамов А. В. Особенности компетенции по рассмотрению интернет-споров: национальный и международный аспекты : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. С.11.

²⁴⁷ Применительно к электронной коммерции определение безопасности можно сформулировать как состояние защищенности интересов субъектов отношений, совершающих коммерческие операции (сделки) с помощью технологий электронной коммерции, от угроз материальных и иных потерь. По данным Ассоциации компаний интернет-торговли (АКИТ), в 2014 г. в нашей стране объемы рынка электронной коммерции составили 713 млрд рублей, по сравнению с предыдущим годом наблюдался

зарегистрировано более 50 тысяч интернет-магазинов, работающих по принципу электронной коммерции. Эту информацию озвучил коммерческий директор Яндекс.Маркет И. Тарасенко, во время пресс-конференции eTarget, которая состоялась с 12 по 13 марта 2015 г. Сегодня в Рунете признаки интернет-магазина последовательно имеют от 30 до 200 тысяч онлайн-ресурсов²⁴⁸. Тем не менее нет национальных или международных законов, которые отдельно регулировали бы вопрос организации безопасности проведения электронных транзакций. Даже международные конвенции и законы об электронных подписях, как правило, имеют весьма общий характер из-за широко принятого принципа технологической нейтральности, что исключает технологическую привязку к закону²⁴⁹.

В то же время в этой области отмечается²⁵⁰ распространение многочисленных обычных интернет-практик безопасности. Некоторые²⁵¹ из них уже широко используются, другие только начинают набирать популярность. В случае спора ссылка на электронные обычаи может оказаться дополнительным аргументом для укрепления позиции ответчика.

– *Обычаи рекламодателей.* Необходимо отметить, что сейчас в этой области используется Свод обычаев правил делового оборота рекламы на территории Российской Федерации и активно применяются положения Международного кодекса рекламной деятельности Международной торговой палаты²⁵². Данный акт по своей юридической силе является рекомендательным. Указанные акты способствуют созданию единой терминологии на рекламном рынке и включают рекомендации конкретных взаимоотношений рекламодателя, рекламного агента и потребителя при формировании требований к содержанию

значительный рост, который составил 31 %. URL.: <http://www.iccwbo.ru/blog/2016/elektronnaya-kommertsiya/>

²⁴⁸ Электронная коммерция в международной торговле. URL.: <http://www.iccwbo.ru/blog/2016/elektronnaya-kommertsiya/>.

²⁴⁹ Миненкова Н. В. Международно-правовое и национально-правовое регулирование электронной торговли : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

²⁵⁰ Волчинская Е. К. Информационные технологии и право. Проблемы развития законодательства // Защита прав создателей и пользователей программ для ЭВМ и баз данных. М. : РПАМЮРФ, 1996. С. 87.

²⁵¹ Halpern M., Mehrotra A. K. From International Treaties to Internet Norms: The Evolution of International Trademark Disputes in the Internet Age // University of Pennsylvania Journal of International Economic Law. 2000. № 21. P. 98.

²⁵² Международный кодекс рекламной деятельности Международной торговой палаты (кодекс МТП). URL: <http://www.advertology.ru/index.php?name=Subjects&pageid=20>.

рекламы. Данные принципы заложены в основу самой Концепции формирования Свода обычаев и правил рекламы²⁵³.

– *Обычаи банковского и страхового сообщества*, исследованные выше. В данном случае основная проблема связана со сложностью определения субъектов создания обычных норм, так как сам термин «сообщество» еще не определен. Также на обычные нормы одного сообщества может оказывать влияние правотворчество другого сообщества.

3. По видам и формам торговых операций мы выделяем:

- торговые обычаи, используемые в реализационных договорах;
- торговые обычаи, используемые в посреднических договорах;
- торговые обычаи, используемые в сопутствующих договорах.

Так, например, при регулировании реализационных договоров роль торговых обычаев наиболее высока. Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 30.04.2014 г. по делу № А46-19347/2012 было установлено, что согласно сложившемуся обычаю делового оборота на территории Российской Федерации в сфере реализации ввезенных из-за границы товаров иностранных производителей дистрибьютер, являющийся официальным представителем торговой марки, обязан принять решение о наступлении гарантийного случая и дать поручение дилерским центрам о проведении гарантийного ремонта. В Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.07.2014 г. по делу № А56-57102/2013 было установлено, что заявки на перевозку согласно обычаю делового оборота между сторонами осуществлялись устно, о чем свидетельствует факт оплаты иных счетов, неоспариваемых в настоящем деле.

В рамках системы обычных регуляторов гражданского и коммерческого оборота «обычаям оборота, или поведению в торговле», торговым обычаям (нем.

²⁵³ Свод обычаев и правил делового оборота рекламы включает рекомендации и описание прецедентов конкретных взаимоотношений рекламодателей, рекламных агентств, средств массовой информации и потребителей в качестве аналога системы прецедентного права (См.: <http://www.riaria.ru/pdf/zakon/svod-obychaev-i-pravil-delovogo-oborota-reklamy-na-territorii-rossijskoj-federacii.pdf>; <http://www.advertology.ru/index.php?name=Subjects&pageid=20>).

Geschäftsgebrauch, Geschäftssitte, Handelsgebrauch, Handelsusancen) всегда уделяли особенное место²⁵⁴.

Здесь важно отметить, что никакой другой вид предпринимательства, даже в малой степени, не может сравниться с коммерцией по своей роли в становлении и развитии частного права. Лидирующий характер коммерческого права, свойственный ему новаторский дух обеспечили его решающее влияние на частное право в целом. На основе обычаев торгового оборота сформировались многие правовые конструкции и институты частного права. По выражению известного английского ученого-юриста В. Ансона, «договорное право является детищем торговли»²⁵⁵. Это означает, что главное регулирующее средство частного права – договор – возникло и получило развитие под влиянием потребностей торгового оборота. Торговле человечество обязано возникновением таких ныне общераспространенных инструментов, как вексель, чек, коносамент, warrant и др. Для обслуживания торговли были разработаны договорные институты перевозки грузов, экспедирования, страхования, посредничества, комиссии и др.

Обычаи торговли складывались в течение длительного развития мировой экономики²⁵⁶. Некоторые из них являются универсальными и распространены во всем мире, затрагивают многие сферы сотрудничества (например, базисные условия поставки – типовой набор обязательств продавца и покупателя в международной торговле); другие касаются специальных сфер сотрудничества (например, правила, сложившиеся в торговле зерном, кофе, сахаром и т. д.); третьи действуют только в одном регионе, месте (например, обычаи торгового порта Амстердама)²⁵⁷.

Проводимая в прошлом веке в России реформа судебной системы позволила специальной комиссии, кроме всего прочего, собрать богатый материал о правовых обычаях. Ею был накоплен большой объем судебных решений

²⁵⁴ Гольмстен А.Х. Очерки по русскому торговому праву. Вып. 1. С.-Петербург: Типография Д. В. Чичипадзе, 1895. С. 14.

²⁵⁵ Ансон В. Договорное право / Пер. с англ. ; под. ред. О. Н. Садикова. М., 1984. С. 78.

²⁵⁶ Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М., 2000. С. 163.

²⁵⁷ Нешатаева Т. Н. Международные коммерческие сделки: правовое регулирование и судебная практика // Арбитражная практика. 2002. № 5. С. 91.

волостных судов в различных губерниях империи. Данная работа, в свою очередь, дала возможность российским ученым обобщить и систематизировать имеющиеся сведения. Одним из крупных и особо авторитетных исследований в этой области являются очерки С. В. Пахмана²⁵⁸, во всяком случае, именно ему отдается приоритет в изучении обычного права²⁵⁹.

На значение торгового обычая указал В. А. Удинцев: «Правительствующий Сенат высказывал мнение, что в известных случаях суд не только вправе, но даже обязан руководствоваться обычаями, хотя бы ни одна из тяжущихся сторон и не ссылалась на обычай»²⁶⁰.

В советском праве обычаю отводят весьма ограниченную роль. Полная перестройка общества и даже самого человека, которая предполагается при построении коммунизма, связана с революционным переворотом, никак не совместимым с обычаями прошлой эпохи. Обычай сохранял в СССР некоторую значимость лишь в той мере, в какой он необходим или полезен для толкования и применения закона (*consuetudo secundum legem*), или в тех немногочисленных случаях, когда сам закон отсылает к обычаю, отводя ему определенную сферу.

Тот факт, что обычаю в советской правовой системе отведено второстепенное место, не представляет собой ничего удивительного. Тем не менее об обычае следует сказать хотя бы потому, что отношение к нему означает полный разрыв с тем, «что раньше в России являлось правилом. Отказ от обычаев в советском праве отличен от того, что произошло в романо-германской правовой системе в XIX–XX вв., когда на место обычного права пришло право по преимуществу законодательное, основанное на кодексах. В романо-германской правовой системе произошла прежде всего перемена техники, причем такая перемена в целом не ставила своей целью изменение содержания правовых норм, выразившихся ранее в форме обычая, и не привела к этому результату. В Советском Союзе переворот в существе права сопровождался изменением

²⁵⁸ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки. СПб., 1887.

²⁵⁹ Лавров В. В. К истории изучения обычного права в дореволюционной России // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 6. 1996. Выпуск 4. С. 118.

²⁶⁰ Удинцев В. А. Русское торгово-промышленное право. Киев : типография И. И. Чоколова, 1907. С. 27.

техники. Подлинная гражданская революция стремилась к тому, чтобы люди привыкли к другой жизни в соответствии с новыми нормами»²⁶¹.

Негативное отношение к обычаю в широком смысле этого понятия сохранилось и в послереволюционной литературе. Так, например, И. Б. Новицкий полагал, что «обычное право, имеющее в малоразвитом обществе исключительно большое значение, по мере развития хозяйственной жизни отступает на второй план: постепенность его образования и неопределенность содержания не отвечают требованиям усложнившейся общественной жизни»²⁶². И даже О. С. Иоффе, подчеркивавший неодинаковое отношение государства к разным обычаям, с явным удовлетворением отмечал узкую сферу их использования²⁶³. Интересно отметить, что среди двух авторов, выделявших обычаи в числе подлежащих применению норм, один (И. Б. Новицкий) готов был безоговорочно принимать идею значимости обычая только применительно к Кодексу торгового мореплавания²⁶⁴, в то время как другой (О. С. Иоффе) столь же безоговорочно, признавал возможным рассматривать в качестве обычая только отсылки, имевшиеся в нормах Земельного кодекса, и отказывал в этом Кодексу торгового мореплавания²⁶⁵.

Однако ГК РФ, столь широко использовавший применительно к договорам правовой обычай, заставляет по-иному оценить этот источник права. Несомненно,

²⁶¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 2003. С. 99.

²⁶² Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права. М. : Госюриздат, 1959. С. 63

²⁶³ Иоффе О. С. Советское гражданское право. Т. 1. С. 89.

²⁶⁴ В книге «Источники советского гражданского права» И. Б. Новицкий, вступив в дискуссию по вопросу о Земельном кодексе, в конечном счете сходил в мнении с С. И. Вильнянским (имеются в виду работы последнего «Обычаи и правила социалистического общежития» (Ученые записки Харьковского юридического института. 1954), а также «К вопросу об источниках советского права» (Проблемы социалистического права. 1939. № 4/5), высказывавшим сомнение относительно возможности применения в современных автору условиях ст. 77 Земельного кодекса, содержащей отсылку к обычаю (указ. работа. С. 64).

О значении обычая в соответствующей области можно было судить по тому, что после тщательно проведенного исследования Г. Н. Полянская смогла указать в качестве примера только один обычай. Он сложился в Наро-Фоминске (Московская область). Суть обычая составляло то, что если член распавшегося крестьянского двора переносил свою часть дома («пятитенка») на другое место, то перегородка оставалась тому, за кем была закреплена оставшаяся часть дома (Полянская Г. Н. Семейно-имущественные разделы и выделы в колхозном дворе. М. : Юриздат, 1948. С. 9).

²⁶⁵ О. С. Иоффе приводил аргументы в поддержку того, что нормы КТМ, содержащие отсылки к обычаям, фактически представляют собой не обычаи, а законодательное санкционирование технических норм (Иоффе О. С. Советское гражданское право. Т. 1. С. 43).

что ниша в правовом регулировании, оставленная для торговых обычаев, является признанием роли децентрализованных мер правового регулирования рынка в целом и свободно складывающихся на нем договорных связей. Благодаря обычаям в рамках действующего в стране законодательства появляется как в законодательном, так и в договорном регулировании особый способ восполнения их пробелов, опирающийся, в конечном счете, на признание особой роли договорной и судебной практики.

На формирование торговых обычаев в России существенное влияние оказали внешнеторговые обычаи²⁶⁶, документированные в изданиях авторитетных общественных организаций и актах международной правовой унификации. Так, например, Кодекс европейского договорного права «European contract code»²⁶⁷, русский перевод которого был недавно издан В. А. Беловым, включает в себя *new lex mercatoria* (новое торговое право; современное международное торговое право, источниками которого признаются главным образом международные торговые обычаи, практика третейских судов по разрешению международных коммерческих споров, акты международной частноправовой унификации (называемые из-за этого также актами NLM) и международных конвенций)²⁶⁸, имеет своей целью продемонстрировать основу Европейского гражданского кодекса²⁶⁹. Тем самым мы видим, насколько существенна роль торговых обычаев и их значение в международной торговой практике.

²⁶⁶ В советской доктрине под торговым обычаем понималось правило, сложившееся в сфере внешней торговли на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений. Первые упоминания о торговых обычаях без какой-либо их расшифровки появились в Основах гражданского законодательства СССР и республик от 31 мая 1991 г. (п. 2 ст. 59, пп. 2, 3 ст. 63, ст. 64, п. 2 ст. 75).

²⁶⁷ Кодекс европейского договорного права / Пер. с англ. В. А. Белова. Кн. 1–2. М., 2015.

²⁶⁸ Там же. Кн. 1. С. 8.

²⁶⁹ «За отправную точку были приняты две национальные кодификации: действующий Итальянский гражданский кодекс [1942 года] и проект Контрактного кодекса, подготовленный Х. МакГрегором по поручению Английской правовой комиссии [последний документ, впрочем, вряд ли правильно называть «национальной кодификацией»]. Выбор именно этих двух источников обусловлен тем, что, во-первых, речь идет об относительно современных текстах и, во-вторых, Итальянский гражданский кодекс олицетворяет соединение в одной правовой системе элементов французского и немецкого происхождения, а проект Х. МакГрегора в привычной континентально-европейскому юристу форме описывает английское *common law*». См.: Ширвиндт А. М. Режим соглашений об ответственности за нарушение обязательства в негосударственных сводах гражданского права (часть первая) // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 87.

Периодически предпринимаются попытки собрать торговые обычаи и обобщить их²⁷⁰. Такие сборники имеют важнейшее познавательное значение: как правило, именно они служат источником для доктринальных форм права (разнообразных актов NLM).

Нами было проведено обширное исследование торговых обычаев, отраженных в судебной практике (Приложение 1). Мы обобщили практику рассмотрения споров по конкретным делам.

В реализационных торговых договорах возможность использования торговых обычаев выражается максимально. Интересно отметить, что в рамках обычного права именно в торговых обычаях мы находим истинную волю коммерсантов на выражение и закрепление «особых форм торговли», описание предмета договора купли-продажи, способа исполнения договора. Все это мы находим в торговых обычаях²⁷¹. Так, например, по одному делу суд указал, что, согласно обычаям делового оборота на рынке купли-продажи коммерческой недвижимости посреднические услуги по поиску (привлечению) клиента оплачивает продавец недвижимости²⁷².

В другом случае суд указал на то, что отсутствие отметки в договоре о наличии протокола разногласий является торговым обычаем, что подтверждает необходимость использования данного инструмента для регулирования коммерческого оборота²⁷³.

В процессе проведения исследования мы установили, что в главе 30 ГК РФ, регулирующей один из основных видов реализационных договоров коммерческого права – договор купли-продажи, слова «обычай» и «обычный» встречаются 26 раз, слово «характер» – 8 раз, фраза «стандартная форма» – один раз. Исходя из данного исследования, мы выявили, что торговые обычаи являются активными

²⁷⁰ Белов В. А. Торговые обычаи как источники международного торгового права : содержание и применение // Правоведение. 2013. № 1. С. 52–101.

²⁷¹ Апелляционное определение Забайкальского краевого суда от 18.08.2015 по делу № 33-3336/2015.

²⁷² Апелляционное определение Московского городского суда от 14.01.2016 по делу № 33-418/2016.

²⁷³ Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 21.05.2015 № 07АП-12948/2014,07АП-2948/2014(3) по делу № А03-11061/2014.

регуляторами отношений в сфере регулирования купли-продажи. Анализ нормативных источников и практики позволяет сделать вывод о том, что обычай, каким он описан в ст. 5 ГК РФ, является источником коммерческого права.

Более того, мы построили график изменения количества судебных дел по статьям, в которых чаще всего упоминались торговые обычаи. Отметим, что количество их отсылок к обычаю, по сравнению с 2014 и 2015 гг., увеличилось. Мы сделали вывод о том, что в случае, когда нет специальных требований, торговая практика соглашается использовать торговые обычаи. Во всех случаях суд принимал решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

Так, например, в одном деле суд исходил из того, что в силу сложившегося обычая при договоре розничной купли-продажи недорогостоящего товара договор купли-продажи в письменном виде не заключается, а выдается кассовый либо товарный чек в подтверждение его заключения²⁷⁴. При таких обстоятельствах суд пришел к обоснованному выводу о том, что договор дарения, представленная квитанция и договор купли-продажи велотренажера направлены на сокрытие имущества должника от обращения взыскания.

Также мы определили, что ст. 478 ГК РФ, устанавливающая правила определения комплектности товара «по обычаю», была применена судами в период с 2014 по 2015 гг. 263 раза, а с 2015 по 2016 гг. – 514 раз; ст. 493 ГК РФ, определяющая условия применения стандартизированных форм к договору розничной купли-продажи, в период с 2014 по 2015 гг. – 385 раз, с 2015 по 2016 гг. – 412 раз. Так, например, нами была обнаружена стандартная брокерская практика, в размере 2–3 % от суммы сделки²⁷⁵. Ст. 508 ГК РФ, регулирующая порядок поставки товаров с учетом сложившихся торговых обычаев в этой области, упоминалась в судебной практике в период с 2014 по 2015 гг. 379 раз, а с 2015 по 2016 гг. – 589 раз.

²⁷⁴ Апелляционное определение Омского областного суда от 16.07.2014 по делу № 33-4462/2014.

²⁷⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 14.01.2016 по делу № 33-418/2016.

Так, например, в одном деле суд пришел к выводу, что между сторонами сложился обычай заключения трех разовых сделок купли-продажи путем направления электронной почтой по сложившемуся обычаю от имени истца распоряжений об отгрузке риса третьим лицам и их исполнении ответчиком²⁷⁶.

В другом деле было установлено, что хранение товара в одном месте, без фактической передачи по цепочке покупателей при его купле-продаже, не противоречит гражданскому законодательству и обычаям делового оборота. Отгрузка товара с баз изготовителей для поставки на экспорт, как указал налогоплательщик, объясняется спецификой товара и особенностями его изготовления, связанными с необходимостью использования ряда манипуляций (обработки) для достижения желаемого для заказчика результата. Кроме того, стоимость доставки товара напрямую до Республики Казахстан из г. Березовский, г. Первоуральск, г. Полевской, г. Челябинск будет значительно ниже, чем при поставке данного товара из указанных пунктов отгрузки сначала в г. Омск, а впоследствии иностранному партнеру²⁷⁷.

Всего в процессе исследования нами было изучено 4780 судебных дел.

Как мы видим, количество ссылок на торговые обычаи в судебных решениях, связанных с применением общих положений ГК о договоре купли-продажи, возросло. Мы считали бы необходимым создание различными организациями при научно-исследовательских центрах рабочих групп по исследованию, сбору и фиксации торговых обычаев, как это сделано в мировой практике, например при МТП²⁷⁸.

Нам также удалось обнаружить деловые обыкновения, определяющие условия исполнения обязательства в договоре транспортной экспедиции²⁷⁹.

Ссылки на обычай как на источник торгового права содержатся в международных актах, в том числе в заключенных Российской Федерацией

²⁷⁶ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12.11.2015 № Ф04-26505/2015 по делу № А02-458/2015.

²⁷⁷ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 24.07.2015 № 08АП-6301/2015 по делу № А46-713/2015.

²⁷⁸ Goode R. Commercial Law. 2 ed. L. : Penguin Grope, 1996. P. 985.

²⁷⁹ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.02.2008 № 15АП-560/2008 по делу № А53-15919/2007-С3-17.

международных договорах²⁸⁰. Ссылки на обычай включены в гражданские и торговые кодексы ряда государств²⁸¹. Так, например, согласно ст. 1-103 Единообразного торгового кодекса, законодательные тексты должны толковаться так, чтобы оставить как можно больше места для общего права, права справедливости, обычаев, права торговцев и автономии воли²⁸². Ссылка на использование торговых обычаев содержится в Конвенции арабских государств о коммерческом арбитраже²⁸³.

Международные обычаи широко применяются во внешнеторговых сделках. Наличие обычая может доказываться сторонами в споре, устанавливаться судом или арбитражем по собственной инициативе. Установленный обычай является правовой нормой, применяемой к разрешению спора по данной сделке²⁸⁴.

Наряду с ними на практике широко применяются местные торговые и портовые обычаи. В частности, в ст. 221 ГК РФ признается (значит, санкционируется актом государственной воли) возможность сбора ягод, добычи (вылова) рыбы и других водных биологических ресурсов, сбора или добычи других общедоступных предметов и животных на определенной территории в том случае, если это соответствует местным обычаям. Под местными обычаями, местными торговыми обычаями и обычаями порта понимают совокупность норм и правил, сложившихся в повседневном коммерческом обороте конкретной территории, порта или страны²⁸⁵. Следовательно, мы понимаем, что данные нормы и правила в большинстве случаев лежат вне норм государственного регулирования, но

²⁸⁰ См., напр.: О договорах международной купли-продажи товаров: Конвенция ООН от 11 апреля 1980 г. (Вена, 1980 г.).

²⁸¹ См. об этом: Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. 2-е изд. М., 1997. С. 16.

²⁸² Единообразный торговый кодекс США (ЕТК) = Uniform Commercial Code (UCC). URL: <http://www.miripravo.ru/lexmercatoria/sale/uniform-commercial-code.htm>.

²⁸³ Ст. 21: 1. Арбитражный суд рассматривает спор в соответствии с договором, заключенным между сторонами, положениями закона, применение которого согласовано ими прямо или подразумеваемым образом, а также закона, который имеет самое близкое отношение к предмету спора, при условии, что должным образом установленные нормы международных торговых обычаев соблюдаются. URL: http://www.miripravo.ru/lexmercatoria/arbitration/ammanskaya_konvenciya.htm

²⁸⁴ Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: учебник. М. : Эксмо, 2005. С. 31.

²⁸⁵ Местные торговые и портовые обычаи и правила. URL: <http://www.meridian60.ru/manydoc/a-241.html>.

фактически они являются обязательными для исполнения всеми участниками коммерческого процесса на определенной территории или в этом порту.

Случаев применения торговых обычаев в судебной практике предостаточно (Приложение 1). Так, постановлением ФАС Московского округа от 17.10.2013 г. по делу № А40-120835/2011 дело направлено на новое рассмотрение, поскольку представление документов о выполнении условий аккредитивов авизирующими банками, действующими в интересах истца, соответствует Унифицированным правилам и обычаям для документарных аккредитивов²⁸⁶.

В сфере оформления торгового документооборота широко используется обычай. В профессиональных сообществах в качестве обычая признаются разные способы выражения согласия: путем обмена документами, выполнения действий, свидетельствующих о таком согласии и т. д.²⁸⁷ Например, в одном из дел, рассмотренных Федеральным арбитражным судом (ФАС) Московского округа, ответчик (британское архитектурное бюро TP BENNET LLP) направлял истцу «документацию по отдельным этапам архитектурной концепции» по электронной почте, что прямо предусматривалось договором между сторонами. Однако через некоторое время истец расторг договор и отказался оплачивать счета от ответчика, ссылаясь на то, что работа последним не сдана, а также потребовал возврата «неотработанного аванса». При первом рассмотрении дела в 2010 г.²⁸⁸ кассационный суд отменил акты нижестоящих судов, принятые в пользу ответчика, сославшись, в частности, на то, что принятие «распечаток электронной переписки» в качестве допустимых доказательств выполнения работ произведено судами без учета положений п. 3 ст. 75 АПК, а также на отсутствие доказательств соглашения сторон об использовании электронной переписки. Коллегия судей ВАС отказалась передать дело в Президиум ВАС для пересмотра²⁸⁹. Однако суды первой и второй инстанций вновь отказали в иске. При повторном рассмотрении

²⁸⁶ Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (публикация Международной торговой палаты №500) (ред. 1993 г., вступили в силу с 01.01.1994). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_3533/.

²⁸⁷ Письмо Минфина России от 01.08.2011 № 03-07-09/26.

²⁸⁸ Постановление ФАС Московского округа от 27.02.2010 № КГ-А41/531-10 по делу № А41-15927/09.

²⁸⁹ Определение ВАС РФ от 13.05.2010 № ВАС-5432/10 по делу № А41-15927/08.

