

# LEX MERCATORIA И SOFT LAW В СОСТАВЕ НЕГОСУДАРСТВЕННЫХ ИСТОЧНИКОВ РЕГУЛИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ МОРСКИХ ПЕРЕВОЗОК

**Соболев Игорь Дмитриевич**

кандидат юридических наук, доцент,  
Московский государственный юридический  
университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА)  
igor.sobolev.80@bk.ru

## LEX MERCATORIA AND SOFT LAW AS PART OF NON-STATE SOURCES OF INTERNATIONAL SEA TRANSPORTATION REGULATION

**I. Sobolev**

*Summary:* The article deals with the problems of the legal nature, correlation and interaction of *lex mercatoria* and *soft law* as part of non-state sources of regulation of international shipping, as well as international commercial activity as such. Doctrinal positions and analysis of the relationship between the concepts of customs and habits, non-state sources of regulation, the legal nature and development of the concepts of *lex mercatoria* and *soft law* are presented. It has been established that the understanding of development trends and the study of the modern interaction of individual regulatory regulators of international, national, special customs, as well as regulations of international transport organizations, standard proformas, unified rules, regulations and standards, requires establishing a relationship between the regulators of the *lex mercatoria* and *soft law* spheres. Attention is drawn to the difference in the legal regulation of international and national law, as well as non-state sources of regulation of international maritime transport. The provisions of various normative regulators of private international law, state and non-state sources of regulation of relations in international trade are compared. It is concluded that it is private international law, as a legal science and a branch of law that overcomes conflict problems and solves the problem of combining various regulatory regulators in legal regulation, both international and national, and state and non-state origin, can provide the necessary legal tools for harmonious connection regulators of various normative nature.

*Keywords:* private international law, international trade law, *lex mercatoria*, *soft law*, custom, jurisdiction, international maritime transport.

*Аннотация.* В статье рассматривается проблематика правовой природы, соотношения и взаимодействия *lex mercatoria* и *soft law* в составе негосударственных источников регулирования международных морских перевозок, а также международной коммерческой деятельности как таковой. Представляются доктринальные позиции и анализ соотношения понятий обычаев и обыкновений, негосударственных источников регулирования, правовой природы и развития концепций *lex mercatoria* и *soft law*. Установлено, что понимание тенденций развития и исследование современного взаимодействия отдельных нормативных регуляторов международных, национальных, специальных обычаев, а также нормативных актов международных транспортных организаций, типовых проформ, унифицированных правил, регламентов и стандартов требует установления соотношения между регуляторами сферы *lex mercatoria* и *soft law*. Делается вывод, что именно международное частное право, как юридическая наука и отрасль права, преодолевающая коллизионные проблемы и решающая задачу соединения в правовом регулировании различных нормативных регуляторов, как международного и национального, так и государственного и негосударственного происхождения, может дать необходимый правовой инструментарий для гармоничного соединения регуляторов различной нормативной природы.

*Ключевые слова:* международное частное право, *lex mercatoria*, *soft law*, обычай, обыкновение, юрисдикция, международная морская перевозка.

Правовое регулирование международных морских перевозок характеризуется значительной ролью третьей группы источников, выделяемой наряду с международным и национальным правом, оказывающей весомое влияние на регулирование транспортных отношений в этой сфере, которую исследователи [7, 8, 11] часто определяли как обычаи «особенностью морского транспорта является ... наличие третьего источника — морских обычаев, которые определяют сравнительно узкую, однако практически важную сферу отношений в области морских перевозок» [11, с. 196]. Характеризуя современное состояние правового регулирования, особенно если учитывать тенденции его развития, рас-

ширение многообразия и изменение правовой природы используемых регуляторов представляется, что обозначение в этой группе лишь обычаев в современных условиях будет явно недостаточным и прежде всего здесь следует применить более широкое понятие: негосударственные источники регулирования. Это важно поскольку вместе с международными, национальными, специальными и иными видами обычаев здесь можно выделить и другие нормативные регуляторы, имеющие не менее важное значение, как например, различные обыкновения, нормативные акты международных транспортных организаций, типовые проформы, унифицированные правила, регламенты, стандарты и типовые

правила, а также иные нормативные регуляторы из сферы *lex mercatoria* и *soft law*. И здесь важно обратить внимание, что в последний период глобализации активное развитие этих негосударственных источников регулирования значительно повлияло на содержание и изменило соотношение этих источников, потребовало по-новому взглянуть и оценить их значение и место в регулировании отношений международной морской перевозки и международной коммерческой деятельности в целом, а также переосмыслить и актуализировать некоторые ранее сложившиеся представления в этой сфере.