дела в 2011 г.²⁹⁰ позиция кассационного судасущественно изменилась. ФАС, помимо прочего, согласился с нижестоящими судами, что «обмен документами по электронной почте отвечает обычаям делового оборота, широко используется в сфере бизнеса и не противоречит нормам права, в том числе по законодательству Российской Федерации». Согласился он и с тем, что «предоставляемая по электронной почте документация не вызывает никаких сомнений в ее достоверности». Форма представления документов («распечатки» или что-то иное) уже не обсуждалась. Обнаружив на этот раз в материалах дела доказательства того, что «предоставление результатов работ в электронной версии» было предусмотрено соглашением сторон, кассационный суд утвердил акты нижестоящих инстанций.

Весьма важно сформулированное судом положение о том, что обмен юридически значимыми документами по электронной почте представляет собой обычай делового оборота.

Может создаться впечатление, что в упомянутом деле суд считает обязательным наличие соглашения сторон об обмене электронной корреспонденцией для признания ее правового значения. Однако в деле от 2012 г.²⁹¹ тот же ФАС Московского округа уже не настаивает на этом.

При этом если сделка оформляется определенным образом, в соответствии с устоявшимся правовым, торговым обычаем, то можно сказать, что она всегда так совершается: по крайней мере, логично предположить, что стороны «привыкли» к подобному варианту оформления сделки и не встречали случая иного применения. Данный вывод вполне закономерен, так как в сфере предпринимательской деятельности создается свой обычный порядок, поэтому стороны вынуждены прибегать к каким-либо формальностям, если хотят заключать договоры и достичь положительного результата в работе с контрагентом.

²⁹⁰ Постановление ФАС Московского округа от 28.12.2011 по делу № А41-15927/08.

²⁹¹ Постановление ФАС Московского округа от 10.04.2012 по делу № А41-18637/11.

В другом деле кадровое агентство по электронной почте предоставило банку документы кандидата на должность сотрудника филиала. Банк принял кандидата на работу, но подписывать акт выполненных работ и платить агентству отказался (сумма составляла 150 тыс. руб.). В суде банк ссылаясь на то, что «распечатки электронных писем» являются не более чем «односторонними документами», поскольку договором такая форма коммуникации не предусмотрена. Апелляция согласилась с банком, но кассационная инстанция (ФАС Центрального округа) решила дело в пользу агентства. Коллегия судей ВАС отказала в передаче дела на пересмотр в Президиум ВАС со следующим комментарием: «Отсутствие в договоре условия о том, что стороны применяют процедуру обмена электронными документами, само по себе не опровергает направление обществом банку электронной почтой документов на кандидата Ч. и получение этих документов банком, что установлено судом первой инстанции»²⁹².

Таким образом, возникает вопрос: стоит ли так настойчиво игнорировать подобные обычаи или все-таки следует время от времени примиряться с требованиями реальной действительности и признавать их существование?

Судебная практика исходит из того, что суд не может знать все существующие обычаи. Так что сторона, которая ссылается на обычай, должна быть готова к тому, что ей придется доказывать сам факт существования такого обычая, а также его содержание. Например, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа при рассмотрении спора исходил из того, что заявитель должен доказать, что действия лица, использующего в своей рекламе его товарный знак, не соответствуют обычаям делового оборота (постановление от 17.09.07 № А56-50476/2006)²⁹³.

Одним из способов доказательства сторонами спора существования торгового обычая является представление документов третьих лиц, свидетельствующих о том, что указанное правило сложилось в соответствующей области предпринимательской деятельности. Например, компания может

²⁹² Определение ВАС РФ от 15.03.2010 № ВАС-2621/10 по делу № А14-3050/2009-122/15.

²⁹³ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 17 сентября 2007 г. № А56-50476/2006. URL: <http://base.garant.ru/33166091/>.

предоставить в суд ответы коммерческих банков на свой запрос о том, как, согласно сложившейся банковской практике, осуществляется тот или иной вид расчетов между плательщиками – клиентами банка и получателями платежа – продавцами.

Между тем суды могут и самостоятельно устанавливать существование и содержание обычаев, поскольку обладают для этого необходимыми средствами, которыми зачастую не обладает заинтересованная сторона. Поэтому правильной будет говорить лишь о помощи суду со стороны истца либо ответчика, а не о бремени доказывания существования обычая. Так, например, в международной арбитражной практике арбитры нередко по своей инициативе применяют обычай, в соответствии с которым проценты за пользование чужими денежными средствами в международных отношениях должны рассчитываться на основании Лондонской межбанковской ставки предложения – LIBOR²⁹⁴. Также в одном из дел, рассмотренных Международным арбитражным судом МТП, арбитры по своей инициативе применили обычай, в соответствии с которым действие арбитражного соглашения распространяется на компанию, аффилированную со стороной данного арбитражного соглашения, даже если такая компания не подписывала такое соглашение²⁹⁵.

Таким образом, правовой обычай как источник торгового права всегда занимал одну из ведущих ролей, 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) он должен быть уникальным, то есть единственным правилом по тому вопросу, который он регулирует; г) обоснованность и разумность его применения; д) преследование

²⁹⁴ Final Award in Case 9483 (Paris, France. December 1998) // ICC International Court of Arbitration Bulletin. 2007. Vol. 18. No. 1. P. 82; Final Award in Case 7331 (Paris, France. 1994) // ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1995. Vol. 6, no. 2. P. 73.

²⁹⁵ Interim Award in Case 6000 (1988) // ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1991. Vol. 2, no. 2. P. 31.

интереса, в равной степени общего для всего сообщества коммерсантов или определенной сферы торговой деятельности.

Этимологическое единство «правового обычая» и «обыкновения» нередко связывают в литературе в связи с их семантическим тождеством²⁹⁶. Кроме того, в праве каждой страны существует свой специфический подход как к определению обычая, так и к вопросу о границе между обычаем и обыкновением. Гражданский кодекс Испании в ст. 3 фиксирует: «Правовые обыкновения рассматриваются в качестве обычая...»²⁹⁷. При этом, если правовые обыкновения не могут быть точно истолкованы исходя из намерений сторон, применяются правовые обычаи. В гражданском законодательстве Японии²⁹⁸ и США деловые обыкновения применяются как правовой обычай в торговой сфере²⁹⁹.

Отождествление торговых обычаев и деловых обыкновений также 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.

В научной литературе данные категории также разграничивают. Так, некоторые ученые отмечают, что обыкновение в отличие от обычая носит

²⁹⁶ См: Белкин А. А. Обычаи и обыкновения в государственном праве // Правоведение. 1998. № 1. С. 38.

²⁹⁷ Ст. 3. Гл. 1. Вводные положения ИГК. Источники права. URL: <http://www.scipio.fatal.ra/spain.html>.

²⁹⁸ Автономов А. С. Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник. М. : Проспект, 2005. Гл. 19, С. 339.

²⁹⁹ Обычаи и обыкновения. URL: <http://3ys.ru/torgovoe-zakonodatelstvo-zarubezhnykh-stran-chast-pervaya/obychai-i-obyknoveniya.html>

«технический характер» и не является нормой права. По замечанию Л. Эннекцеруса, «обычаи гражданского оборота не являются обычным правом, и потому они – не правовые нормы; не в силу их складывается правоотношение, а в силу волеизъявления (свободно к ним присоединяющегося) или в силу закона, объявляющего их руководящими»³⁰⁰. Действие обыкновения, как правило, обосновывается его вхождением в состав волеизъявления сторон отношения. И. С. Зыкин определяет международное торговое обыкновение как «правило, сложившееся в сфере внешней торговли на основе столь постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений, что оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по сделке в случае соответствия их намерениям»³⁰¹.

Ряд ученых придерживается мнения о «всеобъемлющем» характере торгового обычая и видит самостоятельную роль за «обыкновениями», за так называемыми *usus*³⁰². Однако чаще всего данное утверждение нуждается в дополнительном пояснении. Так, например, за вторым латинским термином представляется однозначно сформулированное волеизъявление сторон, и при этом добавляется «применение в качестве обыкновения – широко и признано в качестве обязательного».

В советской и современной российской доктрине МЧП также нет единства по поводу юридической природы (нормативности) торговых обычаев. Так, например, авторы комментария к тексту Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров отмечают, что «в принципе под

³⁰⁰ Курс германского гражданского права: Введение и общая часть / Пер. с нем. Т. 1: Полут. 1 / Эннекцерус Л. ; Под ред. Д. М. Генкина, И. Б. Новицкого / Пер. К. А. Граве. М. : Иностр. лит., 1949. С. 151–152.

³⁰¹ Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М. : Международные отношения, 1983. С. 17.

³⁰² По мнению И. Г. Вахнина, особенности формирования в России обычаев делового оборота и характер существующих торговых отношений усиливают значение выделенных общих факторов: «...частота использования обычного правила в тех случаях, когда он обычно (неоднократно) используется в качестве обязательного правила для одних и тех же сторон договора купли-продажи, характеризует его как торговое обыкновение. В случае расширения числа лиц, использующих обычное правило в качестве обыкновения в своих договорных отношениях, эти правила могут перерасти в обычаи в силу упомянутого показателя – расширения охвата лиц, их использующих; усилению роли факторов, определяющих формирование обычая, способствует наличие третейских судов (арбитражей) при объединениях» (Вахнин И. Г. Особенности формирования обычаев делового оборота в договорной работе // Законодательство . 1999. № 5. С. 38).

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)³⁰³. Как отмечают авторы этого комментария, обычай, как диспозитивная норма, применяется, если иное не установлено соглашением сторон, а обыкновение применяется, если в договоре содержится ссылка на него либо если договор позволяет предположить намерение сторон руководствоваться тем или иным обыкновением³⁰⁴.

Таким образом, существуют довольно размытые критерии для отнесения определенной нормы к той или иной форме права сообщества коммерсантов. Можно выделить следующие основные подходы к вопросу о соотношении обычая и обыкновения.

1. В судебной практике можно встретить примеры смешения торговых обыкновений с торговыми обычаями. Так, в постановлении Шестого арбитражного апелляционного суда от 15.11.2011 г. № 06АП-4393/2011 по делу № А04-2724/2010 о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами за нарушение сроков оплаты по договору купли-продажи электрической энергии (мощности) констатируется, что *между истцом и ответчиком(!)* сложился обычай делового оборота по оплате поставленной энергии не позднее 10 числа следующего месяца. В другом деле при определении порядка приемки товара, судом были отклонены доводы истца о том, что поставка товара истцом не произведена, так отсутствовали подписи ответчика в товарной накладной, заявка ответчика, акт приемки товара, подписанный истцом и ответчиком. Судом апелляционной инстанции установлено, что между сторонами имелись длительные правоотношения, основанные на договоре поставки от 05.04.2006 г., в результате чего сложился определенный порядок

³⁰³ Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий / Под ред. М. Г. Розенберга. М., 1994. С. 34.

³⁰⁴ Там же. С.41.

приемки товара (обычай делового оборота)³⁰⁵. Отметим, что в обоих случаях корректнее говорить о торговом обыкновении, а не о торговом обычае, так как речь идет об установлении индивидуального условия, принятого в практике взаимоотношений между сторонами конкретного контракта, а это есть первая отличительная черта торгового обыкновения.

В пользу рассматриваемого подхода включения понятия торгового обыкновения в понятие обычая в международной торговле свидетельствует практика международных коммерческих арбитражей, в том числе МКАС при ТПП РФ по рассмотрению споров, вытекающих из внешнеэкономических сделок³⁰⁶. Также на аутентичность обычая и обыкновения международной торговли указывают нормы отдельных международно-правовых актов (ст. 9 Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.), в которых слово «обычай» используется фактически в значении термина «обыкновение»³⁰⁷.

2. В англо-американской правовой системе понимание торговых обыкновений и торговых обычаев различается. Наиболее ярко дифференциацию понятий «обычай» и «обыкновение» можно наблюдать в праве Англии. В английском праве сложилось определение торгового обыкновения, под которым понимается устойчиво сложившееся в определенной сфере бизнеса правило поведения, которое наиболее лучшим образом благоприятствует положению сторон в ведении торговых дел. Но в случае, если чрезмерное стремление одной стороны к выгоде ставит оппонента в затруднительное положение, суд может признать такое обыкновение несправедливым, неразумным и не имеющим силы. Однако, если обе стороны знали или должны были знать об установленном торговом обыкновении, вытекающим из контракта, оно будет применяться в любом случае³⁰⁸. Торговые обыкновения в английском праве

³⁰⁵ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.02.2010 № 18АП-12470/2009 по делу № А47-7500/2009.

³⁰⁶ Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007–2008 гг. / Сост. М. Г. Розенберг. М. : Статут. 2008. С. 156.

³⁰⁷ Жамен К., Лакур Л. Торговое право. М. : Междунар. отношения, 1993. С. 13.

³⁰⁸ Halsbury's Laws of England Third Ed. Vol. 11. London, 1955. P. 158.

имеют важное значение при толковании, в частности, таких слов, как «погожие рабочие дни», «отгрузка», «текущие дни», оговорка «около» и т. д.³⁰⁹

В американском праве под торговым обыкновением (trade usage) понимается общепринятая практика, на которую полагаются стороны многочисленных сделок в определенной области торговли. Так, Единообразный торговый кодекс (ЕТК) США определяет торговое обыкновение как «любую практику или метод ведения торговли, которые имеют такую регулярность соблюдения в... торговле, которая оправдывает ожидание его соблюдения в отношении конкретной сделки» (ст. 1–205 (2) ЕТК)³¹⁰. В иерархии источников гражданского и торгового права США обычай в настоящее время имеет небольшое значение и редко применяется судами. Более распространено применение торговых обыкновений, то есть любой практики или порядка деловых отношений, соблюдение которых в тех или иных местах, профессии или сфере деятельности носит настолько постоянный характер, что оправдывает ожидание их соблюдения также и в связи с данной сделкой³¹¹.

Как мы видим, под торговыми обыкновениями англо-саксонское право и правовая доктрина понимают фактическую и обычную практику для данной профессиональной деятельности. Обыкновение не требует применения строгих тестов, необходимых для определения его статуса. Обычай же представляет собой практику всего сообщества коммерсантов или ее значительной группы, которая имеет правовое значение и отвечает требованиям разумности, широкого распространения в сообществе, требованиям достижения общего блага для всего сообщества.

На наш взгляд, обыкновение – это привычное поведение контрагентов торговых сделок, выработанное в ходе практической деятельности, которое

³⁰⁹ Бендевский Т. Международное частное право. М., 2005. С. 49.

³¹⁰ Обычай и обыкновения. URL: <http://3ys.ru/torgovoe-zakonodatelstvo-zarubezhnykh-stran-chast-pervaya/obychai-i-obyknoveniya.html>.

В споре по контракту сторона должна доказать «существование и масштабы использования» торгового обычая. Если использование торгового обычая будет доказано, суд может использовать его и «дополнить право или условия соглашения». The Nature of customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives. Cambridge : Cambridge University Press, 2007. P. 1–2 (авторский перевод).

³¹¹ Омельченко О. А. Всеобщая история государства и права : учебник в 2 т. 3 изд., испр. Т. 1. М. : ТОН, Остожье, 2012. 321 с.

воспринимается в качестве правила сторонами и может применяться в случае отсутствия правовой нормы.

Общей чертой обыкновения и правового обычая является их общественное происхождение. Различий между обычаем и обыкновением значительно больше.

1. Правовой обычай проходит процедуру «общественного одобрения», обыкновение – нет. Поскольку торговое обыкновение нормой права не является, оно лишено признака обязательности и может применяться только при наличии намерения сторон договора его использовать, не требуя социальной легитимации. Так, например, намерение сторон использовать Положения о поставках продукции производственно-технического назначения и о поставках товаров народного потребления, утвержденных постановлением Совета Министров СССР от 25.07.1988 г. № 88³¹², должно быть выявлено исходя из толкования текста договора, то есть «подразумевается, что в данных договорных отношениях оно используется» или прямо выражено в тексте. Как разъяснил Пленум Высшего арбитражного суда РФ³¹³, арбитражные суды при разрешении споров могут применять правила Положения о поставках продукции производственно-технического назначения или Положения о поставках товаров народного потребления, которые не противоречат императивным нормам ГК РФ, если в договоре имеется прямая ссылка на конкретный пункт этих положений либо из текста договора очевидно намерение сторон его применять.

2. Применение обыкновения предполагает наличие осведомленности сторон о наличии такого обыкновения, тогда как знание правового обычая презюмируется.

3. Правовой обычай консервативен, практически не изменяется. Обыкновение является более гибким регулятором, так как может

³¹² Об утверждении Положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления и Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций: Постановление Совмина СССР от 25.07.1988 № 888. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_law_12/.

³¹³ См.: О некоторых вопросах, связанных с применением Положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки: постановление Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 (п. 14). URL. : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_law_17621/.

корректироваться под конкретную ситуацию. Торговое обыкновение, по нашему мнению, в меньшей степени связано с традициями и национальными особенностями, а больше исходит из хозяйственной и административной целесообразности. Оно может быть зафиксировано, например, в виде протокола, соглашения, отчета и т. д.³¹⁴.

4. Торговое обыкновение приобретает юридическое значение на том основании, что оно является элементом волеизъявления сторон. Оно применяется как подразумеваемое условие договора и в отличие от правового обычая имеет преимущество перед диспозитивной нормой закона.

Здесь необходимо различать обыкновение, которое используется для интерпретации договора, и правовой или торговый обычай, который учитывается при формировании контракта, но не используется прямо, потому что данные правовые средства могут быть очень похожи. Основное отличие, как нам кажется, которое позволяет определиться с методикой применения обычных источников регулирования коммерческого оборота, – это способы и сроки оформления согласия на применение данного источника права.

Таким образом, подразумевается, что обыкновение предполагает соглашение двух или более сторон договора о применении известных им условий, не предусмотренных законодательством, но выработанных в практике их собственных деловых отношений. Что же касается торгового обычая, то он предполагает соглашение целого сообщества коммерсантов, творящего свое собственное «живое право». Следовательно, если спор возникает по поводу контракта, сторона, апеллирующая к тому или иному торговому обыкновению, должна доказать, что ее контрагент согласился на его применение.

Из изложенного можно выделить следующую функцию торгового обыкновения: оно обеспечивает соблюдение определенного режима в отношениях сторон по договору и защиту интересов контрагентов.

³¹⁴ См.: Данукин В. П. Право: история, теория, практика // Государство и право. 2000. № 8. С.117.

2.3. Своды лучших практик

Еще одна форма регулирования торговой деятельности коммерсантов – это *своды лучших практик*. Формирование правил различными профессиональными объединениями приобретает все более и более существенное значение. Кроме того, 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 сфере³¹⁵, к которой соответствующие стандарты относятся и, следовательно, где необходимо использовать профессиональное мнение (Приложение 2). Изложенные выше обстоятельства привели к началу формирования самостоятельной категории, вырабатываемой торговой практикой, – сводам лучших практик.

Речь идет о некоем представлении о том, как ведет себя обычный усредненный добросовестный участник торгового оборота в той или иной ситуации. Подобные своды могут отражать различные вопросы, например, Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками регулирует отношения между торговыми сетями и поставщиками с целью повышения эффективности взаимодействия между торговыми сетями и предприятиями легкой промышленности, формирование принципа добросовестности взаимодействия при заключении и исполнении договоров и обеспечение баланса коммерческих интересов торговых сетей и поставщиков, направленного на развитие конкуренции в отрасли и повышение качества производимых товаров³¹⁶. Это дает возможность предприятиям напрямую выстраивать нормальные, экономически выгодные отношения, сокращать сроки

³¹⁵ Об этом, в частности, говорил еще Г. Ф. Шершеневич в «Общей теории права»: « По самому характеру такой нормы (обычной нормы) она всегда может остаться неизвестной для судьи, который, по условиям своей личной жизни, находится нередко вне соприкосновения с правообразующей средой. Когда случайное дело откроет ему существование правового обычая, он должен найти и выбрать средства ознакомления с содержанием нормы. (см.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1910. С. 53.).

³¹⁶ Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров. URL: http://codeofconduct.ru/files/code_of_good_business_practices_ver22062016.pdf.

оплаты за поставленную продукцию, увеличить объемы поставляемых через торговые сети российских продуктов, он позволит проводить в жизнь важные решения, в которых заинтересованы и государство, и общество.

Профессиональные своды разрабатываются в соответствующей области профессиональной деятельности экспертами, обладающими опытом разработки профессиональных сводов по областям деятельности, представителями общероссийских объединений работодателей и общероссийских объединений профессиональных союзов, образовательных, научных и других заинтересованных организаций. При этом данные своды проходят экспертизу на их соответствие нормативно-правовым актам, что подтверждает высокий уровень правовой культуры подобных обычно правовых регуляторов³¹⁷. Так, например, существует Государственный образовательный стандарт начального профессионального образования по профессии «коммерсант в торговле», утвержденный Минторгом России 10.11.2000 г.³¹⁸, который может быть взят за основу для определения свода правил поведения добросовестного коммерсанта.

В соответствии с данным стандартом коммерсант в торговле должен отвечать следующим параметрам профессиональной деятельности: 1) участие в работе по установлению деловых контактов между покупателями и продавцами товаров; 2) изучение конъюнктуры рынка товаров, формирование и прогнозирование потребительского спроса, стимулирование сбыта; 3) определение товароведных характеристик товаров, соответствия их качества нормативной документации, товарному знаку, приемка товаров по количеству и качеству; 4) участие в эффективной работе коллектива; 5) применение правовых норм, регулирующих профессиональную деятельность коммерсанта; 6) оказание различных коммерческих услуг; содействие покупке и продаже товаров оптом, а также театральной, музыкальной и других видов творческой продукции; организация предоставления транспортных средств, оказание помощи в доставке товаров;

³¹⁷ Об утверждении методических рекомендаций по организации профессионально-общественного обсуждения и экспертизы проектов профессиональных стандартов : приказ Минтруда России от 30.09.2014 № 671н.

³¹⁸ ГОС НПО по профессии «коммерсант в торговле» (утв. Минторгом России 10.11.2000). URL: <http://window.edu.ru/resource/883/51883/files/3809.pdf>.

7) осуществление расчетных операций, участие в составлении финансовых отчетов, учет товарно-материальных ценностей; 8) оформление заключаемых договоров и контрактов; выполнение технической работы при заключении договоров, оформлении коммерческой корреспонденции и технических документов; 9) размещение рекламы в средствах массовой информации; реклама товаров (услуг) по образцам, каталогам и другим рекламным изданиям; презентация торгового предложения; участие в рекламных кампаниях.

Профессиональные требования к знаниям и умениям стандартизированы на уровне обобщенных алгоритмов деятельности и ее теоретических основ. Конкретизация требований к знаниям и умениям по видам выполняемых работ и товарным группам с учетом специфики деятельности коммерсанта в торговле осуществляется на региональном уровне³¹⁹. Данный стандарт имеет межведомственный характер, распространяется на все формы подготовки по профессии как в государственных, так и негосударственных структурах, независимо от их правового статуса, имеет юридическую силу во всех регионах Российской Федерации и может быть использован в качестве общего свода правил поведения добросовестного коммерсанта.

Помимо этого, в правоприменении активно используется стандарт «добропорядочного директора», методология определения которого достаточно подробно описана в постановлении Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридических лиц»³²⁰; в содержании указанного акта абстрактного толкования закона определяется, как выявить те или иные признаки «добропорядочности» лица, осуществляющего функции исполнительного органа юридического лица.

Соответственно, по своей сути свод правил добросовестного коммерсанта – это ожидаемая модель поведения добросовестного участника торгового оборота. Представляется, что существование общего свода стандартов поведения

³¹⁹ Васильев А. М. Стандартизация для всех. М. : Издательство стандартов, 2000. С. 51.

³²⁰ О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридических лиц: постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62

коммерсантов оправдано, так как предъявление к гражданам-непрофессионалам требований, аналогичных применяемым к коммерсантам, несправедливо и, наоборот, предъявление требований к коммерсантам, которые не нашли фиксации и не могут быть однозначно истолкованы, неправильно и противоречит принципу равенства (ст. 2 ГК РФ).

Юридические фирмы по всему миру создают целый комплекс правил для регулирования внутренней деятельности фирмы и организации правовой работы, которые сформированы в отдельные своды лучших практик. Например, Solicitors regulation authority (SRA)³²¹ является регулирующим органом для адвокатов Англии и Уэльса. Он отвечает за регулирование профессионального поведения более 125 000 адвокатов и других уполномоченных лиц более чем 11 000 компаний, а также тех, кто работает в организациях частного и государственного сектора. Данный справочник является руководством, актуальным для всех физических и юридических лиц, регулируемых SRA. Новый Справочник SRA объединяет в одном месте все регуляторные требования, которые применяются к каждому, а также к новым участникам рынка юридических услуг. Существует также система OFR, которая определяет ориентировочные модели поведения при работе с клиентом, в том числе стратегию «Now you client», «Client Due Diligence», «Conflict checks» (подобные стадии присутствуют в большинстве случаев при работе с новым клиентом, являются обычной практикой и применяются еще на преддоговорном этапе). Данная система используется в практике российских фирм. Российские юридические фирмы проходят процедуру сертификации, в том числе на соблюдение *Antibribery act*³²², которая предусматривает штраф, а также отстранение от участия в тендерах на поставку товаров для государственных заказчиков европейских стран³²³. Это демонстрирует самостоятельное развитие данной формы регулирования отношений коммерсантов.

³²¹ SRA был сформирован в январе 2007 г. в соответствии с Законом юридических услуг в качестве независимого регулирующего органа юридического общества.

³²² Aisha A., Deeproose G. The Bribery Act 2010 // Scots Law Times. Edinburg, 2010. P. 231.

³²³ Законодательное регулирование коррупции за рубежом. 22 нояб. 2011 г. URL: http://www.rulg.com/documents/FCPA_UK%20Bribery%20Act%20Nov%2022%2011.pdf.

Исходя из анализа российской и англо-саксонской договорной практики (Приложение 1 и 2), мы видим, что своды лучших практик представляют большую гибкость, учитывают потребности клиентов, типы договорной работы юриста. Данный способ фиксации юридической практики сообщества коммерсантов дает нам возможность реализовать правильные системы и элементы управления для клиентов, так как содержат модели, которым юрист должен соответствовать при работе с тем или иным клиентом. Тем самым своды лучших практик выполняют информационную функцию в торговом праве.

Практика российских судов также изобилует примерами использования различных сводов правил в качестве критериев определения добросовестности³²⁴ коммерсанта. Так, по одному из дел видно, что продавец выбрал лизингополучателя, но лизингодатель умышленно или по неосторожности (то есть с нарушением стандарта поведения разумного и осмотрительного коммерсанта) содействовал увеличению размера убытков, вызванных ненадлежащей поставкой предмета лизинга, либо не принял разумных мер к их уменьшению, это согласно п. 1 ст. 404 ГК РФ является основанием для уменьшения размера ответственности лизингополучателя³²⁵.

Анализируя содержание сводов правил коммерсантов (Приложение 2), можно утверждать, что они отвечают всем требованиям, предъявляемым к формам фиксации юридической практики сообщества коммерсантов. Во-первых, они являются сложившимися и устойчивыми, отражают действительное положение дел в торговом обороте и содержат нормы, выявленные самими предпринимателями и профессиональным сообществом. Во-вторых, данные стандарты широко применяются путем включения их в текст договоров, а также

³²⁴ Постановление Пленума Верховного суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»: «Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации. По общему правилу пункта 5 статьи 10 ГК РФ добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются, пока не доказано иное».

³²⁵ Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга : постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 17 ; постановление ФАС Северо-Западного округа от 10.04.2014 по делу № А56-78159/2012.

используются в качестве собственных правил и служат доказательством позиции по делу при возникновении спора о добросовестности коммерсантов, компетентности, ответственности по торговым договорам.

Помимо этого, сейчас часто используются *Кодексы лучших практик*, в которых находят отражения те или иные критерии определения добросовестности коммерсантов. Данные документы представляют собой объяснение и иллюстрацию ценностей и принципов ведения торговли³²⁶. Вместо предоставления строгих правил кодексы лучших практик воспитывают сотрудников на том, как «все делается» в бизнесе. В связи с этим правила поведения, содержащиеся в таких кодексах, выполняют воспитательную функцию в торговом обороте, устанавливая критерии профессиональной компетенции его участников – коммерсантов.

Кодексы могут включать в себя инвестиционную политику, способы привлечения предприятий для выполнения государственных заказов, формы поддержки малого и среднего бизнеса, взаимодействия с хозяйствующими субъектами в ходе решения различного рода проблем и т. д. Так, *Кодекс безупречной банковской практики* направлен на формирование цивилизованного рынка банковских услуг, усиление его транспарентности, укрепление доверия к кредитным организациям, повышение уровня корпоративной культуры и социальной ответственности. Он декларирует апробированные в деятельности лучших отечественных и зарубежных банков принципы и правила организации основных бизнес-процессов³²⁷. Например, в данном кодексе отражены основные ключевые позиции взаимоотношений банка и клиента, такие как конфиденциальность, консультационные услуги банка, выполнение распоряжений клиентов, решение проблем ликвидации клиентской задолженности, урегулирование конфликтов с клиентами, внутренний аудит качества управления банком.

³²⁶ Бабенко А. Н. Проблемы обоснования ценностных критериев в праве // Государство и право. 2002. № 12. С. 94.

³²⁷ Кодекс безупречной банковской практики // Деньги и кредит. 2007. № 2. С. 10.

Вполне можно представить, что данные кодексы используются при создании оптимальных бизнес-систем и во франчайзинговых отношениях, когда работник учится постигать методы ведения бизнеса на основе лучших коммерческих примеров. Например, необходимость введения Кодекса лучших практик неоднократно обсуждалась в фармацевтической сфере³²⁸. Кроме того, необходимо отметить, что в настоящее время российский рынок отличается повышенной нестабильностью, во многом вызванная высокой волатильностью и трудной предсказуемостью динамики курсовой стоимости рубля к основным мировым валютам. Все это негативно сказывается на деловой обстановке и процессах, происходящих на потребительском рынке страны. В связи с чем было целесообразным принятие Кодекса добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров³²⁹, принимая во внимание ответственность перед гражданами – потребителями этих товаров – в непростой современной экономической ситуации. Данный документ подписали представители ведущих организаций и ритейлеров: Ассоциация компаний розничной торговли (АКОРТ), Национальный союз производителей молока (Союзмолоко), Ассоциация производителей и поставщиков продовольственных товаров «Руспродсоюз», сеть продуктовых гипермаркетов «Ашан» (Holding Auchan SA), METRO Cash & Carry и др., а также Союз потребителей Российской Федерации, Комитет по потребительскому рынку Торгово-промышленной палаты Российской Федерации. Продолжается активный процесс присоединения к Кодексу и других крупных ассоциаций и союзов, функционирующих на потребительском рынке.

Данный кодекс позволил расширить и развить договорную дисциплину, в том числе правовые и этические аспекты договора купли-продажи, вопросы ценообразования товаров.

Основная цель Кодекса добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров, как и всех других

³²⁸ Личный архив автора.

³²⁹ Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров. URL: <http://codeofconduct.ru/>.

сводов лучших практик, – устанавливать правила, препятствующие недобросовестной конкуренции, совершению действий, причиняющих ущерб потребителям товаров. Если сфера влияния подобных сводов расширится, то может быть поставлен вопрос о новой модели саморегулирования в торговле.

Мы полагаем, что принятые своды правил поведения коммерсантов, содержащиеся в данных кодексах, могут учитываться судами, скажем, при решении вопросов о нарушении профессиональных обязанностей, установлении наличия вины, степени заботливости и осмотрительности, добросовестности в действиях конкретного лица³³⁰.

Таким образом, заинтересованность правового сообщества в развитии и изучении сводов правил поведения коммерсантов растет (см. результаты исследования, Приложение 1 и 2). В таком случае мы считаем необходимым создание на базе различных научно-исследовательских центров и институтов рабочих групп по формированию стандартов поведения коммерсантов, типовых правил и сборников правовых, в том числе торговых, обычаев.

³³⁰ Необходимо отметить, что Кодекс лучших практик используется повсеместно, например, акционерными обществами при вынесении ряда важных решений по их управлению. Так, в нем определяется порядок созыва и подготовки к проведению совета директоров, что должно обеспечить возможность надлежащим образом к нему подготовиться. В Кодексе корпоративного управления, рекомендованного к применению письмом Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463, определено, что председатель совета директоров должен принимать необходимые меры для своевременного предоставления членам совета директоров информации, необходимой для принятия решений по вопросам повестки дня (п. 123 Кодекса корпоративного управления); уведомления членов совета директоров о созыве заседания совета директоров, форме проведения и повестке дня заседания с приложением материалов, относящихся к вопросам повестки дня. При этом указано на необходимость осуществления им данных действий в срок, позволяющий членам совета директоров выработать позицию по вопросам повестки дня. Как правило, такой срок не должен быть менее пяти календарных дней (п. 163 Кодекса корпоративного управления). Большинство акционерных обществ соблюдают требования Кодекса корпоративного поведения (приложение к распоряжению Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 04.04.2002 № 421/р). В решении Арбитражного суда г. Москвы от 05.11.2014 указано, что именно требования Кодекса могут считаться обычаями, а не практикой, ранее применявшаяся у ответчика. Судом установлено, что эти требования Кодекса, являющиеся также требованиями добросовестности, разумности и справедливости, в рассматриваемом случае не были соблюдены, тем более в то время, когда в Обществе имел место корпоративный конфликт. Поэтому это хороший способ, чтобы четко изложить позицию своей организации по важным вопросам, таким как этика, контракты, конфликт интересов и обязанности организации при увольнении сотрудника. Часто эти вопросы забываются в процессе покупки и продажи, тогда как позже они могут вызвать ряд проблем, потому что они изначально не были должным образом объяснены. Поэтому важно установить четкое общее понимание ожиданий и результатов между поставщиком и заказчиком. Тем самым мы полагаем, что использование кодекса управления и кодекса лучших практик позволит определить лучшие модели функционирования бизнеса.

Глава 3. Правила негосударственного регулирования торговой деятельности и их соотношение с позитивным коммерческим правом

3.1. Общая характеристика соотношения правил негосударственного регулирования торговой деятельности с позитивным коммерческим правом

При формировании источников позитивного торгового права первичным становится вопрос закрепления и отражения определенных юридических режимов, выражающих политику в области общественных отношений, относимых к торговле³³¹. К примеру, в годы государственно-планового централизованного управления экономикой правовое регулирование многих отношений, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, реализовывалось преимущественно в условиях режима централизованно-императивного регулирования, в котором доминировали нормативные акты, содержащие такие правовые средства, как предписание и запрет³³². Переход к рыночной экономике повлек за собой отказ от преимущественного использования централизованных административно-командных средств управления экономикой, производством и трудом, которые базировались на создаваемых государством нормативных правовых актах. Соответственно, в настоящее время востребован юридический режим диспозитивно-децентрализованного регулирования, который в большей мере опирается на негосударственные источники торгового права, содержащие такие правовые средства, как дозволение (стимулирование), и в меньшей мере – на предписание³³³.

³³¹ Под позитивным, или положительным, правом в данном случае понимается право, установленное («сделанное») людьми (*jus positivum*), а не изначально предоставленное, как, например, естественное право (*jus naturale*), Божественным разумом, природой вообще или природой человека. Тем самым в данное понятие вкладывается тот же смысл, который характерен для взглядов многих российских правоведов (См., напр.: Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 378 ; Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 119. 154–155). В более упрощенном виде под позитивным правом можно понимать право как совокупность в основном текстуальных источников права, представленных нормативными актами, договорами, судебной практикой (подробнее об этом: Поляков А. В. Общая теория права: курс лекций. СПб., 2001. С. 504).

³³² Сапун В. А. Механизм реализации советского права // Правоведение. 1988. № 1. С. 4.

³³³ Вальдес даль Ре Ф. Децентрализованная организация рынка труда // Право и экономика. Регулирующее вмешательство в рыночной экономике. М., 2000. С. 109.

Рассматривая и сравнивая негосударственные источники торгового права и позитивные источники коммерческого права, мы видим, что и те, и другие регулируют поведение людей, наделяют субъектов торговли субъективными правами и налагают на них обязанности; и те, и другие не имеют абсолютного значения и изменяются на протяжении истории в соответствии с экономическими отношениями и общекультурными условиями жизни. Одним из существенных отличий является *способ возникновения* того и другого вида норм: норма закона возникает исключительно по воле законодательных органов государства, в соответствии с порядком и формальными условиями, predeterminedенными организацией государственного строя; *норма же права сообщества коммерсантов не подчиняется в своем возникновении этому порядку*. Следовательно, специфический признак права сообщества коммерсантов (отсутствие участия законодателя в создании норм сообщества коммерсантов) смыкается с сущностными моментами, которые определяют создание этого права. Такое допущение является пока гипотезой, из которой вытекают наши дальнейшие соображения.

В процессе правообразования современного общества роль государства значительна, но не носит исключительного характера, что в полной мере относится к формированию и действию права сообщества коммерсантов. Необходимо отметить, что в ГК РФ, других законах и подзаконных актах имеются специальные отсылки к обычаям и стандартным формам договоров. Однако назначение этих отсылок состоит лишь в том, чтобы указать на наиболее типичные случаи применения права сообщества коммерсантов, а в некоторых нормах (ст. 459, 508, 510, 724, 863, 1006) – установить приоритет обычая перед диспозитивной нормой закона. Конкретные ссылки на обычаи могли бы служить санкцией, придающей таким обычаям правовой характер, в том случае если бы в законе отсутствовала норма, подобная ст. 5 ГК РФ. Соответственно, при отсутствии специальных ссылок на обычаи они могут и должны применяться при соблюдении определенных в законе условий на основании общей нормы (ст. 5 ГК РФ).

Негосударственное регулирование торговой деятельности оказывает влияние на содержание норм позитивного коммерческого права, на юридические

конструкции, механизм действия норм. Общество отнюдь не всегда способно воспроизвести в своем нормативном поведении даже то, что является для него истинной ценностью, причинами этого могут быть внешние (по отношению к духовному миру) факторы (экономические, геополитические и др.). Поскольку право – это совокупность правил поведения, которые должны реально соблюдаться, законодатель не должен включать во внешний источник права те ценности, которые хотя и имеют истинное значение для общества, не могут быть им реально воспроизведены в нормативном поведении. При создании юридических конструкций, внедряющих механизм частноправового регулирования, законодатель использует право сообщества коммерсантов. Так, например, совершенствование нормативных конструкций внесудебной защиты прав происходит за счет ратификации Российским государством материально-правовых конвенций, появления новых редакций актов частноправовой унификации, в том числе систематизированных правил по использованию национальных и международных торговых терминов, разделения рисков случайной гибели и бремени несения расходов по товару, из-за пересмотра правовых позиций судов и регулятивных арбитражей, изменения прецедентов. Инкотермс 2010 регулирует особые конструкции защиты прав исправного поставщика после перехода эвентуальных рисков на покупателя³³⁴.

Цели правового воздействия, которые поддерживаются сообществом коммерсантов, зависят от того, устраивают их принятые нормы позитивного права или нет. Если сообщества устраивают существующие нормы, то они создают эффективный механизм правового воздействия на общество. В соответствии с целями правового регулирования подбираются средства правового регулирования, которые образуют цельный механизм³³⁵. Если нормы позитивного права не устраивают сообщества, то создается механизм нейтрализации этих норм, механизм модификации правового регулирования. В этом механизме также имеются свои средства, о которых будет сказано ниже.

³³⁴ Рамберг Ян. Комментарий к Инкотермс 2010: понимание и практ. применение. Публикация ICC № 720. М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 26.

³³⁵ Общая теория государства и права / Под ред. В. В. Лазарева. М., 1997. С. 132.

Все запреты, дозволения и предписания, как и сами источники права, в которых они содержатся, образуют в совокупности статическую часть механизма 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. Статическая часть данного механизма является только исходной базой для всего правового регулирования, поэтому она неизбежно должна дополняться динамической частью, которая включает комплекс правовых средств, содержащихся в праве сообщества коммерсантов. Данные средства призваны способствовать воплощению в реальное поведение людей тех идеальных правовых моделей, которые содержатся в формах фиксации юридической практики сообщества коммерсантов³³⁶. Право сообщества коммерсантов эффективно выполняет функции «проводника нормотворчества», обеспечивая гармоничное взаимодействие норм морали, бизнес-этики и законодательства путем разработки стандартов поведения, кодексов лучших практик, типовых правил ведения бизнеса и кодексов этики.

Эта часть механизма правового регулирования, в свою очередь, также может быть подразделена на два блока. Назначение первого из них состоит в том, чтобы перевести правовую энергию источников права на уровень поведения конкретных субъектов – носителей прав – и обязанностей³³⁷. В этот блок включаются правовые средства, обеспечивающие действие права. К ним относятся: 1) правовые средства, которые используются непосредственно субъектами права для достижения фактических целей права в предметной деятельности и в правообеспечительных действиях (совокупность таких средств определена общим и специальными статусами граждан, правоспособностью юридических лиц, а также вытекают из компетенции государственных органов и должностных лиц); 2) «средства о средствах», то есть те правовые инструменты, использование которых приводит в действие предписания, средства, относящиеся к первой группе. К ним можно

³³⁶ Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. 1987. № 6. С. 14–16.

³³⁷ Алексеев С. С. Теория права. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1995. С. 224.

отнести внутриорганизационные нормы сообществ, а также правоположения, выработанные юридической практикой: юридические аксиомы, презумпции, правовые идеи и др.³³⁸. Например, существует торговый обычай, который гласит о принципе свободы формы договора международной купли-продажи. Данный обычай означает, что договор международной купли-продажи считается заключенным с момента достижения его участниками соглашения о своем предмете (товаре), независимо от того, в какой форме это произошло, лишь бы заинтересованная сторона сумела в случае возникновения спора доказать факт его заключения³³⁹. Думается, что в основании этого обычая лежит соображение о профессионализме участников всякого внешнеторгового договора.

Исторический опыт свидетельствует о том, что различного рода торжественные обряды (типа манципации, рукобития, молитвы, объятий, угощения и т. п.) и иные формальные знаки наличности договора (типа его нотариального удостоверения или государственной регистрации) нужны только в условиях заведомо неразвитого гражданского и юридического быта – оборота, состоящего из сделок единичных, но вместе с тем судьбоносных для каждого их участника³⁴⁰. Международный торговый оборот сюда явно не относится. Из актов заключения и исполнения сделок международной купли-продажи составляется вся повседневная жизнь коммерсантов – экспортеров и импортеров – и содействующих им лиц (комиссионеров, агентов, дистрибьюторов). Особая форма сделок для таких лиц, следовательно, стеснительна (она замедляет торговый оборот), да и просто не нужна³⁴¹.

Общеизвестно, что право может действовать только тогда, когда определенным событиям или действиям придается характер юридически значимых фактов (актов), с наступлением которых люди оказываются в положении сторон правоотношений, обладающих взаимосвязанными субъективными правами и обязанностями. Использование этих прав, соблюдение запретов, исполнение

³³⁸ Гойман-Калинский И. В., Иванец Г. И., Червонюк В. И. Элементарные начала общей теории права : учеб. пособие. М., 2003. С. 64.

³³⁹ Белов В. А. Торговые обычаи как источник МТП. С. 60.

³⁴⁰ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. Т. 1. С. 123–124.

³⁴¹ Белов В. А. Торговые обычаи как источник МТП. С. 61.

обязанностей субъектами правоотношений, равно как и применение к ним норм права уполномоченными органами или лицами, относится к стадии осуществления права, в сфере которой функционируют правовые средства реализации права, образующие в совокупности второй блок динамической части механизма правового регулирования.

Негосударственное регулирование торговой деятельности влияет на различные аспекты жизни общества.

1. Оказывает влияние на формирование правосознания, которое включает в себя трансформирование общественных потребностей на основе норм права сообщества коммерсантов. Право сообщества коммерсантов складывается во всех сферах, не спрашивая у законодателя об этом. На основе данного источника определяется состав и содержание условий новых отношений сторон по торговым договорам. Заключая договор, не предусмотренный законом, стороны руководствуются правом сообщества коммерсантов. В качестве примера можно привести расчетный форвардный контракт (договор), представляющий собой разновидность срочной сделки, конструкция которой заимствована из англо-американской правовой системы. В российском праве отсутствует правовая регламентация такого рода сделок, и формирование состава и содержания условий названных договоров происходит под воздействием сложившихся торговых обычаев. Этим объясняется тот факт, что при судебном рассмотрении споров, вытекающих из расчетных форвардных контрактов, стороны, как правило, ссылаются на соответствующие обычаи. Так, при разрешении подобного спора суд признал, что контракт не содержит необходимых условий расчетного форвардного контракта и форвардной сделки вообще, как они определены обычаями делового оборота³⁴².

В связи с тем что правовые нормы не могут существовать сами по себе, а имеют своеобразный каркас («обертку», в интерпретации ученого), форма и содержание правового текста буквально никогда не совпадают с формой

³⁴² Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 30 апреля 1998 г. по делу № Ф03-А73/98-1/349.

и содержанием правовой нормы. Правовой текст, помимо правовой нормы, может отражать и историю возникновения того или иного правового института, в нем могут также присутствовать программные (декларативные) заявления, пояснения, нарративные (повествовательные) элементы. Поэтому правовые тексты могут иметь не только правовое значение, но и эстетическое, художественное, научное, нравственное, религиозное, мифологическое, идеологическое, политическое и т. д. Значит, и правовая норма, содержащаяся в правовом тексте, является результатом интерпретации не одного правового текста, а всех тех, которые имеют текстуально-правовую связь с первичным правовым текстом, то есть текстом, запускающим механизм права сообщества коммерсантов. Письменная фиксация (письменный текст) не может в полном объеме выразить веления торговцев. Правила торговцев становятся полнозвучными тогда, когда передаются «социальными архитекторами» (профессиональными сообществами) через свои источники, в которых раскрывается содержание обычаев. Например, Стандарт профессиональной деятельности «Услуги агентов по операциям с недвижимостью»³⁴³ является своеобразным срезом профессиональных навыков и принципов деятельности в этой области, представляя собой источник неписаного торгового права.

2. Помимо этого, негосударственное регулирование торговой деятельности выполняет функцию толкования норм позитивного торгового права. Императивная норма (см. п. 1 ст. 422 ГК РФ), как наиболее жесткая, имеет безусловное преимущество над всеми прочими регуляторами, а поскольку императивные нормы для сторон обязательны всегда (п. 1 ст. 422 ГК РФ), то правила сообщества коммерсантов, противоречащие таким нормам, не применяются (см. п. 2 ст. 5 ГК РФ)³⁴⁴. В то же время в случае наличия пробела в законодательстве применяется право сообщества коммерсантов.

³⁴³ Стандарт профессиональной деятельности «Услуги агентов по операциям с недвижимостью». URL: <http://www.spbnp.ru/documentation/article/1776.html>.

³⁴⁴ Плахин А. А. Торговые обычаи и деловые обыкновения. Практика и проблемы квалификации // Законодательство. 2007. № 3. С.16–20.

Так, в одном деле суд, «рассматривая вопрос о наличии у истца (ЗАО «Компания Грината») права на выступление от лица собственников в правоотношениях с третьими лицами по вопросу обслуживания, содержания и ремонта Комплекса, учел, что каждый из собственников нежилых помещений в здании, расположенном по адресу: ***, в силу положений ст. 210 ГК РФ обязан содержать принадлежащее ему имущество и общее имущество в здании пропорционально площади принадлежащих ему помещений. Вместе с тем поскольку в настоящее время гражданское законодательство не содержит правовых норм, императивно регулирующих вопросы управления недвижимым имуществом, не являющимся жилым, и в соответствии со сложившимися обычаями делового оборота функции управления общим имуществом (нежилыми строениями) при наличии нескольких собственников принимает на себя либо основной балансодержатель здания, либо специализированная компания, суд пришел к выводу, что в рассматриваемом случае ЗАО «Компания Грината» выступает как специализированная организация, заключившая договоры с большинством собственников в нежилом помещении и фактически осуществляющая обслуживание, содержание, ремонт здания в целом, обеспечивающая предоставление коммунальных услуг»³⁴⁵.

3. Негосударственное регулирование отношений коммерсантов влияет на непосредственную реализацию и исполнение прав и обязанностей субъектами права, при этом используются правовые организационные средства.

Негосударственное регулирование торговой деятельности содержит, как было отмечено выше, особые (конкретизирующие) нормы, призванные облегчить применение норм позитивного коммерческого права. Так, например, в п. 7.4.1. Правил биржевой торговли Закрытого акционерного общества «Санкт-Петербургская международная товарно-сырьевая биржа», участники торгов, являющиеся контрагентами по зарегистрированной на бирже сделке в Секции товарного рынка и получившие соответствующие отчетные документы биржи, оформляют свои отношения по заключенной сделке в порядке и в сроки,

³⁴⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 12.02.2014 по делу № 33-2566.

установленные спецификацией соответствующего биржевого товара. Соответственно, участники торгов должны а) быть зарегистрированы, б) получить соответствующие отчетные документы, в) оформить сделку в установленном порядке и в установленные сроки³⁴⁶. Соответственно, появляется совершенно особенное правило поведения участников биржи по оформлению заключенной сделки в порядке и в сроки, установленные спецификацией соответствующего биржевого товара.

Кроме того, в случае нарушения правил негосударственного регулирования торговой деятельности могут быть применены и санкции, непосредственно содержащиеся в формах фиксации юридической практики сообщества коммерсантов. Так, согласно п. 13.3 Правил, указанных выше, когда действия участника торгов препятствуют либо могут воспрепятствовать нормальному функционированию биржи, в отношении данного Участника торгов могут быть применены любые из следующих санкций: начисление штрафа в размере до 10 (десяти) штрафных ставок, установленных настоящими Правилами; прекращение допуска к участию в торгах; прекращение членства на бирже, членства в секции, прекращение участия в биржевых торгах постоянного посетителя и разового посетителя в порядке, установленном правилами приема. Как мы видим, данная форма фиксации юридической практики сообщества коммерсантов предполагает абсолютно определенный набор санкций к нарушителю.

Данные Правила предусматривают также возможность применения факультативной санкции, в случае предоставления участником торгов своим клиентам недостоверной информации либо информации, направленной на обман или введение в заблуждение клиентов, отказ от предоставления или несвоевременное предоставление участником торгов информации клиентам о совершенных по поручению клиентов сделках, а именно: начисление штрафа в размере до 10 (десяти) штрафных ставок, установленных настоящими Правилами; прекращение его допуска к участию в торгах (п. 13.5).

³⁴⁶ Правила биржевой торговли Закрытого акционерного общества «Санкт-Петербургская международная товарно-сырьевая биржа» (четвертая редакция). URL: http://s-pimex.ru/upload/documents/sections/documents/main/Main_rules.pdf.

Следует обратить внимание на то обстоятельство, что в юридических режимах, опирающихся на созданное государством позитивное торговое право и содержащиеся в нем предписания и запреты, обычно доминирует правоприменение как способ властно-принудительной реализации правовых норм, который осуществляется представителями публичной власти. Напротив, для юридических режимов, базирующихся на свойственном «негосударственному» праву дозволению, характерно преимущественное использование автономно-диспозитивных способов самореализации права, к которым, естественно, необходимо отнести договорные формы осуществления права. Именно это и наблюдается сейчас в сфере действия коммерческого права, где на фоне резкого сужения государственно-нормативного регулирования хозяйственной деятельности наблюдается повышение реальной регуливающей роли торговых обычаев, торговых обыкновений, унифицированных правил, сводов лучших практик и актов международной частноправовой унификации.

Использование основных форм фиксации юридической практики сообщества коммерсантов, в свою очередь, нуждается в правовых средствах обеспечения содержащихся в них правил поведения, которые опять формулируются в виде запретов, предписаний и дозволений. Роль таких средств, в принципе, могут исполнять два достаточно типичных способа регулирования поведения людей: положительное стимулирование и негативная ответственность, выраженная в исключении из объединения, отсутствии доверия к коммерсанту со стороны его партнеров. Так, например, кодекс KMPG Europe LLP обязателен для всех фирм – членов сети КМПГ и местного сообщества. Несоблюдение сотрудниками норм данного Кодекса или соответствующих дополнительных правил и процедур фирмы (также являющихся формой обычного правила), может отрицательно сказаться на оценке результатов их работы и привести к дисциплинарному взысканию со стороны фирмы³⁴⁷. Именно они, взятые вместе, призваны обеспечить реализацию субъектами права их прав и обязанностей и тем

³⁴⁷ KPMG. URL: http://www.kpmg.com/RU/en/about/Documents/GCOC_CIS_rus_1.pdf.

самым способствовать воплощению в реальной действительности тех моделей поведения, которые предусматривает позитивное право.

Следует обратить внимание на то, что механизм правового регулирования общественных отношений способен эффективно выполнять свою роль только в том случае, когда он, условно говоря, укомплектован всеми необходимыми элементами, в число которых входят а) правовые воздействия на субъектов права; б) правовые средства, обеспечивающие действие права; в) правовые средства реализации права; г) правовые средства обеспечения поведения субъектов права.

Приведенная классификация правовых средств имеет в качестве основания, по сути дела, стадии правового регулирования, среди которых принято выделять 1) стадию общего, неперсонифицированного воздействия права на участников общественных отношений; 2) стадию активной работы такого элемента правового регулирования, как правоотношение; 3) стадию реализации права; 4) стадию обеспечения реализации права³⁴⁸.

Для рыночной экономики, которая в большей мере основывается на механизмах саморегулирования хозяйственной, предпринимательской деятельности, характерно усиление роли правовых средств локального, группового и индивидуального характера, в чем можно и нужно видеть проявление рыночной свободы и объективную необходимость отказа государства от чрезмерно широкого использования негибких по самой своей природе централизованных средств общего и отраслевого значения, которые нехарактерны для рынка в целом. Развитие рыночной экономики вызывает необходимость отказа от использования этих авторитарных средств управления, а в более широком плане вызывает необходимость замены общегосударственного режима директивного управления экономико-социальной жизнью страны на более гибкий режим ее стимуляционно-нормативного регулирования и договорного саморегулирования. На теоретическое обоснование построения и эффективного

³⁴⁸ Теория государства и права : учебник для вузов / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. С. 274–275.

применения этого механизма как раз и следовало бы направить усилия юридической науки.

Представляется, что сегодня в рамках системы современного торгового права можно выделить тенденцию взаимопроникновения правового и неправового методов регулирования. В целом это приводит к повышению эффективности системы за счет роста числа норм, а как следствие, уменьшения числа пробелов, повышения степени мобильности регулятивных механизмов, появления комбинированных механизмов регулирования и пр. Как следствие, именно в сфере торговли процессы унификации, гармонизации, адаптации приносят наиболее ощутимые результаты.

3.2. Действие правил негосударственного регулирования торговой деятельности

В изначальных формах проявления проблема действия права в практическом аспекте находит отражение на довольно ранних этапах развития человеческой цивилизации³⁴⁹. Уже в период зарождения государственности право использовалось как мощный инструмент управления обществом. Вместе с законом возникали органы, призванные обеспечивать его исполнение.

Принципиально важно обратить внимание на два момента. Во-первых, уже древние государства официальное общеобязательное значение придавали лишь устоявшимся, апробированным жизнью, то есть реально действующим обычаям сообщества коммерсантов; во-вторых, удостоверяемые государственной властью нормы закона снабжались достаточно добротными (с точки зрения условий того времени) юридическими механизмами. Несмотря на их чрезмерную жесткость, сам подход характеризовал стремление государства обеспечить действенный характер принимаемых установлений³⁵⁰.

³⁴⁹ Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права. М., 1995. С. 3

³⁵⁰ Карташов В. Н. Типология профессиональной юридической деятельности // Вопросы теории государства и права. Вып. 9. Саратов, 1991. С. 92–101.

Формально-догматический подход к праву (как к некоторой совокупности государственных установлений) закрывал доступ к исследованию тех его сторон, которые связывают право с жизнью, отражают его действующий, преобразующий характер. Разумеется, представители этого направления осознавали, что главное предназначение права, образно говоря, – действовать. Именно в догматической юриспруденции активно разрабатывалась проблема правовой политики, представляемая системой тактических способов, приемов, обеспечивающих осуществление права³⁵¹.

Ближе к изучению проблемы действующего права подошли представители социологического направления. С. А. Муромцев справедливо считал, что «ни теория, ни история права не должны подменяться описанием текстов законов. Социологическая история права, по его мнению, призвана показать возникновение и развитие права в его конкретной действительности»³⁵². Принципиально важным представляется то, что С. А. Муромцев обосновал значимость для юридической науки исследования действий. «Потребности, – отмечал он, – удовлетворяются действиями, потому действия представляют интерес и цену»³⁵³.

В работах О. В. Тарановского справедливо обращается внимание на то, что «вопрос об осуществлении права либо вовсе упускается из виду в общем учении о праве, либо рассматривается в чересчур узких пределах, чаще всего с точки зрения анализа судебных решений или же применительно к рассмотрению частных споров о праве»³⁵⁴. На этом основании сделан вывод о том, что только незначительная часть юридических отношений доходит до суда, а значительная часть правового оборота совершается путем внесудебного осуществления права, что если бы большая часть юридических отношений сопровождалась спором, требованиями судебных решений, право не исполнило бы своей функции, и общественная жизнь испытывала непрестанные потрясения. Так, например, по

³⁵¹ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М, 1912. Вып. 4. С. 800.

³⁵² Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 149–153.

³⁵³ Там же. С. 122.

³⁵⁴ Тарановский О. В. Учебник по энциклопедии права. Юрьев, 1917. С. 262.

договору страхования суд сам определил, что в рамках обычаев делового оборота в рассматриваемой сфере единые договоры на оказание услуг между сервисными компаниями не заключаются. Фактически каждый конкретный случай обращения страхователя рассматривается отдельно. В случае подтверждения сервисной компанией (страховщиком) обращения страхователя по страховому случаю в выставленном медицинском центре инвойсе отражается вся необходимая информация, позволяющая определить объем оказанной услуги и ее стоимость, то есть все необходимые идентифицирующие услугу сведения³⁵⁵. Соответственно, отношения между сторонами на основе торгового обычая сложились и обычай действовал еще до возникновения спора.

Действие права – это обусловленное социально-экономическими условиями, потребностями и интересами людей свойство (способность) права в определенной среде оказывать информативное и ценностно-мотивационное воздействие на личность, общности людей и вследствие этого обеспечивать соответственно целям, принципам и предписаниям права правомерный характер их деятельности и поступков, достижение цивилизованными средствами фактических результатов и на этой основе способствовать утверждению реального господства права в общественных отношениях³⁵⁶. Так, действие субъекта права не может рассматриваться иначе как элемент, сторона правоотношения (правового общения), являющегося результатом и одновременно средством (гарантом) обеспечения его (действия) правомерности. Поэтому правовое действие в качестве компонента рассматриваемой категории представлено как правомерное поведение взаимодействующих партнеров или как взаимодействие сторон правоотношения – фактического или возникающего на основе конкретного правового предписания.

Особенность правил негосударственного регулирования торговой деятельности состоит в совпадении качеств, определяющих его действительность и действие, в этом его первая особенность. Еще в древних обществах господствовал

³⁵⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 17.06.2015 № Ф05-6741/2015 по делу № А40-1581/2014.

³⁵⁶ Гойман В. И. Действие права. М., 1992. С. 47.

принцип: если норма действует, значит, она действительна³⁵⁷. Недействующий или «плохо действующий» закон нашего времени, как бы к нему ни относились, продолжает быть правом вплоть до его официальной отмены, но обычай, который фактически перестает выполнять нормативные функции, не применяется в жизни, теряет качества права, утрачивает свою действительность. Обычай существует, пока он осуществляется, пока он действует. Его могут перестать применить и постепенно забыть, но не могут отменить. Действительность обычно-правовой нормы выражается в ее действии и, значит, требует своего непрерывного подтверждения (применения) участниками правового общения.

Так, в морском праве можно привести обычай, в соответствии с которым любое судно, терпящее бедствие, имеет право на так называемый вынужденный заход, то есть фактически, не получая формального разрешения, зайти в любой иностранный порт³⁵⁸. По мнению Д. Колумбоса, «ни один из портов не может быть когда-либо закрыт для иностранных судов, ищущих убежища от бури или вынужденных к заходу по причине бедствия. В обоснование своей позиции Д. Колумбос ссылается на судебный прецедент по делу судна «Элеанор» (The Eleanor), 1809 г. В связи с этим делом лорд Стоуэлл указал, что «действительные и непреодолимые бедствия должны служить во всякое время своего рода пропуском для людей на основе человеческих законов»³⁵⁹. Даже сегодня этот благородный обычай не закреплен ни в одном международном договоре, но не было еще случая, чтобы какое-либо государство отказало в вынужденном заходе, ведь в противном случае это явилось бы нарушением нормы международного морского права, воплощенной в этом обычае.

Суть подтверждения и переподтверждения обычая состоит опять-таки не в особых символических действиях и процедурах, а просто в самом действии по осуществлению, соблюдению и исполнению обычно-правовой нормы.

³⁵⁷ Рулан Н. Юридическая антропология. М., 2000. С. 78.

³⁵⁸ Колумбос Д. Международное морское право / Пер. с англ.; под ред. А. К. Жудро, М. И. Лазарева. М., 1975. С. 75.

³⁵⁹ Цит. по: Гуцуляк В. В. Источники права на примере морского права / Морское право. 2006. № 2. URL: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1238258>.

Вторая особенность действия негосударственных правил торговой деятельности связана непосредственно с процессом его применения. Право сообщества коммерсантов, как и современное торговое законодательство, является институционализированным, но в нем нет той *официальной формальности*, на которой держится нынешний закон.

Существование негосударственных правил регулирования торговой деятельности во времени является непрерывным. Она 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 типовые формы или торговое обыкновения 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, соответствующем новым условиям жизни социальной группы. Право сообщества коммерсантов всегда было захвачено потоком движения культуры, процессом обогащения культурных традиций. 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.³⁶⁰

Необходимо отметить, что на действие негосударственных регуляторов влияет юридическая сила отдельных способов его фиксации.

Как нам кажется, вопрос о соотношении юридической силы торговых обычаев и российских нормативных актов следует рассматривать с точки зрения

³⁶⁰ Дьяконова А. А. Обычай международной торговли в системе регулирования внешнеэкономических сделок. Оренбург, 2014. С. 7.

толкования ГК РФ. Согласно п. 2 ст. 5 ГК РФ торговый обычай неприменим, если он противоречит обязательным для сторон положениям законодательства или договору, из чего следует его подчиненное относительно указанных регуляторов положение. Императивная норма (см. п. 1 ст. 422 ГК РФ), как наиболее жесткая, имеет безусловное преимущество над всеми прочими регуляторами (в том числе над всяким договором и торговым обычаем), а поскольку императивные нормы для сторон обязательны всегда (п. 1 ст. 422 ГК РФ), торговый обычай, противоречащий таким нормам, не применяется (см. п. 2 ст. 5 ГК РФ)³⁶¹. В то же время в случае наличия пробела в законодательстве применяется торговый обычай.

Диспозитивные нормы не являются для сторон обязательными и могут быть изменены (исключены) договором (см. абз. 2 п. 4 ст. 421 ГК РФ). Правило диспозитивной нормы становится обычным условием договора в случае его восприятия сторонами или существенным условием договора, если оно принимается ими в измененном виде (см. п. 4 ст. 421, п. 1 ст. 422 ГК РФ). Например, к числу обычных условий торговых договоров относятся срок и место исполнения, момент перехода права собственности, обязательства сторон по хранению и ремонту предмета договора. Цена договора, согласно ГК РФ, также должна быть отнесена к обычным договорным условиям, если в самом договоре она не была сторонами определена (ст. 424 ГК).

Так, в одном деле общество «Уральская торговая компания «Детский Мир», считало, что обычай делового оборота к применимым отношениям не сформирован, указывало, что к отношениям, регламентирующим размер неустойки по договору, необходимо применять норму ст. 6 Гражданского кодекса Российской Федерации, а спорные отношения нужно регулировать на основании аналогии гражданского законодательства с учетом смысла ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации, а также требований добросовестности и справедливости. Однако суд отклонил довод общества о неприменимости торгового обычая. «Исследовав представленные материалы дела – договоры

³⁶¹ Плахин А. А. Торговые обычаи и деловые обыкновения. Практика и проблемы квалификации // Законодательство. 2007. № 3. С.16–20.

купли-продажи от 12.08.2014 № 1345, от 12.08.2014 № 1347, учитывая положения п. 1 ст. 330, ст. 331, 332 Гражданского кодекса Российской Федерации, а также то, что Федеральным законом от 22.07.2008 № 159-ФЗ ответственность за просрочку внесения денежных средств не предусмотрена, суды установили, что в рассматриваемом случае имеет место договорная неустойка, размер которой определяется сторонами в каждом конкретном случае, а также наличие в г. Екатеринбурге обычая делового оборота в виде подписания договоров купли-продажи объектов муниципального нежилого фонда, на территории муниципального образования «город Екатеринбург», с условием о рассрочке платежа с размером ответственности в виде неустойки 0,5 % от неоплаченной суммы долга, и принимая во внимание отсутствие в материалах дела доказательств чрезмерности установленного в договоре размера неустойки (ст. 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации), пришли к обоснованному выводу о том, что размер ответственности, установленный ответчиком в спорном договоре, соответствует обычно применяемым к таким договорам с иными покупателями муниципального имущества, заключаемых на равных условиях...»³⁶². Действительно, в данном деле суд признал существование обычной неустойки в виде 0,5 % от неоплаченной суммы долга в городе Екатеринбурге. Такая возможность следует из сходства отношений, складывающихся при уплате неустоек по договору купли-продажи объектов муниципального нежилого фонда на территории муниципального образования «город Екатеринбург». В то же время данный пример является уникальным и подлежит дальнейшему научному осмыслению.

Выделение обычных договорных условий оспаривается некоторыми авторами, полагающими, что в действительности они обладают признаками существенных, поскольку в отношении таких условий также необходимо в конечном счете достижение согласия сторон, без чего договор заключен не будет³⁶³. Однако при более внимательном подходе к этому вопросу очевидны

³⁶² Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 11.09.2015 № Ф09-6367/15 по делу № А60-50913/2014. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=AUR;n=165401>.

³⁶³ Микрюков В. А. Основы договорного права. М. : Статут, 2007. С. 67.

практически важные различия между названными группами условий и полезностью их разграничения. Существенные условия – это необходимый минимум для заключения договора. Случайных условий в договоре может и не быть. Особенность обычных условий состоит в том, что они не требуют согласования между участниками договора и приобретают правовое значение в силу факта его заключения, а по соглашению сторон могут быть вообще исключены из договора или заменены условиями случайными. Объединение всех договорных условий в рамках существенных игнорирует эти особенности отдельных условий договора и может порождать практические неясности.

Если соответствующий требованиям законодательства договор воспринимает существующий торговый обычай, правила последнего становятся обычными и обязательными для сторон условиями договора, которые в иерархии регуляторов общественных отношений занимают более высокое положение, чем торговый обычай (см. п. 5 ст. 421 ГК РФ)³⁶⁴. Так, например, в Апелляционном определении Ставропольского краевого суда от 19.01.2016 по делу № 33-162/2016 суд определил, что в обычаях (обычаях делового оборота), применяемых автосалонами при розничной торговле автотранспортными средствами, не предусмотрено, что автомобиль может быть передан покупателю (потребителю) без полной оплаты, без наложения залога или иных обременений. При этом автосалоны предлагают потребителю получить кредит в банке, если у покупателя нет достаточных средств для приобретения автомобиля. Тем более нельзя найти случая из области предпринимательской деятельности автосалонов, чтобы автомобиль был передан покупателю (потребителю) без оплаты, вместе с ПТС, без регистрации залога в ГИБДД, с отметкой об этом в ПТС, и при этом в заключенном договоре было предусмотрено, что автомобиль передается только

³⁶⁴ В силу положений ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами. В случаях когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой. Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями, применимыми к отношениям сторон.

после его 100 % предоплаты³⁶⁵. Как мы видим, обычное условие стало частью договора розничной купли-продажи. Следует согласиться с данной позицией. По нашему мнению, торговый обычай используется в обороте с целью упростить торговые процедуры и приспособить их к современным рыночным реалиям. Соответственно, данный обычай в розничной купле-продаже автомобилей является сложившимся в этой области, широко используемым, поэтому контрагенты обязаны его учитывать в договорной работе.

Если соответствующий требованиям законодательства договор регулирует отношения сторон иначе, чем торговый обычай (посредством установления собственного правила или восприятия диспозитивной нормы закона), принимаются во внимание данные условия договора, обязательность которых для сторон блокирует действие противоречащего им торгового обычая (см. п. 2 ст. 5 ГК РФ). Данное правило не вызывает критики в силу принципа «свободы договора».

Наконец, если соответствующий требованиям законодательства договор сам не регулирует отношения сторон и одновременно исключает действие существующего по данному поводу торгового обычая (теоретически можно допустить и такое), налицо заведомое создание сторонами пробела, попытаться устранить который можно только при помощи ст. 6 ГК РФ³⁶⁶. Таким образом, всякий торговый обычай – норма диспозитивная, поскольку может быть изменена (отменена) законодательством или договором. Формальный приоритет законодательства и договора над торговым обычаем закреплен в ряде правил закона. Так, согласно п. 2 ст. 5 ГК РФ «обычаи, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются». Согласно ст. 421 ГК РФ свобода определения условий договора ограничена только императивными нормами закона и иных правовых актов, ее не могут ограничивать диспозитивные нормы законодательства и уж тем более обычай (п. 4), который приходит на помощь

³⁶⁵ Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 19.01.2016 по делу № 33-162/2016. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SOJ;n=1419118>.

³⁶⁶ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 04.02.2016 № 15АП-21494/2015 по делу № А32-20605/2015.

договору, только если соответствующее условие не определено сторонами и диспозитивной нормой (п. 5). Наконец, в силу ст. 309 ГК РФ «обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов» и только «при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями».

Приоритет императивных правил законодательства и условий договора над торговыми обычаями никогда не вызывал сомнений; этого, однако, нельзя утверждать в отношении диспозитивных правил³⁶⁷. Если до принятия ГК РФ отдельные авторы ратовали за безусловный примат торгового обычая над диспозитивной нормой закона, то теперь они указывают на то, что правило п. 5 ст. 421 ГК РФ испытывает ограничения. И это на самом деле так³⁶⁸. В иерархии регуляторов гражданско-правовых отношений свободу договора ограничивают только императивные нормы, диспозитивные же сами могут испытывать влияние со стороны закона, иных правовых актов, договора, а также торговых обычаев (см. ст. 311, 312, 314-316, 438, 452, 459, 508, 510, 724 ГК РФ)³⁶⁹. Поэтому единая категория торгового обычая представлена двумя его разновидностями: торговыми обычаями «в дополнение к закону» (общее правило) и «против закона» (исключение, при котором торговый обычай изменяет диспозитивную норму закона). Вот почему законодатель помимо применения торгового обычая в ст. 5 ГК РФ в целом ряде случаев упоминает о них в специальном контексте, имея в виду эту – последнюю – их разновидность.

³⁶⁷ В частности, профессор Санкт-Петербургского университета, а позднее сенатор П. П. Цитович отмечал, что существуют три источника торгового права «и в таком порядке их применения: торговый закон, торговый обычай, гражданский закон. Торговый обычай отступает перед торговым законом, безусловным и диспозитивным; он действует лишь в дополнение торгового закона. Но перед торговым обычаем отступает гражданский диспозитивный закон; его отставляет торговый обычай» (Цитович П. П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 75).

³⁶⁸ Розенберг М. Г. Международная купля-продажа товаров. М., 1995. С. 32 ; Его же. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 1998. С. 16–17.

³⁶⁹ Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права // Обычай в праве : сборник. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 8, 23 ; Поротиков А. И. Обычай в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 9, 22–23.

Некоторые авторы, не ставя такой подход современного законодателя под сомнение, вместе с тем подчеркивают в качестве общего правила приоритет правового обычая над диспозитивными правилами подзаконных актов, содержащих нормы права; другие же, напротив, сомневаясь в его правильности, считают необходимым существование некоего общего «генерального» обычая (действующего во всех институтах в той мере, в какой они допускают диспозитивный метод регулирования)³⁷⁰ и его, по общему правилу, приоритет над диспозитивной нормой закона. Как нам кажется, необходимость закрепления общего торгового обычая зависит от решения вопроса о необходимости кодификации торгового права. Выделение в романо-германской правовой семье торгового обычая «кроме закона», по всей видимости, имеет связь с характерным для некоторых государств явлением дуализма частного права. Не стоит забывать и о рамочном санкционировании единым, гражданским законодательством и признании источником права всякого торгового обычая (ст. 5 ГК РФ), что само по себе обеспечивает единство нормативно-правового регулирования (взаимосвязь между нормами правовых актов и торговых обычаев) и направлено на преодоление в позитивном праве пробелов, с которыми, как видно, и связано существование обычаев «кроме закона»³⁷¹.

Тем самым, во-первых, торговый обычай имеет субсидиарное значение по отношению к норме закона (он применяется только в тех случаях, когда соответствующее предписание в законе отсутствует или оно недостаточно полно), и, во-вторых, торговый обычай носит диспозитивный характер (является диспозитивной нормой).

Торговые обычаи, таким образом, представляют для российского законодательства способ правового регулирования отношений сторон по торговым (включая международные коммерческие контракты), предпринимательским договорам и средство восполнения пробелов в традиционных регуляторах.

³⁷⁰ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 95.

³⁷¹ Ровный В. В. Обычай в частном праве. Иркутск, 2004.

Получается, что обычай торговли выступает своего рода «золотой серединой» в цепочке действий по отысканию компетентной для контрактных отношений нормы и обеспечивает сбалансированность процесса, универсальность, единообразие в регулировании торгового оборота и в конечном итоге также способствует разрешению правовых коллизий.

Деловые обыкновения находятся «ниже» в иерархии источников неписаного торгового права, так как торговый обычай, в отличие от обыкновения, имеет значение не только для сторон данного торгового договора, но и для всех других участников подобных договоров. С другой стороны, когда торговое обыкновение начинает применяться в качестве общего правила помимо действий сторон в соглашении, определенным сообществом в целом, оно трансформируется в обычную норму. Так, например, обыкновение, согласно которому «право банка на одностороннее изменение процентной ставки по кредиту, закрепленное в договоре, не означает, что сторона договора, уведомленная об изменении условий договора и не согласная с такими изменениями, не может доказать, что одностороннее изменение договорных условий нарушает разумный баланс прав и обязанностей сторон, противоречит устоявшимся деловым обыкновениям либо иным образом нарушает основополагающие частноправовые принципы разумности и добросовестности (п. 3 информационного письма Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 13.09.2011 № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре»)» перешло в банковский обычай и было многократно отражено в судебной практике³⁷².

Исследование негосударственных правил ставит перед нами 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, обыкновение или типовое правило в закон, тем

³⁷² Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 19.01.2016 № Ф09-10067/15 по делу № А60-13759/2015 <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=AUR;n=168494>.

самым стирает между ними имеющиеся рамки (границы). Для полноценного анализа данной проблемы и формулирования предложений о путях совершенствования российской системы источников права необходимо принимать во внимание зарубежный опыт. По справедливому замечанию Р. Давида, обоснованные выводы могут быть сделаны с полной ясностью, только если посмотреть на проблему со стороны, выйти за рамки собственной правовой системы³⁷³.

К необходимому условию социальной легитимации негосударственных правил можно отнести внутреннее убеждение, веру в социальное обязательство, возникающие в ответ на эффект полезности от правил, формирующихся в профессиональной среде. Это позволяет поддержать профессиональные правила, помогающие в конечном итоге избежать всему сообществу совокупных потерь от стратегического поведения, то есть следования обычным правилам. Например, в целях реализации положений статей 26.1 и 29 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» утвержден Федеральный стандарт деятельности саморегулируемых организаций арбитражных управляющих «Правила проведения саморегулируемой организацией арбитражных управляющих проверок профессиональной деятельности членов саморегулируемой организации в части соблюдения требований Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»³⁷⁴. Учитывая, что органы саморегулирования создаются влиятельными организациями – профессиональными участниками рынка, они способны быстрее законодателя реагировать на изменения, происходящие на практике в соответствующей сфере предпринимательской деятельности. Поэтому составленные с учетом сложившейся практики правила и стандарты, содержащиеся в актах таких организаций, в ряде случаев могут отражать уже сложившиеся правила

³⁷³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 325.

³⁷⁴ Об утверждении Федерального стандарта деятельности саморегулируемых организаций арбитражных управляющих «Правила проведения саморегулируемой организацией арбитражных управляющих проверок профессиональной деятельности членов саморегулируемой организации в части соблюдения требований Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», других федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, федеральных стандартов, стандартов и правил профессиональной деятельности : Приказ Минэкономразвития России от 03.07.2015 № 432.

сообщества коммерсантов. Таким образом, принятие правил саморегулируемых организаций можно рассматривать как форму социальной легитимации.

В зарубежной доктрине высказывались опасения о том, что произойдет, если участники сообщества не создадут правила для коллективного блага или возникнут ситуации многочисленных отклонений от соблюдения обычая. Об этом, в частности, писал М. Л. Стринс³⁷⁵. Как нам кажется, возможность стратегического отклонения от правил не стоит исключать, но оно не подрывает качества самого правила. Общее признание права сообщества коммерсантов, общий эффект полезности от него имеет первостепенное значение в данном случае. Смысл стратегии социальной легитимации, как нам кажется, состоит в максимизации выигрыша для каждого участника сообщества в случае объединения совместных усилий. Если же участники сообщества не смогли выработать правила для урегулирования будущего взаимодействия, то они все равно будут иметь преимущества при их разработке, так как они не обязаны соблюдать сложные и длительные законодательные процедуры при создании права сообщества коммерсантов, которые для них лежат в основе «живого права» профессиональных сообществ.

Помимо этого, социальная практика, развивающаяся в условиях конкуренции, соответственно, позволит выделить основные предпочтения и тенденции развития общества в целом без участия государства. Правила негосударственного регулирования торговой деятельности отражают то, что считается в обществе справедливым³⁷⁶, соответствующим конкретному социальному опыту и нравственным ценностям³⁷⁷. Соответственно, любой существующий способ фиксации юридической практики сообщества коммерсантов с позиции отношения к нему субъектов локальной общности, где он сформировался и применяется, является содержательно легитимным.

³⁷⁵ Stearns M. L. *Renaissance of new customary law*. Cambridge, 2001. С. 103.

³⁷⁶ Р. Давид замечает, что «естественно и даже необходимо учитывать обычное поведение людей, чтобы установить то, что объективно считается в обществе справедливым» (Давид Р. *Основные правовые системы современности*. М., 1999. С. 130).

³⁷⁷ Проблемы общей теории государства и права: учебник / Под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 2004. С. 240.

В нашем диссертационном исследовании мы выделяем следующие способы социальной легитимации негосударственных правил торговой деятельности:

– использование определенной практики проведения и фиксации результатов переговоров. Обычаи определяют содержание некоторых условий контрактов (чаще при наличии в контрактах неясностей и неточностей или отсутствии согласованного сторонами условия). Так, например, в одном деле суд указал, что отсутствие отметки в договоре о наличии протокола разногласий является торговым обычаем³⁷⁸. Помимо этого, необходимо отметить, что типичные для германского и французского права требования честности и добросовестности (лояльности) участников договорного процесса в отношении контрагента и серьезности их намерений при заключении договоров, предусматривающие взаимную ответственность за вину при переговорах, основывается не столько на позитивном праве, сколько на обычных нормах³⁷⁹. МКАС констатирует, что при отсутствии в тексте договора определенных условий в случае возникновения спора используются торговые обычаи. Например, термин «выставление счета» не содержится в нормах применимого к договору права и понимается исходя из торгового обычая³⁸⁰;

– создание особых правил и стандартов поведения для участников профессиональных организаций с учетом обобщения практического опыта различных профессиональных сообществ. Предполагается, что участники профессионального взаимодействия будут использовать те нормы и правила, которые экономически выгодны;

– общественное воздействие участников интернет-сообщества друг на друга. Данный способ социальной легитимации может быть проиллюстрирован на следующем примере. В деле по иску ВГТРК к «ВКонтакте» за нарушение авторских прав на фильм «Охота на пиранию», вышестоящий суд отменил решение суда апелляционной инстанции, которым социальная сеть «ВКонтакте»

³⁷⁸ Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 21.05.2015 № 07АП-12948/2014, 07АП-12948/2014(3) по делу № А03-11061/2014.

³⁷⁹ См.: Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 46–57.

³⁸⁰ Решение МКАС при ТПП РФ от 20.10.2014 по делу № 18/2013.

была привлечена к ответственности, и ответчика обязали выплатить компенсацию³⁸¹. По общему правилу пользователь «ВКонтакте» считается добросовестным и не нарушающим закон, пока правообладатель не уведомил «ВКонтакте» о факте нарушения. Исходя из указанной презумпции добросовестности, суд счел, что Правила социальной сети «ВКонтакте», регулирующие в том числе вопросы авторских прав и предусматривающие требования к размещаемому пользователями контенту, являются подтверждением достаточной заботливости и осмотрительности со стороны «ВКонтакте». По нашему мнению (совпадающему с позицией признанных специалистов по вопросам развития Интернета³⁸²), в сфере использования Интернета, сейчас особое значение приобретают так называемые смешанные источники регулирования. Упомянутые Правила фактически превратились в обычаи делового оборота и являются, своего рода нормами сетевого этикета («кибернормами»). Естественно, они не обеспечены механизмом государственного принуждения, но речь об их «легализации» небезосновательна. Так, развиваясь, «кибернормы» способны легитимизироваться.

Необходимо отметить, что так называемое виртуальное сообщество не представляет собой какого-то особого субъекта и состоит из пользователей, то есть образовано в конечном счете людьми, теми же, которые входят в сообщества или группы (скажем, профессиональные или по интересам) в привычном для нас «социальном пространстве». В то же время утверждать, что отношения, складывающиеся внутри такого сообщества и образующие его каркас, полностью идентичны традиционным, было бы преждевременным. Поэтому вполне очевидно, что пользователи в той или иной мере переносят общепринятые социальные нормы на коммуникации внутри сети и закрепляют данные нормы и правила с помощью правового обычая. Тем самым данный обычай становится все более активным участником социальной регуляции в современном мире;

³⁸¹ Дело по иску ФГУП «Всероссийская государственная телевизионная и радиовещательная компания» к ООО «ВКонтакте». URL: <http://www.media-pravo.info/case/972>.

³⁸² Якушев М. В., Войниканис Е. А. Информация. Собственность. Интернет. Традиция и новеллы в современном праве. URL.: <http://coollib.net/b/151621/read>.

– одобрение отдельным сообществом использования обычаев, например, сложившихся на основе многолетней практики работы порта. Данное утверждение об использовании морских обычаев в виде свода обычных правил подтверждается судебными инстанциями: «Суд первой инстанции правомерно оценил правовую природу свода обычаев Морского торгового порта Туапсе как обычай делового оборота, являющийся, по смыслу пункта 1 статьи 5 ГК РФ, источником гражданского права, подлежащие применению к спорным правоотношениям. Данный вывод суда первой инстанции сторонами не оспаривается...»³⁸³. На основе этого примера можно говорить о том, что обычная норма сформировалась и не требует дополнительного санкционирования. Суд в данном случае лишь подтверждает наличие сложившихся обычаев. Обычай в морском праве тем самым является ярким примером отсутствия необходимости государственного санкционирования нормы для ее применения в отношениях между сторонами.

Таким образом, мы видим, что необходимость в государственном санкционировании обычаев в настоящий момент отпала. Как нам кажется, это связано с более широкой сферой регулирования обычая как регулятора правил поведения. Обычай регулирует практически все сферы общественной жизни, а правовые нормы напротив – только наиболее важные (собственность, труд, безопасность и т. д.). Благодаря такой своей функции, обычное правило часто используется на практике и учитывается без необходимости закрепления его в нормативных правовых актах.

В современных условиях отпала необходимость прямого санкционирования каждого торгового обычая. Общее дозволение на использование торговых обычаев как регуляторов торговых отношений в ст. 5 ГК РФ достаточно для того, чтобы конкретные обычаи санкционировались профессиональными сообществами коммерсантов, саморегулируемых организаций с учетом опыта обобщения практической деятельности.

³⁸³ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.02.2011 № 15АП-14964/2010 по делу № А32-16827/2010.

3.3. Систематизация и учет правил негосударственного регулирования торговой деятельности при формировании позитивного коммерческого права

Термин «систематизировать» означает привести в систему, навести определенный порядок³⁸⁴. Систематизация – это деятельность, направленная на упорядочение и приведение действующих юридических документов в единую, согласованную систему. В юридической науке споров относительно понимания систематизации права практически нет. Так, например, Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА)³⁸⁵ являются недирективной формой систематизации в виде кодификации общей части закона международных коммерческих контрактов³⁸⁶. Они были подготовлены группой независимых экспертов из всех основных правовых систем. Данная группа была создана Международным институтом унификации частного права (UNIDROIT). Как таковые Принципы не имеют силы права, и, помимо их более широкого охвата, единственное различие в отношении других широко используемых на международном уровне инструментов «мягкого права», таких как ИНКОТЕРМС или Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, состоит в том, что они были созданы под руководством межправительственной организации. Также данные Принципы упрощают процедуры ведения бизнеса, что подтверждается общими положениями Принципов Унидруа, которые относятся к образцам и примерным формам для договоров международной купли-продажи³⁸⁷.

Существенный недостаток негосударственных правил торговой деятельности – это их казуистичность, свойственная обычаям и обыкновениям, отсутствие оснований для систематизации тех или иных условий типовых договоров. Помимо этого, праву сообщества коммерсантов необходимо длительное время для формирования и закрепления соответствующей формы

³⁸⁴ Ушаков Д. Н. Толковый словарь М. : Астрель; Аст, 2000. С. 78.

³⁸⁵ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А. С. Комарова. М., 2013.

³⁸⁶ См.: Николукин С. В. Систематизация и стандартизация международных торговых обычаев (на примере ИНКОТЕРМС-2010) // Юрист. 2013. № 6. С. 12–17.

³⁸⁷ См. об этом: Канашевский В. А. Концепция «Lex mercatoria» в международном частном праве // Российский ежегодник международного права. СПб, 2007. С. 89.

фиксации юридической практики. Поэтому вполне логично, что именно это обстоятельство заставляет задуматься о возможности замены процесса стихийного формирования правил торгового оборота их целенаправленным созданием.

Задачами по систематизации правил негосударственного регулирования торговой деятельности являются: 1) создание единообразных правил, предлагающих универсальное регулирование; 2) установление сбалансированного свода норм, предназначенных для использования коммерсантами независимо от правовых традиций; 3) содействие развитию сотрудничества в сфере предпринимательства, содействие между предпринимателями (их союзами и ассоциациями), торговыми предприятиями; 4) повышение уровня соблюдения таких механизмов, как корпоративная культура и договорная дисциплина, развитие преддоговорного регулирования, принципа сотрудничества, а также положений по разрешению споров; 5) определение динамики развития тех областей деятельности, где еще нет структурированного законодательства – кодификация биржи; электронной торговли и др.; 6) уменьшение расходов по сделкам (транзакционных издержек); 7) установление точного содержания и четкое формулирование уже издавна действующих (обычных или договорно-правовых) принципов и норм международного права в той или иной сфере отношений между государствами; 8) изменение или пересмотр устаревших норм.

Для удобства использования любых регуляторов их необходимо систематизировать.

Систематизация негосударственных правил торговой деятельности представляет собой деятельность по упорядочению правил (нормативных, интерпретационных, правоприменительных, судебных и т. д.), взятую в единстве с накопленным правовым опытом³⁸⁸. Думается, систематизация практики сообщества коммерсантов представляет собой особую разновидность систематизации практической деятельности, имеющую свою цель,

³⁸⁸ Баранов В. М., Рахманина Т. Н. Систематизация нормативно-правовых актов. Н. Новгород, 2000. С. 11.

(использование хозяйственного и исторического опыта ведения торговых дел для образования особенной профессиональной среды с системой гибких регуляторов и правил, способных учитывать специфику определенной деятельности³⁸⁹), специальный инструментарий для ее достижения и особенную общность, установленную и регулируемую за счет специальных актов саморегулирования.

Издание в систематизированном виде форм фиксации права сообщества коммерсантов в каком-либо сборнике было распространено в дореволюционной Российской империи (К. Я. Загорский «Торговые обычаи и биржевые правила» (1893), А. С. Невзоров «Свод торговых обычаев и правил русских бирж» (1900)³⁹⁰, С. В. Пахман «Обычное гражданское право в России (юридические очерки)» (1877–1879)). В настоящее время имеются унификации права сообщества коммерсантов, произведенные на международном уровне: Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс», опубликованные Международной торговой палатой в 2010 г.³⁹¹; Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, опубликованные Международной торговой палатой в 2006 г.³⁹² и др. Также можно заметить, что национальные торгово-промышленные палаты занимаются изучением существующих обычаев и публикуют их для сведения заинтересованных лиц³⁹³. Так, например, Уральская Торгово-промышленная палата зафиксировала обычай скреплять (сшивать)

³⁸⁹ По верному замечанию И. В. Цветкова, «любой индивид стремится максимизировать получаемые им личные выгоды (в первую очередь – денежные) и минимизировать денежные и иные затраты» (Цветков И. В. Договорная дисциплина в предпринимательской деятельности : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 30).

³⁹⁰ Загорский К. Я. Торговые обычаи и биржевые правила как один из элементов организации хлебной торговли // Журнал гражданского и уголовного права. 1893. Год двадцать третий. Книга пятая, Май. С. 121–122.

³⁹¹ Комментарий к Международным правилам толкования торговых терминов «Инкотермс 2010» / Под ред. Л. Н. Галенской. Использован текст, содержащийся в СПС Гарант.

³⁹² Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Публикация ИСС № 600. М., 2011.

³⁹³ О порядке свидетельствования Торгово-промышленной палатой Российской Федерации обычаев морских портов в Российской Федерации : положение, утв. постановлением Правления ТПП РФ от 24.12.2009 № 67-7) ; Решение МКАС при ТПП РФ от 20.10.2014 по делу № 18/2013. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=428679>.

многостраничные договоры или обязанность подписывать каждый лист договора представителем стороны³⁹⁴.

Работа по систематизации обычаев – это не одноразовая деятельность. Она должна иметь постоянный характер. В литературе указывается на отсутствие у суда четких ориентиров в применении торговых обычаев при разрешении дел и необходимость систематизации обычаев и торговых обыкновений³⁹⁵.

Существуют три основные формы систематизации норм: инкорпорация, консолидация, кодификация³⁹⁶.

Инкорпорация негосударственных правил торговой деятельности представляет собой внешнюю обработку или объединение в сборники и собрания действующих правил, регулирующих определенную сферу торговой деятельности, в определенном порядке без изменения их содержания по существу. Инкорпорация как способ систематизации применялся в дореволюционном торговом праве. В настоящее время почти не используется, так как юридический статус и содержание инкорпорированных правил не изменяется, в связи с чем данная форма систематизации юридической практики права коммерсантов является несогласованной и неудобной в использовании.

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

³⁹⁴ Уральская торгово-промышленная палата и УрГЭУ подписали соглашение о сотрудничестве. URL: <http://tpprf.ru/ru/news/regional/120334/>.

³⁹⁵ Там же.

³⁹⁶ См.: Керимов Д. Л. Культура и техника законотворчества. М., 2001. С. 191 ; Вилкова Н. Г. Методы унификации права международных коммерческих контрактов // Государство и право. 1998. № 7. С. 73

договоры, как правило, оформляются на основании типовых форм, разработанных Ассоциацией участников рынка займов (Loan Market Association, LMA)³⁹⁷.

В зарубежных странах на типовых условиях в различных отраслях заключается от 50 до 100 % всех торговых договоров³⁹⁸. Уже в середине XIX в. появились первые судебные решения, касающиеся проблематики типовых условий³⁹⁹. С конца XIX в. договоры на типовых условиях являются предметом специального научного изучения в зарубежной юридической литературе⁴⁰⁰. В некоторых странах в этой сфере изданы специальные законы, касающиеся прежде всего защиты прав потребителей, а в ряде случаев – и участников коммерческого оборота⁴⁰¹. Актуальность данных типовых договоров как формы фиксации юридической практики сообщества коммерсантов объясняется, с одной стороны, ростом значения типовых условий при регулировании отношений между коммерсантами в Российской Федерации и, с другой стороны, в частности, ст. 427 ГК РФ о примерных условиях договора и ст. 428 ГК РФ о договоре присоединения. К сожалению, регулирование, предусмотренное в этих статьях, имеет некоторые недостатки, вызванные тем, что не была учтена комплексность проблемы типовых условий. Практические сложности при использовании типовых условий в России возникают у банков, страховых компаний, крупных производителей, многих других коммерческих организаций, заключающих массовые договоры в коммерческом обороте, и у их контрагентов⁴⁰².

³⁹⁷ LMA была создана в декабре 1996 г. и на настоящий момент объединяет все ведущие банки, международные юридические фирмы и иных профессиональных участников, действующих на лондонском рынке синдицированного кредитования. Цель деятельности LMA – выявление стандартов рыночной практики оформления сделок по синдицированному кредитованию и их закрепление в унифицированной документации синдицированных кредитных договоров для снижения транзакционных издержек на их согласование и повышения ликвидности синдицированных кредитов на вторичном рынке. URL: <http://www.lma.eu.com/>

³⁹⁸ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000.

³⁹⁹ Там же. С. 19.

⁴⁰⁰ Tillotson J. Contract Law in Perspective. 3ed. London, 1995. P. 89.

⁴⁰¹ Этот термин используется в ГК Нидерландов, где в ст. 6:33 lb дается его определение, в Германии («Verwandler») и в законодательстве других государств.

⁴⁰² Использование стандартных условий не урегулировано в достаточной степени действующим законодательством. Теоретические и практические сложности возникают при решении вопросов, связанных с включением стандартных условий в содержание договора, их изменением, толкованием, использованием в коммерческом обороте несправедливых стандартных условий. (См.: Правовое регулирование стандартных условий в торговом обороте по российскому праву // Юрист. 2000. № 1. С. 11).

Проблемы, связанные с типовыми условиями, не урегулированы в достаточной степени действующим российским законодательством. В связи с этим современное торговое право нуждается в специальных нормах о стандартных условиях договоров. Правовое регулирование типовых условий может быть предметом международной унификации⁴⁰³.

Консолидация негосударственных правил 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.⁴⁰⁴ Так, например, на сайте Ассоциации юристов и правове­дов стран СНГ⁴⁰⁵, есть целый перечень типовых документов и проформ, которые разработаны специально для участников ее ассоциации, в частности, в области перевозки, имущественного страхования и т. д. В ходе консолидации не происходит какого-либо изменения содержания обычных норм или стандартных правил – они механически соединяются в один текст. Консолидация выступает лишь как технический прием при подготовке нового сводного акта.

Кодификация негосударственных правил торговой деятельности представляет собой деятельность по созданию нового, сводного, внутренне согласованного и юридически цельного кодекса правил негосударственного регулирования торговой деятельности, осуществляемую с целью привести данные правила в логическую, когерентную структуру и отразить текущее состояние права коммерсантов путем сбора и организации существующих правил, глубокой

⁴⁰³ Эбзеев Б. Б. Гражданский оборот: понятие и юридическая природа // Государство и право. 1999. № 2. С. 38.

⁴⁰⁴ См.: Давыдова М. А. Роль учета и систематизации нормативно-правовых актов в обеспечении их правового качества // Академический юридический журнал. 2007. № 2 (28). С. 43 ; Систематизация законодательства как способ его развития / Отв. ред. В. А. Сивицкий. М., 2010. С. 14–16.

⁴⁰⁵ Ассоциация юристов и правове­дов стран СНГ. URL: <http://www.docme.ru/doc/650413/--associaciya-yuristov-i-pravovedov-stran-sng>.

и всесторонней переработки обычных норм и унифицированных правил, использования или заимствования обычно-правовых норм и типовых форм из актов международной частноправовой унификации, допущения автономного функционирования элементов обычного права и правил сводов лучших практик.

Термин «кодификация» был введен в начале XIX в. апологетом позитивистской концепции кодекса Дж. Бентамом⁴⁰⁶. Для русской дореволюционной теории права и цивилистики наиболее характерно использование термина «кодификация» в значении одного из видов систематизации права. Г. Ф. Шершеневич рассматривал кодификацию в сопоставлении с инкорпорацией. Под инкорпорацией он понимал обработку законодательства, направленную на приведение действующих законов в систему без всяких изменений по существу, на изменение лишь формы законодательства, а не его содержания. Кодификация, напротив, определялась им как систематизация законодательства путем согласования содержания законов с потребностями времени и друг с другом на началах единства положенных в основу принципов. Отличительной чертой кодификации в сравнении с инкорпорацией ученый называл «наполнение законодательства новым содержанием» путем замены старых законов новыми, восполнения прежних пробелов, устранения накопившихся противоречий⁴⁰⁷. Российский ученый А. Л. Маковский указывает на три возможных значения понятия: 1) процесс работ по кодификации права; 2) результат этих работ, то есть как синоним слова «кодекс»; 3) общая характеристика значительного этапа законопроектных работ, завершившихся созданием кодекса⁴⁰⁸.

Кодификация, в отличие от иных форм систематизации, направлена на коренную переработку обычных правил, правил сводов лучших практик, унифицированных правил, их упорядочение, устранение противоречий и несогласованности между отдельными обычно-правовыми нормами

⁴⁰⁶ Кабрияк Р. Кодификации / Пер. с фр. Л. В. Головки. М., 2007. С. 104–105.

⁴⁰⁷ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Вып. 2. М., 1911. С. 420–422. См. также: Тарановский Ф. В. Энциклопедия права. 3-е изд. СПб., 2001. С. 467; Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 360–361.

⁴⁰⁸ Маковский А. Л. Кодификация гражданского права (1922–2006). М., 2010. СПС Консультант Плюс.

и унифицированными формами, ликвидацию пробелов в системе источников торгового права, повторений и устаревших правовых предписаний.

Любая кодификация начинается с выбора способа сбора материала. Обычно выделяют два способа кодификации, которые противостоят друг другу: кодификация-компиляция, то есть простое собирание обычаев и их приведение в определенную форму, и кодификация-реформа, в ходе которой в собранные нормы вносятся более или менее значительные изменения⁴⁰⁹. Выбор метода кодификации зависит от того, по чьей инициативе кодификация проводится⁴¹⁰. Если это деятельность субъектов, не имеющих на это специальных полномочий (юристов – ученых и практиков, различного рода организаций – государственных, научно-исследовательских, образовательных, издательских, информационных), направленная на составление различных сборников упорядоченного законодательства, обеспечивающих личные и корпоративные (ведомственные) интересы, не имеющих нормативного значения, но способствующих совершенствованию правотворческой и правоприменительной практики, то данная кодификация является «неофициальной» кодификацией. Современная доктрина нередко связывает будущее развитие кодификационного процесса с неофициальной кодификацией. Так, например, в большинстве стран англосаксонской системы права отсутствуют официальные кодифицированные акты о МЧП, поэтому наиболее значимое место в регулировании гражданско-правовых отношений с иностранным элементом занимают именно частные кодификации. Широкой популярностью пользуется работа «Дайси и Моррис о коллизионном праве», в которой кодифицированы прецеденты в области коллизий права Великобритании⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Кабрияк Р. Кодификации / Пер. с фр. Л. В. Головки. М., 2007. С. 289.

⁴¹⁰ На формирование структуры кодифицированного акта оказывает существенное влияние выбор формы кодификации (в широком или узком смысле, длительная или одномоментная). Кодификация в широком смысле, преследуя цель упорядочения законодательства без внесения существенных изменений в его суть, обеспечивает, как правило, преемственность структуры. Особенно это прослеживается в случае проведения длительной кодификации (См.: Барсукова В. Н. Технология структурирования кодифицированных актов Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010).

⁴¹¹ См., напр.: Богуславский М. М. Международное частное право. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 67.

Инициатива кодификации негосударственных регуляторов принадлежит ряду крупных организаций, целью которых является унификация, стандартизация условий торгового оборота. Эти организации могут быть международными (ЮНСИТРАЛ), региональными (ЕС), неправительственными (МТП). К. Шмитгофф относит к числу документов, вырабатываемых в ходе стандартизации, следующие правила: во-первых, единообразные правила общего характера; во-вторых, проформы договоров, «относящиеся к определенным торговым сделкам и применяемые обычно самими сторонами договора»; в-третьих, «общие условия торговых сделок, разрабатываемые индивидуальными экспортерами»⁴¹². Как мы видим, сложилась ситуация, когда участники торгового оборота непосредственно либо через создаваемые организации целенаправленно воздействуют на создание правил делового оборота. Особенного успеха эта деятельность достигла в сфере международной коммерческой практики.

В качестве сводов единообразных правил рассматриваются, в первую очередь, публикации такой влиятельной организации, как Международная торговая палата. Среди них Международные правила толкования торговых терминов Инкотермс, Унифицированные обычаи и практика для документарных аккредитивов⁴¹³, Унифицированные правила по инкассо⁴¹⁴, Унифицированные правила по договорным гарантиям⁴¹⁵, гарантиям по первому требованию⁴¹⁶ и другие документы. К этой же группе относятся Йорк-Антверпенские правила по общей аварии Международного морского комитета⁴¹⁷.

Необходимо отметить, что, будучи общепризнанными правилами поведения, формы фиксации юридической практики сообщества коммерсантов существуют сами по себе, независимо от каких-либо кодификаций, как установившийся фактический порядок действий. И внешней формой выражения, и способом существования, и основанием юридической силы юридической практики

⁴¹² Шмитгофф К. М. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 46.

⁴¹³ Публикация МТП № 600. 2007.

⁴¹⁴ Публикация МТП № 522. 1996.

⁴¹⁵ Публикация МТП № 325. 1985.

⁴¹⁶ Публикация МТП № 458. 1992.

⁴¹⁷ Международное частное право. Современные проблемы / Отв. ред. М. М. Богуславский. М., 1994. Т. 2. С. 405.

сообщества коммерсантов является само единообразное устойчивое поведение сторон, сложившееся в результате многократного повторения одних и тех же моделей, стереотипов деятельности. Кодификация права сообщества коммерсантов облегчает лишь процесс установления их точного содержания, но ничего не прибавляет им, как и не убавляет в смысле юридической обязательности.

Кодификация, в отличие от иных форм систематизации, направлена на установление новых норм, отражающих назревшие потребности общественной практики, восполняющих пробелы и заменяющих устаревшие правовые предписания новыми.

Обычаи торговли, электронной коммерции и конкуренции в России требуют обобщения и унификации, поскольку они приобретают всеобщность и длительность их применения возрастает. Так, например, на необходимость использования обычаев ссылаются многие законодательные акты, но в то же время до сих пор непонятны способы и формы их фиксации. Между тем на практике подобные правила поведения широко применяются и за рамками торговли, например, в отношениях, связанных с определением гражданами порядка пользования общим имуществом (см. ст. 247 ГК РФ). Федеральный закон «Об электронной подписи» (п. 3 ст. 6)⁴¹⁸ устанавливает возможность обычного применения электронной подписи. Также и акт недобросовестной конкуренции может пониматься как деяние, отклоняющееся от обычного правила (ст. 14 Федерального закона «О защите конкуренции»⁴¹⁹). В ст. 9 Федерального закона «О валютном регулировании и валютном контроле»⁴²⁰ определяются документы, фиксирующие хозяйственные операции в рамках процедуры бухучета и в соответствии с правилами обычного права.

При этом речь идет не о какой-то механической констатации стихийно сложившихся обычаев. Унификация обычаев предполагает их систематизацию, упорядочение сложившихся правил, предоставление их совокупности внутренне согласованного характера, в результате чего разрозненные обычаи неизбежно

⁴¹⁸ Федеральный закон от 06 апреля 2011 г. № 63-ФЗ.

⁴¹⁹ Федеральный закон от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ.

⁴²⁰ Федеральный закон 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ.

будут претерпевать соответствующую переработку и трансформируются в определенной степени в качественно иное образование, будучи сведенными в единое целое. Это необходимо и для активного влияния на существующую практику, для ее модификации с учетом баланса интересов участников делового оборота. Таким образом, целью кодификационных работ становится устранение правовой неопределенности среди источников торгового права.

С другой стороны, у истоков кодификации, проведенной неофициально, без участия законодательных органов, находится чья-либо индивидуальная инициатива. Поэтому наша кодификация будет стремиться к «непрерывной компиляции»⁴²¹, то есть устранению пробелов в законодательном регулировании с помощью создания действующей стройной системы норм.

Несмотря на то что данный вид кодификации предполагает исключительно добрую волю практиков на применение обычных норм, наше исследование способствует созданию условий для выхода из кризиса источников права, обусловленного наличием разрозненного массива нормативных актов, положит начало новому развитию обычаев во многих сферах.

В связи с этим нуждается в осмыслении идея по разработке «Всеобщего кодекса торговых обычаев». Так, например, в 1861 г. в Германии был издан «Всеобщий немецкий торговый кодекс», установивший общие правила товарного обращения на территории страны. Всеобщий немецкий торговый кодекс сыграл выдающуюся роль в развитии торгово-хозяйственных связей; стал мощным инструментом консолидации страны⁴²². Опыт Германии оказал существенное влияние на многие европейские страны, где наряду с гражданскими были приняты самостоятельные торговые кодексы⁴²³.

⁴²¹ Кабрияк Р. Кодификации / Пер. с фр. Л. В. Головки. М., 2007. С. 127.

⁴²² Зильфугарзаде Т. Э. Правовое регулирование внешнеторговых контрактов: учеб.-практ. пособие. М.: Изд-во «ИРЦСО», 2008. С. 78

⁴²³ Rehme P. Historia universal del Derecho mercantil. Madrid, 1941. P. 65–86; Sidney Smith R. Historia de los Con-sulados de Mar (1250–1700). Barcelona, 1978. P. 66; Sanches Calero F. Instituciones de Derecho mercantil. Valla-dolid, 1981; De la Camara Alvare M. Estudios de Derecho mercantil. Madrid, 1978; Baumbach A., Duden K. Handelsgesetzbuch. Miinchen, 1978. S. 1; Ripert G., Roblot R. Droit Commercial. Paris, 1981; Smith K., Keenan D., Mercantile law. London, 1982.

В настоящий момент перед отечественными юристами стоит непростая задача создания эффективной и целостной системы торгового права, способной учесть всю специфику отношений в сфере оптовой и розничной торговли, поставки товаров, маркетингового обслуживания и т. д. При этом формируемая система российского торгового законодательства должна не только удовлетворять потребности внутреннего товарного рынка, но и создавать условия для полноценного взаимодействия отечественных предпринимателей с их зарубежными партнерами. Последнее требует известной координации российских правовых установлений в торговой сфере, в том числе путем создания общего свода торговых обычаев. Аналогичную цель преследовали страны СНГ, констатируя возросшее влияние таких негативных факторов, как отсутствие единого понятийного аппарата, противоречий национальных законодательств и т. п. В связи с чем был создан «Модельный торговый кодекс для государств – участников стран СНГ»⁴²⁴. В п. 1 ст. 1 Кодекса определено, что Кодексом регулируются отношения, возникающие между лицами, осуществляющими торговую деятельность, или с их участием (торговые отношения), и отношения, связанные с государственным регулированием торговой деятельности. В п. 2 ст. 1 Кодекса указаны виды торговой деятельности, к которым положения Кодекса не применяются: бытовая купля-продажа, возникающая между гражданами; купля-продажа недвижимости, ценных бумаг, объектов интеллектуальной собственности; внешнеторговая деятельность; торговля иностранной валютой и валютными ценностями; отношения, возникающие в сфере общественного питания. В пп. 2, ст. 7 Кодекса устанавливается, что при определении прав и обязанностей по договорным отношениям принимаются во внимание также обычаи торгового оборота, если они не противоречат содержанию договора или законодательству государства. Как нам представляется, закрепленный модельным Торговым кодексом подход к определению сферы регулирования оптимален и основан на началах единства частного права.

⁴²⁴ Модельный Торговый кодекс: принят постановлением МА СНГ № 33–24 от 3 декабря 2009 г. // Информационный бюллетень. 2010. № 46.

Отдельные мысли по этому поводу уже встречались в литературе. Так, В. А. Белов считает: «Заслуживает, конечно, поддержки предложение автора «все судебные акты, в которых зафиксированы выявленные судом обычаи делового оборота, публиковать в Вестнике Высшего арбитражного суда РФ и в Бюллетене Верховного суда РФ» – подобная практика действительно сделала бы материал обычного права доступным гораздо более широкому кругу потенциальных исследователей (да и к тому же повторила бы иностранный опыт). Однако проблема состоит в том, что суды и судьи тоже испытывают все те сложности с выявлением (отысканием) обычаев, которые сегодня мешают жить исследователям. С такими сложностями сталкиваются даже международные коммерческие арбитражи; о государственных арбитражных судах и тем более судах общей юрисдикции нечего и говорить...»⁴²⁵. Как нам кажется, данная идея может быть претворена в жизнь исключительно в контексте некоего транснационального права, не отождествляемого ни с какой этнической, политической или иной общностью, такого как *lex mercatoria* или *lex electronica*⁴²⁶. С другой стороны, как мы видим, необходимость создания свода лучших практик по областям профессиональной деятельности подчеркивается исследователями и отмечается судебными органами.

В настоящее время полемика вокруг правового обычая развернулась с особой остротой в связи с идеей создания общеевропейского гражданского кодекса. Критики кодификации полагают, что она выльется в очередную политическую акцию, проводником которой выступит европейская бюрократия, и выглядеть это будет как насаждение единообразия «сверху». Гармонизация, конвергенция существующих правопорядков, утверждают противники кодекса, совершается «снизу», исподволь, в ходе процесса, который получил название

⁴²⁵ Белов В. А. Торговые обычаи как источники международного торгового права : содержание и применение // Правоведение. 2013. № 1. С. 58.

⁴²⁶ Бабкин С. А. Право, применимое к отношениям, возникающим при использовании сети Интернет: основные проблемы. М., 2003. С. 11.

«ползучей» (creeping) кодификации⁴²⁷. Не последнюю роль в этом должны сыграть обычаи европейской коммерческой практики⁴²⁸. В этом смысле содержание *lex mercatoria* включает широкий набор предписаний, состоящий из общепризнанных принципов, принципов торгового права, в целом совпадающих в различных правовых системах, что позволило достичь обобщения таких принципов в виде «частных» унификаций в рамках ПЕДП, Принципов УНИДРУА, типовых контрактов и иных рекомендаций межправительственных и неправительственных организаций⁴²⁹.

Несмотря на то что основная идея по превращению ПЕДП⁴³⁰ в Европейский гражданский кодекс не была реализована, общий вклад проекта в процесс гражданско-правовой унификации и гармонизации права ЕС более чем существенен. Подтверждением этого является то, что именно ПЕДП были взяты за основу при разработке и создании новейшего академического проекта «Общей справочной схемы»⁴³¹.

Важный вопрос: что происходит с правилами негосударственного регулирования торговой деятельности, когда их записывают? Меняется ли при этом его существо? С одной стороны, логично предположить, что поведенческие акты могут быть выражены в письменной форме. С другой стороны, любое собрание форм фиксации юридической практики неизбежно устаревает. Кодификации начинают жить своей жизнью, становятся автономными, перестают быть частью культуры общества.

⁴²⁷ American Federal Common Law. Consultative report for the Netherlands Comparative Law Association, 2001. P. 17; Berger K. P. The creeping codification of the *lex mercatoria*, Kluwer Law International, 1999. P. 67.

⁴²⁸ Костин А. А., Яфаев А. И. Организационно-правовой механизм Европейского экономического сообщества // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. Законодательство о монополиях и конкуренции. М., 1987. С. 226.

⁴²⁹ Smith J. A. European Private Law as a Mixed Legal System // Maastricht Journal of Europe and Comparative Law. 1998. № 5. P. 331.

⁴³⁰ 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. С. 78. Разработаны Комиссией по европейскому договорному праву (URL: <http://frontpage.cbs.dk/law/commission on european contract law/>).

⁴³¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

Так, С. В. Пахман видел сложность для собирателей обычаев в том, что «...собираемые материалы большей частью или совершенно негодны для юриста, или отличаются крайней неопределенностью; юридические обычаи вовсе не разграничены в них от всякого рода обрядов, нравов и воззрений; даже выборка из них чисто юридического материала крайне затруднительна, например, если по вопросу, участвует ли вдова в наследстве, будет записан такой ответ: «как же, даем ей» – что может отсюда вывести юрист – дают ли ей по праву, или только из милости»⁴³².

Г. Ф. Шершеневич признавал, что «едва ли не чаще всего сведения о правовых обычаях черпаются из частных сборников и научных исследований, хотя авторитет тех и других исключительно нравственный»⁴³³. Другие говорят, что кодификация обеспечивает единообразие регулирования и придает идею «законченности» формированию определенной сферы общественных отношений. Так, торговые обычаи и обыкновения коммерческих отношений в электронной среде, постоянно увеличивающиеся благодаря количеству оформляемых в сети сделок, порождает быстрое развитие складывающихся в данной среде обычаев⁴³⁴. То есть, кодификация позволяет обеспечить динамику развития тех областей деятельности, где еще нет структурированного законодательства: биржа, электронная торговля и т. д.

И. Б. Новицкий, оценивая один из таких сводов – Сборник морских обычаев Всесоюзной торговой палаты СССР, – признавал за ним известное, но не решающее значение. «Факт существования обычая и его содержание в каждом случае устанавливается судом или Морской арбитражной комиссией, рассматривающими дело. В процессе установления стороны не лишены права доказывать существование иных обычаев по сравнению с зафиксированными Всесоюзной торговой палатой»⁴³⁵.

⁴³² Пахман С. В. О современном движении в науке права. СПб., 1882. С. 64.

⁴³³ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. С. 136.

⁴³⁴ Пяткина С.А. О теории источников права в английской юриспруденции // Правоведение. 2003. № 7. С. 15 ; Сергеева Т. В. Обычай как источник права // Правоведение. 1997. № 2. С. 63.

⁴³⁵ Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права. М. : Госюриздат, 1959. С. 70.

Сказанное позволяет заключить, что отношение к кодификациям обычаев как к одному и при этом необязательно главному источнику информации об обычном праве общепризнано в юридической литературе⁴³⁶. Вполне обоснованно считать их одним из средств установления обычных норм, важным, но не единственным доказательством действительного состояния практики, которое часто нуждается в проверке, подкреплении иными фактами.

Исходя из вышеизложенного, мы считаем, что цель кодификации права сообщества коммерсантов – это создание их справочника, одного из многих (но не единственного, и даже не главного) способов установления их содержания. Еще Иеремия Бентам, дискутируя по поводу движения за кодификацию договорного права, которое другие английские юристы встречали в штыки, отмечал: «Сказать, что юрист не заинтересован в неопределенности права, – это все равно что сказать, будто производитель пороха не заинтересован в войне, а стекольщик в битье окон»⁴³⁷.

Давно уже отброшен взгляд на науку права как на систему одних положительных законов: на каком бы уровне ни стояли современные взгляды ученых-цивилистов, данные вопросы остаются актуальными в рамках научных исследований, так как одной из задач науки является не только создание явлений, но и их изучение.

Объектом исследования в данном случае выступает негосударственное регулирование торговой деятельности как сложная регулятивная система, сформировавшаяся в результате длительного культурно-исторического развития и характеризующаяся специфическими механизмами формализации норм как предпосылки их фактического участия в регулировании общественных отношений.

На наш взгляд, целесообразность в создании Сводов обычаев как неофициальных сборников, все-таки есть. Своды «сглаживают» отрицательные

⁴³⁶ Поротиков А. И. Обычай в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 247.

⁴³⁷ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. Основные начала гражданского кодекса : пер. с англ. А. Н. Пыпина, А. Н. Неведомского / Предисл. Ю. Г. Жуковского. Т. 1. СПб., 1867. С. 165

черты обычаев (их несогласованность, разрозненность, трудность распознавания и доказывания) и сохраняют положительные черты, связанные с регулированием конкретных гражданских и торговых правоотношений. Как отмечал Ю. С. Гамбаров⁴³⁸, самостоятельное развитие торгового права происходит потому, что торговля особенно нуждается в специальных нормах и учреждениях, способствующих быстроте заключения сделок, легкости их доказательства и др. Обычаи, включенные в Своды, соответствующим образом редактируются и доводятся до сведения лиц, заключающих договоры, а также суда, то есть упрощается процедура доказывания факта наличия обычая, регулирующего конкретные отношения. Вместе с тем включение обычаев в сборник и формулировка соответствующего правила в определенной степени зависит от воли того органа или организации, которые создают соответствующий сборник. Тем самым, по мнению М. И. Брагинского, помещение в сборник обычаев «в известной мере уравнивает их по результатам с кодификацией законов (имеется в виду, что в подобных случаях юридическое значение обычая будет опираться на силу авторитета собравшего обычая органа)»⁴³⁹.

По сути, сейчас уже осуществлена кодификация обычных норм в сфере торговли, а именно – существуют Свод обычаев и правил делового оборота рекламы⁴⁴⁰, Свод обычаев портов, Свод обычаев делового оборота российского перестраховочного рынка; формируются условия для создания Свода электронной коммерции. На основании нашего исследования (Приложение 2) мы также можем выделить тенденции к появлению Свода стандартов вексельного рынка (в частности, Ассоциацией участников вексельного рынка была принята Концепция создания инфраструктуры вексельного рынка), Свода стандартов качества банковской деятельности, который может быть создан на основе многочисленных стандартов, в том числе разработанных Ассоциацией российских банков (Приложение 2). Данное обстоятельство свидетельствует о сигнале системы

⁴³⁸ Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 42.

⁴³⁹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2001. С. 63.

⁴⁴⁰ Свод обычаев и правил делового оборота рекламы на территории Российской Федерации. URL: <http://www.advertology.ru/index.php?name=Subjects&pageid=360>.

о необходимости принятия кодифицированных актов. В законодательстве все чаще и чаще появляются нормы, требующие от участников рынка разработки тех или иных правил поведения?⁴⁴¹ Все игроки хотят «играть» по правилам. Но правила должны быть систематизированы и регламентированы. Только общая терминология, общие условия их действий, этапы формирования и завершения формирования позволят выявить истинную волю коммерсантов и определить их права и обязанности в коммерческом обороте.

Саморегулирование – это профессиональный союз⁴⁴². В традиции каждого союза входят определенные профессиональные знания, умения и мастерство. Согласно ст. 4 ФЗ от 01.12.2007 № 315 - ФЗ «О саморегулируемых организациях», «Саморегулируемая организация разрабатывает и утверждает стандарты и правила предпринимательской или профессиональной деятельности (далее – стандарты и правила саморегулируемой организации), под которыми понимаются требования к осуществлению предпринимательской или профессиональной деятельности, обязательные для выполнения всеми членами саморегулируемой организации. Федеральными законами могут устанавливаться иные требования, стандарты и правила, а также особенности содержания, разработки и установления стандартов и правил саморегулируемых организаций». В ст. 5 указано, что федеральными законами могут быть предусмотрены случаи обязательного членства субъектов предпринимательской или профессиональной деятельности в саморегулируемых организациях⁴⁴³. С учетом данных положений мы предлагаем создание общего свода правил (стандартов) саморегулируемых организаций предпринимателей. Создание такого свода позволит определить лучшие практики предпринимателей, распространить их опыт, профессиональные навыки, поднять уровень развития

⁴⁴¹ Так, например, организаторы торговли должны создавать своды правил. Такой свод правил, как Свод правил аукционных торгов ООО «Суммотри – Автопорт», не является единичным примером (URL: <http://utmagazine.ru/posts/11257-organizatory-torgovli-cennymi-bumagami>).

⁴⁴² По мнению Петрова Д.А.: «...возможности применения механизма саморегулирования посредством саморегулируемых организаций исследованы не полностью и не системно». См.: Д.А. Петров. Правовой статус саморегулируемой организации в сфере предпринимательства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Санкт – Петербург. 2016. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1678300>

⁴⁴³ Например, СПО могут позволить себе содержать штат опытных и компетентных специалистов, способных произвести подробный анализ технических проблем и бизнес-ситуации в отрасли и выработать единые для всех требования, которые в конце концов станут гарантией качественного обслуживания и эксплуатации лифтового оборудования.

российского рынка, детально определить права, условия и формы осуществления предпринимательской деятельности и закрепить формы осуществления деятельности предпринимателей в саморегулируемых организациях. Соответственно, мы предлагаем следующие правила, на которых должен базироваться Свод стандартов саморегулируемых организаций:

1. Определить, что ассоциацию бизнеса возможно считать организацией саморегулирования, в случае если ее участники делегировали ей право на выполнение следующих функций: 1) разработку системы правил и стандартов деловой практики; 2) мониторинг за соблюдением этих стандартов и правил (в соответствии со ст. 2 ФЗ «О саморегулируемых организациях»); 3) выработку и применение системы санкций за нарушение правил (как минимум – к членам организации, как максимум – ко всем участникам рынка, согласно ст. 3 ФЗ «О саморегулируемых организациях»); 4) формирование собственной процедуры внесудебного разрешения споров как между членами ассоциации, так и с аутсайдерами (прежде всего с потребителями).

2. Установить способ создания организаций саморегулирования:

– с целью защиты общих интересов саморегулируемых организаций в определенной отрасли (улучшение имиджа, создание моделей для удобного сотрудничества с государством и т. п.) – Российский союз промышленников и предпринимателей⁴⁴⁴;

– с целью реализации частных конкурентных преимуществ, создание и поддержание коллективного товарного знака – Союз производителей и экспортеров товаров легкой и текстильной промышленности «СОЮЗЛЕГТЕКСЭКСПОРТ»⁴⁴⁵;

– под воздействием «третьей силы», например, организаций потребителей – Российский союз предприятий безопасности⁴⁴⁶;

⁴⁴⁴ <http://pcpp.pf>.

⁴⁴⁵ http://tpprf.ru/ru/members/communities/alliance/index.phpid_12=153/.

⁴⁴⁶ <http://rusohr.ru>.

– «по традиции» – перенос опыта саморегулирования из одной страны на другую при выходе компаний, являющихся активными членами организаций саморегулирования, на новые рынки – Евроазиатский транспортный союз⁴⁴⁷.

Как показывает практика, во многих случаях достаточно сложно, не находясь внутри организации, определить истинные причины ее возникновения.

В то же время причина создания во многом определяет последующее развитие организации и может серьезно отразиться на условиях ее функционирования.

3. Установить основные принципы профессионализма, те ценности, ради которых создается данная саморегулируемая организация, возможно в виде хартии, вроде, например, «Хартии строителей»⁴⁴⁸.

4. Закрепить следующие положения свода стандартов саморегулируемых организаций, которые будут способствовать созданию благоприятных условий развития бизнеса в России:

– систему критериев, подтверждающих наличие знаний, умений и навыков, требуемых для осуществления саморегулируемого вида деятельности;

– наличие персонала, обладающего требуемыми знаниями, навыками и умениями;

– участие в системе обеспечения имущественной ответственности своих членов при осуществлении саморегулируемого вида деятельности;

– отсутствие порочащих деловую репутацию мер ответственности (отсутствие наказания в виде дисквалификации за совершение административного правонарушения либо в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью за совершение преступления; отсутствие судимости за совершение умышленного преступления).

5. Необходимо закрепить, что нормы саморегулирования, вырабатываемые непосредственно субъектами предпринимательской и профессиональной деятельности на основе их опыта ее осуществления и будучи в силу этого

⁴⁴⁷ http://www.eng.cliff.ru/netcat_files/File/Evroaziatskii-transportnyi-soyuz.pdf.

⁴⁴⁸ <http://www.sro-svs.ru/polozeniya-i-standarty/284-lr12>.

эффективными, удобными и исполнимыми, являясь итогом свободного волеизъявления членов саморегулируемой организации, способны к унификации и применению не только в рамках одной организации, но и в целом в отрасли.

6. Необходимо обеспечить общую унификацию норм правового регулирования в рамках отрасли в целом, создать единые правила для осуществления предпринимательской или профессиональной деятельности в условиях ограниченного множества саморегулируемых организаций, что позволит признать стандарты профессиональной деятельности самостоятельным источником торгового права. Например, ч. 3, 4 ст. 7 «Закона об аудите» определяет кодекс профессиональной этики аудиторов как свод правил поведения, обязательных для соблюдения аудиторскими организациями, аудиторами при осуществлении ими аудиторской деятельности. Каждая саморегулируемая организация аудиторов принимает одобренный советом по аудиторской деятельности кодекс профессиональной этики аудиторов, имеющий обязательный и модельный характер, дополняемый иными нормами по желанию членов саморегулируемой организации. П. 2 ч. 4 ст. 18 и п. 6 ст. 19 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»⁴⁴⁹ рассматривают кодекс профессиональной этики медиаторов в несколько ином аспекте – как часть системы локальных нормативных актов конкретно взятой саморегулируемой организации. Здесь наличие принятого кодекса профессиональной этики медиаторов выступает требованием, соблюдение которого является основанием для рассмотрения вопроса о включении саморегулируемой организации в государственный реестр саморегулируемых организаций медиаторов. Это означает, что кодекс профессиональной этики медиаторов выступает не отдельным видом источника для саморегулируемых организаций, их членов и контрагентов, а входит в состав стандартов и правил осуществления саморегулируемого вида деятельности. Именно в таком качестве он воспринимается юридическим сообществом.

⁴⁴⁹ Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ.

Такие кодексы позволят обеспечить взаимодействие с потенциальными контрагентами, определив, в частности, требования, предъявляемые к потенциальным контрагентам, порядок предоставления контрагентами документов, процедуры и сроки принятия решений о заключении или об отказе в заключении договоров и пр.

В связи с этим мы предлагаем:

1. Концентрировать процесс выборки форм фиксации юридической практики сообщества коммерсантов на инструментах универсального применения. Среди них следует выбирать инструменты, происходящие из разных источников, в частности, профессиональных ассоциаций, международных организаций и арбитражных учреждений.

2. Осуществить кодификацию и консолидацию обычной практики, типовых правил, проформ, правил ведения бизнеса, стандартов профессиональной деятельности лучших деловых практик профессиональных сообществ в первую очередь.

3. Использовать инициативу ассоциаций, союзов предпринимателей для создания свода правил лучших практик, собранных самими предпринимателями.

4. В целях развития системы договорного права ассоциациям, союзам юристов и юридическим клиникам необходимо рассмотреть вопрос об изучении функционирования существующих договорных моделей, основанных на рекомендательных нормах, различных тематических механизмах (типовых формах, регламентах, правилах осуществления деятельности, электронных проформах), и процедур с целью разработки общей рекомендации взаимодействия и сотрудничества закона и правового обычая в рамках одного правового поля.

5. Осуществить анализ типовых договоров, разрабатываемых профессиональными организациями, на соответствие Гражданскому кодексу и обычаям. Проверить, отражают ли они действительное положение дел на рынке и обеспечивают ли соблюдение интересов сторон.

6. Создать общий свод стандартов 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.

Список использованной литературы

1. Нормативные правовые акты Российской Федерации

1.1. Конституция Российской Федерации, федеральные конституционные законы, федеральные законы и законы Российской Федерации

1. Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Использован текст, содержащийся в СПС «Консультант Плюс». — Здесь и далее в отсутствие указания источника опубликования нормативного правового акта имеется в виду, что использовался его текст, содержащийся в указанной справочной правовой системе со всеми изменениями и дополнениями

2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) — [федер. закон: от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ ; принят Гос. Думой 21 октября 1994 г. : по состоянию на 28.03.2017 г.] [Электронный ресурс]. — Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) — [федер. закон: от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ ; принят Гос. Думой 22 декабря 1995 г. : по состоянию на 28.03.2017 г.] [Электронный ресурс]. — Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) — [федер. закон: от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ ; принят Гос. Думой 01 ноября 2001 г. : по состоянию на 28.03.2017 г.] [Электронный ресурс]. — Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) — [федер. закон: от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ ; принят Гос. Думой 24 ноября 2006 г. : по состоянию на 03.07.2016 г.] [Электронный ресурс]. — Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

6. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации — [федер. закон: от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ ; принят Гос. Думой 14 июня 2002 г. : по состоянию на 17.04.2017 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

7. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации — [федер. закон: от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ ; принят Гос. Думой 23 октября 2002 г. : по состоянию на 19.12.2016 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

8. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации — [федер. закон: от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ ; принят Гос. Думой 31 марта 1999 г. : по состоянию на 07.02.2017 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

9. Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации — [федер. закон: от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ ; принят Гос. Думой 18 декабря 2009 г. : по состоянию на 03.07.2016 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

10. О защите конкуренции: [федер. закон: от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ ; принят Гос. Думой 8 июля 2006 г. : по состоянию на 03.07.2016 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

11. О рынке ценных бумаг: [федер. закон: от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ ; принят Гос. Думой 20 марта 1996 г. : по состоянию на 03.07.2016 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

12. Об акционерных обществах: [федер. закон: от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ ; принят Гос. Думой 24 ноября 1995 г. : по состоянию на 03.07.2016 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

13. Об обществах с ограниченной ответственностью: [федер. закон: от 08 февраля 1998 г. № 14-ФЗ ; принят Гос. Думой 14 января 1998 г. : по состоянию на 03.07.2016 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

14. О рекламе: [федер. закон: от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ ; принят Гос. Думой 22 февраля 2006 г. : по состоянию на 28.03.2017 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

15. Об электронной подписи: [федер. закон: от 06 апреля 2011 г. № 63-ФЗ ; принят Гос. Думой 25 марта 2011 г. : по состоянию на 23.06.2016 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

16. О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: [федер. закон: от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ ; принят Гос. Думой 16 октября 2007 г. : по состоянию на 03.07.2016 г.] [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС Консультант Плюс.

1.2. Акты Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти

1. Об утверждении Правил оказания услуг связи по передаче данных: постановление Правительства РФ от 23 января 2006 г. № 32 (ред. от 03.02.2016 г.) // Российская газета. № 22. 03.02.2006 г.

2. Об утверждении Правил оказания телематических услуг связи: постановление Правительства РФ от 10 сентября 2007 г. № 575 (ред. от 03.02.2016 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. № 38. 17.09.2007 г.

3. О внесении изменений в Правила государственного регулирования тарифов на универсальные услуги связи: постановление Правительства Российской Федерации от 02 апреля 2015 № 312 // Российская газета. № 76. 10.04.2015 г.

4. Об утверждении методических рекомендаций по организации профессионально-общественного обсуждения и экспертизы проектов профессиональных стандартов: приказ Минтруда России от 30 сентября 2014 № 671н // Бюллетень трудового и социального законодательства. № 3. 2015 г.

5. Об утверждении Федерального стандарта деятельности саморегулируемых организаций арбитражных управляющих «Правила проведения саморегулируемой организацией арбитражных управляющих проверок профессиональной деятельности членов саморегулируемой организации в части соблюдения требований Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», других федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, федеральных стандартов, стандартов и правил профессиональной деятельности : приказ Минэкономразвития России от 03 июля 2015 № 432 // Российская газета. № 6721. 10.07.2015 г.

6. О порядке приемки продукции производственно - технического назначения и товаров народного потребления по количеству : инструкция, утв. постановлением Госарбитража СССР от 15 июня 1965 № П-6. (ред. от 23.07.1975 г., с изм. от 22.10.1997г.) // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. № 2. 1975 г.

7. О порядке приемки продукции производственно - технического назначения и товаров народного потребления по качеству : инструкция, утв. Постановлением Госарбитража СССР от 25 апреля 1966 № П-7. (ред. от 23.07.1975 г., с изм. от 22.10.1997г.) // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. № 2. 1975 г.

2. Международные правовые акты и акты зарубежного законодательства

1. Конвенция ООН О договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.) // Вестник ВАС РФ. 1994. № 1.

2. Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге (Оттава, 28 мая 1988 г.) //Бюллетень международных договоров. 1999. № 9.

3. Конвенция УНИДРУА о международном факторинге (Оттава, 28 мая 1988 г.)//Бюллетень международных договоров. 2015. № 7.

4. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.)//Вестник ВАС РФ. 1993. № 10.
5. Единообразный торговый кодекс США 1952 г. (The Uniform Commercial Code of the USA, 1952 [UCC]) пер. с англ. С.Н. Лебедева, Р.Л. Нарышкиной и др.; науч. ред. С.Н. Лебедев. М., 1996.
6. Общеевропейский закон о продажах (Common European Sales Law [CESL]) // Коммерческое право. 2014. N 1.
7. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. : пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2013.
8. Правила Инкотермс (Incoterms) 2010 : правила ICC по использованию национальных и международных торговых терминов.М., 2010.
9. Принципы европейского договорного права :части I, II и III : пер. с англ. Б.И. Пугинского, А. Т. Амирова // Вестник ВАС РФ. 2005. №3.; № 4.
10. Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria* пер. с англ. Б.И. Пугинского, А. Т. Амирова // Коммерческое право. 2014. N 2.
11. Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Публикация ICC № 600. М., 2011.
12. Унифицированные правила по инкассо. Публикация ICC № 522. М., 1996.
13. Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 г. Публикация ICC № 458. М., 1992
14. Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию. Редакция 2010. Публикация ICC № 758. М. : Инфотропик Медиа, 2010.
15. 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

3. Акты судебных органов

1. О свободе договора и ее пределах: постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 года №16// Вестник ВАС РФ. 2014. №5
2. О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»: постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 09 декабря 1999 г. № 90/14// Российская газета. 2000. №19
3. О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 8
4. О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридических лиц: постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 10
5. Постановление Президиума ВАС РФ от 31 мая 2005 г. № 15479/04 // Документ опубликован не был.
6. Постановление Президиума ВАС РФ от 22 апреля 2014 № 14914/13 по делу № А51-17096/2012 // Документ опубликован не был.
7. Определение ВАС РФ от 13.05.2010 № ВАС-5432/10 по делу № А41-15927/08//Документ опубликован не был.
8. Определение ВАС РФ от 15.03.2010 № ВАС-2621/10 по делу № А14-3050/2009-122/15//Документ опубликован не был.
9. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.03.2015 № 09АП-2452/2015-ГК по делу № А40-95566/14//Документ опубликован не был.
10. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.05.2015 № 09АП-11722/2015-ГК по делу № А40-122829/14//Документ опубликован не был.

11. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.11.2015 № 13АП-25438/2015 по делу № А56-28172/2015//Документ опубликован не был.

12. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.03.2013 № 17АП-1866/2013-ГК по делу № А71-9532/2012//Документ опубликован не был.

13. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 31.03.2015 № Ф07-181/2015 по делу № А05-7738/2014//Документ опубликован не был.

14. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.02.2016 № 09АП-60961/2015-ГК по делу № А40-141347/15//Документ опубликован не был.

15. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.01.2016 № 09АП-56841/2015-ГК по делу № А40-81754/2015//Документ опубликован не был.

16. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 14.01.2016 № Ф01-5583/2015 по делу № А43-1071/2015//Документ опубликован не был.

17. Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 15.11.2011 № 06АП-4393/2011 по делу № А04-2724/2010//Документ опубликован не был.

18. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.02.2011 № 15АП-14964/2010 по делу № А32-16827/2010//Документ опубликован не был.

19. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 16.12.2015 № 07АП-11424/2015 по делу № А45-15128/2015//Документ опубликован не был.

20. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 16.12.2015 № 07АП-11424/2015 по делу № А45-15128/2015//Документ опубликован не был.

21. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.12.2015 № 13АП-10810/2015 по делу № А56-77174/2014//Документ опубликован не был.

22. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.02.2011 № 15АП-14964/2010 по делу № А32-16827/2010//Документ опубликован не был.

23. Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.12.2015 № 18АП-11034/2015 по делу № А07-10328/2015//Документ опубликован не был.

24. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.10.2015 № 09АП-45424/2015-АК по делу № А40-63017/14//Документ опубликован не был.

25. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.03.2016 № 13АП-32018/2015 по делу № А56-63144/2015//Документ опубликован не был.

26. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 21.05.2015 № 07АП-12948/2014, 07АП-12948/2014(3) по делу № А03-11061/2014//Документ опубликован не был.

27. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.02.2011 № 5АП-14964/2010 по делу № А32-16827/2010//Документ опубликован не был.

28. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.03.2009 № 15АП-652/2009 по делу № А32-18961/2008-53/266//Документ опубликован не был.

29. Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.07.2012 по делу № А12-3858/2012//Документ опубликован не был.

30. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.08.2014 № Ф05-8762/2014 по делу № А40-153855/13//Документ опубликован не был.

31. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 17.06.2015 № Ф05-6741/2015 по делу № А40-1581/2014//Документ опубликован не был.

32. Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.02.2014 по делу № А55-15339/2013//Документ опубликован не был.

33. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 30 апреля 1998 года по делу № Ф03-А73/98-1/349//Документ опубликован не был.

34. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.08.2015 № 13АП-13382/2015 по делу № А56-80096/2014//Документ опубликован не был.

35. Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 06.04.2011 № 05АП-1434/2011//Документ опубликован не был.

36. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.05.2015 № 13АП-3132/2015 по делу № А21-2858/2014//Документ опубликован не был.

37. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 04.02.2016 № 15АП-21494/2015 по делу № А32-20605/2015//Документ опубликован не был.

38. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 29.01.2015 № 04АП-6594/2014 по делу № А19-12382/2014//Документ опубликован не был.

39. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.02.2014 № 15АП-22585/2013 по делу № А53-20150/2013//Документ опубликован не был.

40. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2015 № 17АП-5537/2015-ГК по делу № А50-19749/2014//Документ опубликован не был.

41. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 02.10.2015 № С01-806/2015 по делу № А26-3476/2014//Документ опубликован не был.

42. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 14.01.2016 № Ф01-5583/2015 по делу № А43-1071/2015//Документ опубликован не был.

43. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.01.2016 № Ф04-25861/2015 по делу № А45-1151/2015//Документ опубликован не был.

44. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 11.09.2015 № Ф09-6367/15 по делу № А60-50913/2014//Документ опубликован не был.

45. Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 19.01.2016 по делу № 33-87/2016//Документ опубликован не был.

46. Апелляционное определение Пермского краевого суда от 04.07.2012 по делу № 33-5470//Документ опубликован не был.

47. Апелляционное определение Омского областного суда от 26.08.2015 по делу № 33-5928/2015//Документ опубликован не был.

4.Учебники

1. Андреева Л. В. Коммерческое (торговое) право: учебник. — 3-е изд. М., 2012. — 320 с.

2. Балабанов И.Т. Торговля через виртуальный магазин Балабанов И.Т. Торговля через виртуальный магазин// Электронная коммерция. Инфарма — М.,2008. — 336 с.

3. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. — 780 с.

4. Гражданское право: учебник / отв. ред. Е.А. Суханов. — 2-е изд.— В 2-х тт. — Т. II. — Полутом 1.М., 2000. — 384 с.

5. Гражданское и торговое право зарубежных государств : учебник. — Т. 1/ под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М., 2008. — 516 с.

6. Гражданское и торговое право капиталистических государств : [в 2 ч.] / отв. ред. Р. Л. Нарышкина. Ч. 1. М., 1983. — 286 с.

7. Гражданское право России :общая часть: курс лекций / под общ. ред. О.Н. Садикова. М., 2001. — 704 с.

8. Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011. — 559 с.

9. Коммерческое право: учебник. — В 2-х чч. / под ред. В. Ф. Попондопуло, В. Ф. Яковлевой. М., 2009. — 639 с.
10. Коммерческое право под общ. ред. Б.И. Пугинского : учебник.— М., 2005. — 314 с.
11. Коммерческое право:учебник /под общ. ред. Б.И. Пугинского, В.А. Белова,Е.А. Абросимовой. М.,2016. — 471 с.
12. Международное торговое право и право ВТО. Учебник для бакалавриата и магистратуры/ Под общ. редакции В.А. Белова. М.: Юрайт. Т.2. 2015. — 395 с.
13. Нерсесянц В.С. Философия права: учебник. М., 1997. — 652 с.
14. Цветков И.В. Договорная работа: учебник. М., 2010. — 192 с.

5. Монографии

1. Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. — 360 с.
2. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. М., 2000. — 256 с.
3. Андреева О.Д. Технология бизнеса: маркетинг Текст. / О.Д. Андреева. М.: ИНФРА-М-НОРМА, 1997. - 224с.
4. Ансон В. Договорное право. М., 1984. — 456 с.
5. Ануфриева Л. П. Международное частное право :учебник. — В 3-х тт. М., 2000. — 892 с.
6. Апарова Т.В. Суды и судебный процесс Великобритании: Англия, Уэльс, Шотландия. М., 1996. — 157 с.
7. Аристотель. Метафизика // Сочинения в 4-х тт. — Т. 1.М., 1975. — 347 с.
8. Афанасьев В.Г. Системность и общество. М., 1980. — 368 с.
9. Бабкин Е.В., Мартынов А.Л. Международные фрахтовые и транспортные операции. СПб., 2002. - 204 с.
10. Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб: «Юридический центр Пресс», 2002. — 311 с.

11. Белов В.А. Кодекс европейского договорного права. М., 2015. – 308 с.
12. Бендецкий Т. Международное частное право. М., 2005. – 446 с.
13. Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. – 575 с.
14. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. – 624 с.
15. Берталанфи Л. Общая теория систем - критический обзор. СПб., 2008. – 388 с.
16. Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода. М., 2007. – 420 с.
17. Борисов В.К., Панина Е.М., Панов М.И. Этика деловых отношений – М., 2008. – 176 с.
18. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. — 2-е изд. М., 2003. – 681 с.
19. Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. СПб., 2001. – 386 с.
20. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий / отв. ред. М. Г. Розенберг. М., 1994. – 184 с.
21. Васильев А.М. Стандартизация для всех Текст. / А.М. Васильев. М.: Издательство стандартов, 2000. — 192 с.
22. Волков В. Н., Денисов А. А. Основы теории систем и системного анализа. СПб., 2007. – 510 с.
23. Волчинская Е.К. Информационные технологии и право. Проблемы развития законодательства // Защита прав создателей и пользователей программ для ЭВМ и баз данных. М., 1996. – 314 с.
24. Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права. М., 1949. – 315 с.
25. Грязнов Д. Г. Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке. — М.-Ставрополь, 2003. – 208 с.
26. Гойман В.И. Действие права. М., 1992. – 138 с.

27. Гримм Д. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм. СПб., 1896. – 28 с.
28. Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1999. – 399 с.
29. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988. – 192 с.
30. Дьюи Д. Общество и его проблемы. М., Идея – Пресс, 2002. – 160 с.
31. Жамен К., Лакур Л. Торговое право. М., 1993. – 256 с.
32. Зивс Л. С. Источники права. М., 1981. – 239 с.
33. Зумбулидзе Р.-М.З. Обычное право как источник гражданского права // Обычай в праве: сб. СПб., 2004 – 152 с.
34. Иеринг Р. Борьба за право. Пер.: Ершов С.И. - М.: Феникс, 1991. – 63 с.
35. Исаев И.А. Мифологема закона: право и литература. М., 2016. – 304 с.
36. Иоффе О.С. Советское гражданское право. — Ч. 1. Л., 1958. – 511 с.
37. Кавелин К. Д. Взгляд на юридический быт древней Руси// Собр. соч. в 4-х тт. — Т. 1. М., 1897. – 653 с.
38. Калашников Д. В. Нормы международного права и гражданское законодательство России. М., 2004. – 191 с.
39. Калачов Н.В. Юридические обычаи крестьян в некоторых местностях. М., Архив ист. и практ. свед. 1859. Т. 2. – 312 с.
40. Кельзен Г. Чистое учение о праве. ИНИОН АН СССР, 1987. – 195 с.
41. Коган М.Л. Предприятие - клиент банка. Расчетное и кредитное обслуживание. Валютные операции. М., 1994. – 216 с.
42. Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. – 208 с.
43. Кокин А.С. Международная морская перевозка: право и практика. М., 2007. – 584 с.
44. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. – 428 с.

45. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р.Кросс. М.: Юридическая литература, 1985. - 238 с.
46. Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт запада// Избранные труды. М., 1997. – 251 с.
47. Леви Э.Х. Введение в правовое мышление. М., 1995. – 115 с.
48. Лейст О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. – 288 с.
49. Леушин В.И. Юридическая практика в системе социалистических общественных отношений. Красноярск, 1987. – 146 с.
50. Лукашук И.И. Источники международного права. Киев, 1966. – 127 с.
51. Мальцев Г. В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов-н/Д., 1999. – 94 с.
52. Мейер Д. И. Русское гражданское право. СПб., 1902. – 270 с.
53. Микрюков В.А. Основы договорного права. М., 2007. – 255 с.
54. Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции / Отв. ред. В.П. Мозолин; АН СССР, Инт государства и права. М., Наука, 1988. - 308 с.
55. Наумов В.Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. М.: Книжный дом «Университет», 2002. - 432 с.
56. Невзоров А. С. Русские биржи. Вып. IV. Свод торговых обычаев и правил русских бирж. Юрьев, 1900. – 588 с.
57. Неновски Н. Право и ценности. М., 2007. – 128 с.
58. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права / И.Б.Новицкий; Всесоюзный институт юридических наук. М.: Госюриздат, 1959.- 156 с.
59. Новгородцев П.И. Об общественном идеале / П.И.Новгородцев; сост. и вступит, статья А.В.Соболева. М.: Пресса, 1991. - 638 с.
60. Олейник О.М. Основы банковского права: Курс лекций. М.: Юристъ, 1997. – 424 с.

61. Пахман С.В. Обычное гражданское право в России : юридические очерки. М., 2003. – 485 с.
62. Перегудов Ф.И., Тарасенко Ф. П. Введение в системный анализ: уч. пос. М., 2008. – 367 с.
63. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. – 608 с.
64. Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание. СПб., 2014. – 642 с.
65. Пухта Г. Ф. Энциклопедия права : пер. с VI нем. изд. / под ред. П. Карасевича. Ярославль, 1872. – 99 с.
66. Ровный В.В. Обычай в частном праве. Иркутск, 2004. – 76 с.
67. Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. — 5-е изд. М., 2007. – 720 с.
68. Рузавин Г.И. Методология научного познания. М., 2009. – 255 с.
69. Рулан Н. Юридическая антропология. М., 2000. – 150 с.
70. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М., 2000. – 448 с.
71. Самоквасов Д. История русского права. — Т. 1. Варшава, 1878. – 616 с.
72. Сеницына И.А. В мире обычая / И.А.Сеницына. М. 1997. - 293 с.
73. Сырых В.М. Метод правовой науки: основные элементы, структура). М., 1980. – 340 с.
74. Тарановский Ф.В. Энциклопедия права / Ф.В. Тарановский. СПб.: Лань, 2001.- 168 с.
75. Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. СПб., 2001. – 320 с.
76. Толочко О.Н. Введение в теорию правового регулирования внешнеэкономических отношений. Гродно, 2003. – 462 с.
77. Фонотова О.В. Применение Инкотермс в международном и внутреннем торговом обороте. М., 2008. – 206 с.

78. Филиппова С.Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М., 2013. – 352 с.
79. Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. – 365 с.
80. Цвайгерт К, Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — Т.2. М.,2000. – 469 с.
81. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. — В 2-х тт. М., 1910/1912. – 805 с.
82. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1995. – 460 с.
83. Шмитгофф К.-М. Экспорт: право и практика международной торговли : пер. с англ. М., 1993. – 511 с.
84. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права : пер. с нем. — Т. 1. — Полутом 2.М., 1950. – 413 с.
85. Эрлих Е. Основы социологии права // Антология мировой правовой мысли. Т. 3. М.: Мысль, 1999. – 720 с.

6. Диссертации и авторефераты

1. Аблезгова А.В. Нормы "lex mercatoria" в правовом регулировании международного коммерческого оборота : автореферат дис....канд. юрид. наук. М., 2008. – 24 с.
2. Андреева Л.В. Теоретические проблемы коммерческого права России : автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. – 50 с.
3. Барсукова В.Н. Технология структурирования кодифицированных актов Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. – 260 с.
4. Гаджинова Ф.М. Источники права и их система в современном российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. – 171 с.
5. Грунина В.А. Синергетические основы правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2006. – 171 с.

6. Дьяконова А. А. Обычай международной торговли как источник негосударственного регулирования внешнеэкономических сделок: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011. – 211 с.
7. Ершов В.В. Юридическая природа общих и гражданско-правовых принципов: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. – 229 с.
8. Захарова М.В. Правовой обычай и модернизация в праве (на материалах франкофонной Африки и Мадагаскара): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. – 245 с.
9. Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1979. – 193 с.
10. Карсакова Н.А. Теория *lex mercatoria* в юридической доктрине и практике: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. – 24 с.
11. Коновалова А.С. Обычное право в российской правовой жизни: дис. канд. юрид. наук. М., 2005. – 173 с.
12. Кукин А.В. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: основные положения, юридическая природа: дис... канд. юрид. наук. М., 2004. – 188 с.
13. Малова О.В. Правовой обычай как источник права: дис. . канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. – 187 с.
14. Миненкова Н.В. Международно-правовое и национально-правовое регулирование электронной торговли: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. – 26 с.
15. Миронова И.Н. Правовой обычай как источник современного российского публичного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. – 26 с.
16. Мишина И.Д. Нравственные ценности в праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. – 27 с.
17. Незнамов А.В. Особенности компетенции по рассмотрению интернет-споров: национальный и международный аспекты: дис. ... канд.юрид.наук. Екатеринбург, 2010. – 229 с.

18. Петров Д.А. Правовой статус саморегулируемой организации в сфере предпринимательства: дис...док.юрид. наук. – Санкт – Петербург, 2015. – 416 с.
19. Поротиков А.И. Обычай в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2003. – 24 с.
20. Пугинский Б.И. Основные проблемы теории гражданско-правовых средств: дис...док. юрид. наук. М., 1985. – 167 с.
21. Танага А.Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2001. – 226 с.

7. Статьи

1. Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1. С.25-41 .
2. Алтунин В.В. Понятие договора международной перевозки грузов, его значение и особенности правового регулирования // Наука. Поиск. 2003: сб. науч. ст. / отв.ред. Н.Т. Берберова. Вып. 1. Астрахань, 2003. С. 85-89.
3. Анисимов Л. Н. Природа норм международного права // Ленинградский юридический журнал. 2010. № 3. С.32-42
4. Бабенко А.Н. Проблемы обоснования ценностных критериев в праве // Государство и право. 2002. № 12. С. 15-16
5. Бабкин С. А. Право, применимое к отношениям, возникающим при использовании сети Интернет: основные проблемы. М., 2003. С.69-71
6. Бахин С.В. Правовые проблемы договорной унификации // Московский журнал международного права. 2002. № 1. С. 129 - 143.
7. Бахин С.В. Субправо: новые тенденции в унификации международного права // Правоведение. 2002. №1. С. 149-158.
8. Беликова К.М. Унификации договорного права: общее и специфическое в Принципах международных коммерческих договоров УНИДУА и Принципах европейского договорного права//Юрист. 2006. №11. С. 22-30.

9. Белов В.А. Торговые обычаи как источники международного торгового права: содержание и применение // Правоведение. 2013. № 1. С. 58-107.
10. Белых В.С. Обычаи делового оборота как источник предпринимательского права // Актуальные проблемы современного гражданского и предпринимательского права: мат.-лыконф. Екатеринбург, 2004. С. 27-33.
11. Бобылев А.И. Источники (формы) права // Право и политика. 2003. № 8. С. 18-25.
12. Борискина О.Н. Последствия глобализации для развития национальных правовых систем: пути и способы преодоления возникающих проблем // История государства и права. 2008. № 17. С. 6-8.
13. Бошно С. В. Правовой обычай в контексте современного учения о формах права // Современное право. 2004. № 9. С. 13-16.
14. Бражников М.Ю. К вопросу об отражении средневекового менталитета в нормах обычного средневекового права// Государство и право. 2002. № 10. С. 64-66.
15. Валеев Д.Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса // Правоведение. 1974. № 6. С. 89-100.
16. Вахнин И.Г. Особенности формирования обычаев делового оборота в договорной работе // Законодательство. 1999. № 5. С. 35-38.
17. Вилкова Н.Г. Применение международных правовых документов в практике разрешения внешнеторговых споров // Право и арбитражная практика. ТПП РФ: сб. информ. мат.-лов. Вып. 1. М., 1997. С. 17 - 27.
18. Вильнянский С.И. Обычаи и правила социалистического общежития. Обычаи и правила социалистического общежития // Ученые записки Харьковского юридического института. — Вып. 5. Харьков, 1954. С. 3-24.
19. Витте С. Ю. Конспект лекций о народном и государственном хозяйстве. — СПб. : Изд-во «Типография Акц. общ-ва «Брокгауз-Ефрон», 1912. — 568 с.

20. Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4. С. 64 - 69
21. Гаврилов В.В. К вопросу о видах соотношении источников международного права// Международное публичное и частное право. М., 2001. №1. С. 19-23
22. Голунский С. Обычай и право// Советское государство и право. 1939. №3. С. 20-56.
23. Грефрат Б. О месте принципов в системе современного международного права // Правоведение. 1969. № 2. С. 109-118.
24. Данукин В.П. Право: История, теория, практика.// Государство и право. - 2000. - №8. С.117 - 120.
25. Доронина Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. 1997. № 6. С. 84 - 92.
26. Дурманов Х.М. Першиц А.И. Мононорматика и начальное право (статья первая) // Государство и право. 2000. № 1. С. 98 - 103.
27. Дурманов Х.М., Першиц А.И. Мононорматика и начальное право (статья вторая) // Государство и право. 2001. № 9. С. 85 –91.
28. Егоров В.В. Некоторые инструменты негосударственного регулирования в международной торговле: правовые аспекты // Государство и право. 2000. №8. С. 61 – 69.
29. Ждан-Пушкина Д.А. Правовая природа типовых оговорок перестрахования и основные проблемы, связанные с их применением // Юридическая и правовая работа в страховании. 2005. № 4. С. 15-19.
30. Загорский К.Я. Торговые обычаи и биржевые правила, как один из элементов организации хлебной торговли // Журнал гражданского и уголовного права. 1893. Кн. 5.С. 74 - 85.
31. Зарудный М. Опыт исследования местного крестьянского суда // Журнал гражданского и уголовного права. 1874. Кн. 2. С. 69 - 89.
32. Зеленин А.Д. Рыбаков С.А. Некоторые вопросы применения Инкотермс в договорной практике // Арбитражные споры. 2004. № 4. С. 143 - 150.

33. Зубарева Н.В. Реализация и применение международных частноправовых унифицированных норм рекомендательного характера // Журнал международного частного права. 2000. № 4. С. 40 - 49.
34. Зыкин И. С. Обычай в советской правовой доктрине // Советское государство и право. 1982. № 3. С. 130 - 139.
35. Измайлова Е.В. Саморегулирование в коммерческой деятельности // Коммерческое право. Научно – практический журнал, издательство Зерцало (М.), том 4. № 1. С. 21-34.
36. Кабатов В. А. Применимое право при разрешении споров в международном коммерческом арбитражном суде при Торгово - промышленной палате РФ // Хозяйство и право №. 1998. № 5. С. 40 - 47; № 6. С. 56 - 59.
37. Калашников Д. В. Применение арбитражным судом делового обычая при оценке доказательств в спорах, вытекающих из договоров купли-продажи //Право и экономика. 1998. № 1.С. 122 - 124.
38. Калинин А. Ю. Комаров С. А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права // Правоведение. 2000. № 6.С. 3-10.
39. Кананыкина Е.С. Философские традиции анализа источников (форм) права // Право и политика. 2004. № 12.С. 9 - 19.
40. Канашевский В.А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права», №2003. № 8. С. 67 - 72.
41. Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Закон. 2010. № 4. С. 6 - 69.
42. Караваева Я.Н. Понятие обычая делового оборота в российском и зарубежном гражданском праве // Научные труды Вятского социально-экономического института: сб. науч. ст. Вып. 3. Киров, 2004. С. 51-54.
43. Кибальник А.Г. Соломоненко ИГ. Источники и система международного уголовного права // Гос-во и право. 2004. — № 1. - С. 62-67.

44. Киракосян Б.Г. Международно-правовой обычай и общее международное право // Вести. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. - 2006. - № 3. -С. 83-91.
45. Козлова В.Н. Вопросы, разрешаемые судами при применении обычаев делового оборота // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 10.С. 24-27.
46. Комаров А.С. Международная кодификация норм, относящихся к международным коммерческим договорам // Закон. 1995. № 12.С. 93-94.
47. Комаров А.С. Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // Вестник ВАС РФ. 2007. № 10.С. 32 - 38.
48. Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международных коммерческих обычаев как источников международного частного права // Право и экономика №. 2007. № 8. С. 94 - 97.
49. Кукин А. В. Принципы УНИДРУА и процедура заключения международных коммерческих договоров // Законодательство и экономика. 1999. №11. С. 37-41.
50. Кулаков В.В. Теоретические и практические аспекты определения понятия «предмет договора» // Российское правосудие. 2010. № 2. С. 21-25.
51. Лазарев В.В. Насырова Т. Телеологическое толкование советского закона и правотворчество // Правоведение. 1988. № 2. С. 27-32.
52. Лапаева В. В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4.С. 15 - 21
53. Ларина Н. П. Правовой обычай как форма права: проблемы понимания: Сборник научных трудов Северо-Кавказского технического университета. - Ставрополь: Изд-во СевКавГТУ. 2004. Вып. 6. С. 15 - 21.
54. Лисица В. Н. Обычаи и обыкновения в международном инвестиционном праве // Журнал российского права №. 2007. № 10. С. 73-75.
55. Лисицын В. В. «Правила игры» - деловые обыкновения современной России? // Российский судья. 2006. № 4. С. 17-21.
56. Лукашук И. И. Обычные нормы в современном международном праве // Советский ежегодник международного права. 1978. М., 1980. С.125 - 129.

57. Мажорина М. В. Система регулирования международных торговых отношений // Российское право в Интернете. 2009. № 4. С. 17-23.
58. Малько А. В. Эффективность правового регулирования / А.В. Малько // Правоведение. 1990. № 6. С. 61-67.
59. Мартынов В.Ф., Чернышов С.В. К вопросу о месте метода правового регулирования в системе критериев отраслевой структуризации права // История гос-ва и права. 2007. - № 1. - С. 7-8.
60. Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права // Гос-во и право. 2003. - № 6. - С. 13-21.
61. Мартышин О.В. Проблема ценностей в теории государства и права // Гос-во и право. 2004. - № 10. - С. 5-14.
62. Марченко М. Н. Обычай в системе источников романо-германского права // Вестник Московского университета. Серия 11«Право». 2000. № 5. С. 26-29.
63. Марченко М. Н. Проблема правопонимания в связи с исследованием источников права // Вестник Московского университета. Серия 11«Право». 2002. № 2С. 16-19.
64. Маслова В.А., Сидорова Т.Э. Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров// Коммерческое право. Научно-практический журнал, издательство Зерцало (М.), том. 12, №1. С. 17-26
65. Мекка О., Штыкова Н. Применение судами обычаев делового оборота и торговых обыкновений // Российская юстиция. 2001. № 9. С. 5 - 13.
66. Миклашевская Н. Применение судами обычаев делового оборота // Хоз-во и право. 2007. - № 4. С.92 - 98
67. Мыскин А. В. О месте и роли юридических обычаев в современном российском гражданском праве.Юрист, 2013, № 13.С. 34-37.
68. Нешатаева Т. Н. Международные коммерческие сделки: правовое регулирование и судебная практика // Арбитражная практика№. 2002. № 5. С. 88-105

69. Осипян Б. А. Трансформация права в закон: духовные, научные и практические аспекты // Государство и право. 2006. № 10. С. 43 - 50.
70. Панасенко М. А. Возможность выбора ненационального права: *lex mercatoria* // Белорусский журнал международного права и международных отношений. Минск, 2001. № 3. С. 25-28
71. Петров К. В. Соотношение обычного права и закона в русской судебной практике XVI-XVII вв. // Государство и право. 2007. № 7. С. 80-86.
72. Плахин А. А. Торговые обычаи и деловые обыкновения. Практика и проблемы квалификации // Законодательство. 2007. № 3. С. 16-20.
73. Покровский И. А. Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права // Вестник гражданского права. 1913. № 4. С. 30-50.
74. Попондопуло В. Ф. О частном и публичном праве / В.Ф. Попондопуло // Правоведение. 1994. № 5-6. С. 53-54.
75. Попова А.В. Принцип добросовестности в обязательственных правоотношениях: судебная практика иностранных и международных судов // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 6. С. 2-6.
76. Приходько А. А., Филимонова М. В. Проблема источников института международных факторинговых операций // Банковское право. 2005. № 4. С. 27-31.
77. Пугинский Б. И. О норме права // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». Право. 1999. № 5. С. 3-10.
78. Пугинский Б.И. Инструментальная теория правового регулирования // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». 2011. № 3. С. 22-32.
79. Пугинский Б. И. Методологические вопросы правоведения // Правоведение. 2010. № 1. С. 6-19.
80. Разумович Н.Н. Источники права и форма права // Советское государство и право. 1988. № 3. С. 62-67
81. Пухта Г.-Ф. Энциклопедия права // Вестн. Гуманит. ун-та.: Науч. альманах. Екатеринбург, 2005. — Вып. 4. С. 191-239.

82. Разумович Н.Н. Источники и форма права. Советское государство и право. - 1988. - № 3. - С.20-27.
83. Раймазайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле//Международные торговые обычаи. М.,1958. С.31-35
84. Ровный В. В. Обычай в современном обороте // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып.5.СПб., 2005.С. 176-194.
85. Розенберг М. Г. Необходимость доказывания существования торгового обычая // эж-ЮРИСТ. 2005. № 27. С.84-94
86. Романова В. В. Роль обычаев делового оборота в регулировании отношений по строительству и модернизации энергетических объектов. Юрист. 2011№. № 14. С.17-20
87. Савенко Г. В. Изучение проблем обычного права в новейших публикациях отечественных юристов. // Правоведение. 2004. № 3. С. 13-15
88. Свечникова Л. Г. Понятия обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридической и этнологической наук) // Государство и право. 1998. № 9. С. 98-102.
89. Скурко Е. В. Правовые принципы в правовой системе, системе права и системе законодательства: теория и практика // Правоведение. 2006. № 2. С. 17-20
90. Тарасенко О. А. Обычаи делового оборота, применяемые в банковской практике. // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2. С. 67-71.
91. Толстик В. А. Общепризнанные принципы и нормы международного права в правовой системе России // Журнал российского права. 2000. № 8. С. 6-8.
92. Троицкая И. В. Обычаи делового оборота в страховании имущественных интересов предпринимателей // Известия Российского государственного педагогического университета.2009. № 104. С. 27-29.
93. Федоров А. Обычай делового оборота // Финансовая газета.№2003. № 2. С. 17-19.

94. Филиппова С. Ю. О составе и структуре юридической науки (в контексте выявления структуры науки торгового права). Вестник Московского университета. Серия 11: Право. М. №6. С. 15-31
95. Филиппова С. Ю. Российская цивилистическая наука: к вопросу о понятии. Законодательство. 2016. № 2. С. 58-67.
96. Филиппова С. Ю. Неясные условия торговых договоров. Законодательство. 2015. № 4. С. 17-21.
97. Филиппова С. Ю. О пользе обязательства // Вестник Московского Университета. Серия 11«Право». 2012. № 6. С. 52-69.
98. Царегородская Е. В. Структура правового обычая в истории правовой мысли // Правоведение. 2007. - № 1.
99. Цихоцкий А. В. Обычай как нетрадиционный источник гражданского права в фокусе научного исследования // Вестник НГУ. Серия: Право. 2006. Т. 2. Вып. 1. С. 202-213.
100. Чернышов В. Н. Вопросы правоведения: сб. науч. тр. юрид. факультета. Вып. 3. Тамбов, 2004. С. 53-58.
101. Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна //Правоведение. 2002. - №2. - С. 4 - 16.
102. Честнов И. Л. Универсальны ли права человека? (Полемиические размышления о Всеобщей декларации прав человека) // Правоведение. 1999. № 1. С. 73-82.
103. Четвернин В. А., Юрко Г. Б. Судебные источники права // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. № 1. С. 21-31.
104. Чичнева Е. А. Актуальные проблемы современного права, или новое правовое мышление // Вестник Московского университета. Серия 7 «Философия». 2001. № 2. С. 85-110.
105. Ширвиндт А.М. Режим соглашений об ответственности за нарушение обязательства в негосударственных сводах гражданского права (часть первая) // Вестник гражданского права. 2014. N 1. С.60-106

106. Яхтанигов З. Обычное право в системе юридического плюрализма // Юридический мир. 2014. № 11. С. 8-11.

8. Зарубежная литература

1. Alderton P.M. Sea Transport Operation and Economics. London and Sunderland, 1993. P. 324
2. Bacon F. The Elements of the Common Lawes of England a Collection of Some Principal Rules and Maxims of Common Law. London, 1630. P.770
3. Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Book the first. Oxford, MDCCLXV.P.201
4. Berger K. P. The creeping codification of the lex mercatoria, Kluwer Law International, 1999. P.188
5. Boardman M.E. Contra Proferentem: the Allure of Ambiguous Boilerplate// Michigan Law Review. 2005-2006.P.657
6. Bonell M.J. Unidroit Principles 2004 The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law // Uniform Law Review, 2004. P.36
7. Buckland W.W. McNair A.D.Roman Law and Common Law. Cambridge, 1952. P.251
8. Busch D., Schellhaas N.H. The Principles of European contract law (Part III) and Dutch law: a commentary II. Kluwer Law International, 2006. P.146
9. Dalhuisen J.H. Legal orders and their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial legal order and Its Lex Mercatoria. 2006. Berkeley.P.271
10. Dalhuisen J.H. on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade law. Volume 2. Jan H Dalhuisen, Oxford and Portland, Oregon 2013.transnationalisation of commercial and financial law. P.365

11. Dicey A.V., Morris J.H.C., Collins L. Dicey and Morris on the conflict of laws. Fourth cumulative supplement: up to date to January 2, 1997. Butterworth, 1997.P.635
12. Dolan J. The Law of Letters of Credit. Warren, Gorham & Lamont, Inc., Rev. ed. 1996. P.271
13. Gaillard E. Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts // International Business Lawyer. 1999. P.165
14. Goldman B. The Applicable Law : General Principles of Law – the Lex Mercatoria // Contemporary Problems of International Arbitration // Contemporary Problems of International Arbitration. L., 1986.P.354
15. Goode R. Abstract payment undertakings and the rules of the International Chamber of Commerce // Saint Louis University Law Journal. 1995. P.725
16. Halpern M., Mehrotra A. K. From International Treaties to Internet Norms: The Evolution of International Trademark Disputes in the Internet Age // University of Pennsylvania Journal of International Economic Law. 2000. P.164
17. Hinze J. Construction contracts. 2-th ed., 2001.P.560
18. Holmes O. W. The Common law / ed. and with introduction by Paulo J. S. Pereira & Diego M. Beltran. Toronto, University of Toronto Law School: Typographical Society, 2011 P.321
19. Horton D. Flipping the Script: Contra Proferentem and Standard Form Contracts // University of Colorado Law Review. 2009. P.431
20. Johnson D. R., Post D. Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace // Stanford Law Review. 1996. P.531
21. Kadens E. The Myth of the Customary Law Merchant // Texas Law Review. Vol. 90. 2012. P.260
22. Lando O. Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium // Scandinavian Studies In Law, № 40, 2000. P.374
23. Lowenfeld A. Lex Mercatoria :An Arbitrator's View // Lex Mercatoria : an Arbitration., 1990. P.200

24. Mustill L. *The New Lex Mercatoria // Liber Amicorum Lord Wilberforce*, OUP. 1987. P.160
25. Rescorla E. *SSL and TLS: Designing and Building Secure Systems*. — 1-st. — Addison-Wesley Professional, October 27, 2000. P.499
26. Schmitthoff Clive M. *The unification or Harmonization of law by Means of Standard Contracts and General conditions*. *International and Comparative law Quarterly* 17(1968). P.551
27. *Spontaneous Emergence of law : Customary law* /Parisi F., Mason G. University School of law., 1999.P.229
28. *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*. Cambridge, 2007. P.279
29. Viega J. *Network Security with OpenSSL // O'Reilly Media, USA*. — Т. 1. 2002. P.386

9. Электронные ресурсы

1. Директивы Нового и Глобального подходов Европейского союза. — Режим доступа: <http://icqc.lv/ru/directive-eu.php>
2. Мурманский морской торговый порт. - Режим доступа: <http://www.portmurmansk.ru/index.phtml?60>
3. Ассоциация участников вексельного рынка. — Режим доступа: <http://www.auver.ru/?document&document=389>.
4. Правила пользования сайтом Вконтакте. — Режим доступа: <http://vk.com/terms>

Приложение 1

Обоснование эмпирического исследования

Цели исследования:

- 1) выявить влияние торговых обычаев на судебную практику;
- 2) определить область предпринимательства, в которой применяются обычаи, и определить особенности действия обычаев в этой области;
- 3) установить способ формирования торговых обычаев.

Гипотеза: торговые обычаи формируются торговыми сообществами и не требуют судебными органами. Роль торговых обычаев на регулирование отношений сторон по реализационным торговым договорам значительна и существенно расширилась за период 2014–2015 гг.

Методы: подсчета, обобщения и анализа.

Заключение: Эмпирическое исследование показало практическую и юридическую значимость обычаев, легитимированных торговыми сообществами, и их определенное место в иерархической системе источников права. Попытка законодателя признать характер санкционирующего органа за судом, на наш взгляд, противоречит основным принципам гражданского права, в частности, таким, как невмешательство кого-либо в частные дела; свобода договора и др., а самое главное – не придает признанному сторонами в качестве обычая правилу поведения общеобязательного, нормативно-правового характера, поскольку оно признается таковым той или иной социальной общностью, а не императивно устанавливается сверху, судом.

Частота употребления слов:

В гл. 30 ГК РФ встречаются слова: «обычай» и «обычный» – 26 раз; «характер» – 8 раз; «стандартная форма» – 1 раз.



Рисунок 1. Частота употребления в судебной практике слова «обычай» в 2014 г. (по статьям)

Использование в судебной практике за 2014 г. статей, содержащих слово «обычай», имеет место: ст. 459 – 367 раз, ст. 469 – 848 раз, ст. 478 – 263 раза, ст. 493 – 385 раз, ст. 508 – 379 раз.

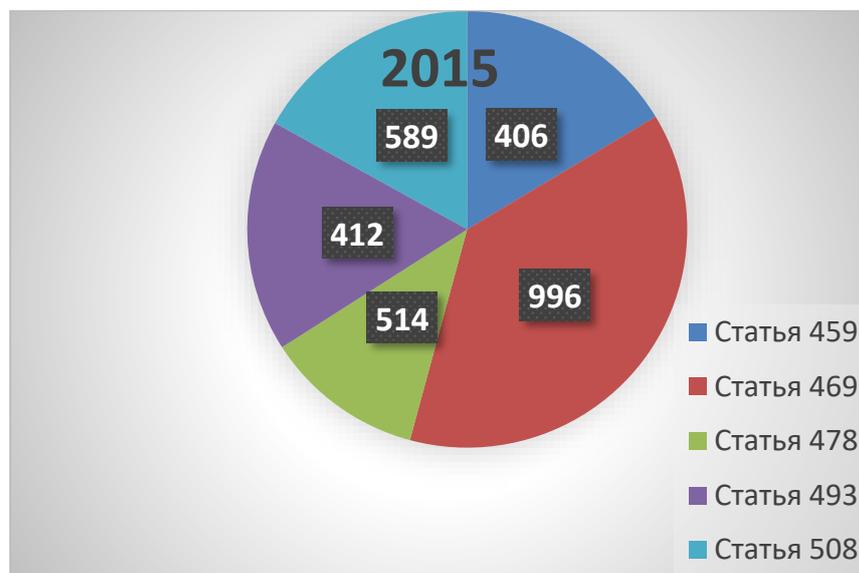


Рисунок 2. Частота употребления в судебной практике слова «обычай» в 2015 г. (по статьям)

В 2015 г. судебная практика использует указанные ниже статьи, содержащие слово «обычай», в следующем объеме: ст. 459 – 406 раз, ст. 469 – 996 раз, ст. 478 – 514 раз, ст. 493 – 412 раз, ст. 508 – 589 раз.

Приложение 2

Критерий/Вид стандартов	Сферы регулирования стандартов	Основные способы регулирования	Какие виды санкций используются	Юридическая сила стандартов
Нью-Йоркские Стандарты профессиональной ответственности	Содержат ряд принципов и правил, на которые адвокат может опираться во многих конкретных ситуациях	Обязанность адвоката осуществлять профессиональное суждение исключительно от имени клиента и в его интересах. И ряд других нравственных и этических правил	Дисциплинарные: выговор, порицание, рекомендации во избежание дальнейших нарушений	Одобрение данных правил отдельной ассоциацией
Стандарты Управления по регулированию финансовой индустрии Financial Industry Regulatory Authority	Регуляторы для всех инвестиционных фирм, занимающихся бизнесом в США, защищают интересы инвесторов США, создают надежную индустрию ценных бумаг	Позволение, дозволение, обязывание	Может возбуждать дисциплинарное производство против фирм и индивидуальных брокеров; штрафовать их, требуя возмещение убытков	При госучастии
Стандарты и требования SRA	Стандарты концентрируются на обеспечении положительных результатов в работе и защите клиентов, в формировании клиентской базы	Обязывание в плане достижения определенных результатов в работе с клиентами	Английские фирмы в случае нарушения данных стандартов несут ответственность дисциплинарного характера, в том числе судебное преследование	Социальная легитимация
Стандарты Профессиональной ассоциация FS-ISAC	Совместная работа над критическими угрозами безопасности, с которыми сталкивается глобальный сектор финансовых услуг	Рекомендации	Исключение из состава участников	Договорный
Система стандартов Ассоциации участников вексельного рынка(АУВЕР)	Система стандартов АУВЕР отражает обычаи делового оборота; источник вексельного права	Данные стандарты обязательны к исполнению участниками АУВЕР	В данной ассоциации установлен Кодекс мер дисциплинарного воздействия на участников вексельного рынка	Решение об изменении стандартов принимается путем одобрения всеми членами сообществам, то есть легитимацией.
Стандарты и правила деятельности НП «Московская саморегулируемая организация профессиональных арбитражных	Осуществление профессиональной деятельности на рынке несостоятельности (банкротства)	В основном – обязывание. Обязанность пользоваться услугами консалтинговых и иных организаций, оказывающих услуги в сфере антикризисного управления	Меры дисциплинарного воздействия: привлечь арбитражного управляющего к ответственности в виде приостановления деятельности	Решение о принятии и об изменении стандартов принимается путем одобрения всеми членами сообществам, то есть

управляющих»				легитимацией
Стандарты качества банковской деятельности Ассоциации Российских банков	Качество банковской деятельности, информационная безопасность организации банковской системы, управление кредитными рисками	Дозволения и рекомендации	Рекомендации возместить причиненный вред	Договорная
Российский Кодекс практики рекламы и маркетинговых коммуникаций Ассоциации Рекламодателей	Формирование общей позиции рекламодателей в рамках развития процесса саморегулирования в рекламе	Дозволения и рекомендации. Однако, участники могут взять на себя индивидуальные обязательства перед данной ассоциацией	Отсылочные санкции – нарушение антимонопольного законодательства в результате несоблюдения положений данного Кодекса	Договорная