Исторические корни *lex mercatoria* (лат. — право купцов, право торговцев) уходят в европейское средневековье, однако современная концепция стала активно развиваться в научном обиходе с 50–60-х гг. XX века, когда остро встала задача обозначить и исследовать автономность, обособленность регламентации международных торговых сделок от каких-либо национальных систем правового регулирования [1, с. 219–220]. Определения и природа *lex mercatoria* понималось учеными (Б. Голдман, А. Голдштейн, Ф. Кан, Ф. Фушар, К. Шмитхофф) разнообразно, но в качестве основного содержания всеми выделялись источники негосударственного регулирования: обычаи, занимавшие центральное место, а также торговые (деловые) обыкновения, типовые договоры (контракты), общие условия, своды единообразных правил и пр. [13, с. 106–107].

Специфические особенности функционирования морского транспорта и обеспечивающей его инфраструктуры, а также длительные исторические традиции формирования изначально выделили негосударственные источники регулирования в этой сфере в приоритетную регулятивную систему, особенно применительно к ее международной составляющей. Для сферы *lex mercatoria* в период сложившейся устойчивой торговой практики именно обычаи, в его классическом механизме формирования характеризующемся: 1) длительностью формирования; 2) устойчивостью повторения и 3) единообразием применения [3, с. 10–11] на длительный период обеспечил ведущую роль в качестве основного источника регулирования международной морской перевозки. Английские правоведы, характеризуя применение обычая в морской перевозке использовали признаки: а) разумности; б) нормативной определенности; в) соответствия договорным обязательствам; г) универсальности и д) законности, т.е. непротиворечия действующему праву [14, с. 14–16]. Традиционно английская судебная практика обращалась к обычаю в целях уточнения торговых терминов, прояснения положений контракта, а также использования обычных правил и условий.

Укрепление государств и формирование устойчивой системы международных морских транспортных

коммуникаций привело в XX веке к значительному усилению уже государственных источников регулирования в формате международных соглашений и норм национального права, направленных на регулирования международных морских перевозок. Однако, с учетом особенностей функционирования морского транспорта, в значительной степени это затронуло сферу линейного (регулярного) морского судоходства, оставив за своими рамками трамповые (нерегулярные) морские перевозки, составляющие основу массовых перевозок грузов крупными партиями с максимально полным использованием грузоподъемности судна [12, с. 32]. Кроме того, значительное расхождение в интересах «государств-перевозчиков», обладающих крупными торговыми флотами и удобными выходами к морским коммуникациям, и «государств-грузоотправителей», не имеющими возможностей эффективно развивать морское судоходство, привело к значительным противоречиям в выработке общих норм международных договоров, регулирующих международную морскую перевозку [5, с. 37–39]. В результате единого правового режима регулирования международной морской перевозки в формате государственных источников так и не сложилось, а в сфере международной морской перевозки сформировалось целых четыре конвенционных режима международной морской перевозки отражающих противоположные интересы разных групп государств: 1) режим Брюссельской конвенции 1924 г. (Гаагские правила); 2) режим Брюссельской конвенции в ред. Протокола 1968 г. и Протокола 1979 г. (Правила Гаага-Висби); 3) режим Конвенции ООН о морской перевозке грузов 1978 г. (Гамбургские правила); 4) режим Конвенции ООН о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов 2008 г. (Роттердамские правила).

Все эти обстоятельства в условиях расширения международной торговли и развития глобализации выявили недостаточность как обычно-традиционных механизмов регулирования международной морской перевозки, так и государственно-правовых форматов регулирования в виде международных договоров и национального права. Дальнейшее развитие нормативных регуляторов следует связывать с расширением и дифференциацией негосударственных источников регулирования, которые стали представлять не только обычаи, как основной традиционный источник регулирования, но значительно более широкий и разнообразный круг регуляторов нового регулятивного содержания. В современных условиях новые моменты приобретает и традиционная в научной доктрине тема соотношения обычая и обыкновения, которые принципиально разграничиваются исследователями прежде всего по наличию обязательной юридической силы, которая признается за обычаем и не признается за обыкновением [9, с. 146; 6, с. 68]. Этот обоснованный и правомерный вывод, тем не менее вызывает недооценку значения регулятивной роли и правовой

природы обыкновения, которое в современном формате ускоренного и интенсивного развития отношении пошло по новому пути развития. Кроме того, как указывал И.С. Зыкин, соглашаясь с данным утверждением, фактически понятие обычая отождествляется с понятием правовой обычай, а обыкновение при этом приравнивается к неправовому обычаю [4, с. 22]. В рамках этого подхода при разграничении обычая и обыкновения в работах С.И. Вильянского [2, с. 15] и И.Б. Новицкого [10, с. 67–68] указывалось, что 1) обычай является правовой категорией и устанавливается судом, в то время как обыкновение является фактическим обстоятельством, доказываемым сторонами; 2) обычай как правовой источник применяется независимо от его знания сторонами, в то время как обыкновение может применяться лишь при знании сторон о его существовании; 3) обычай как правовой источник требует прямого указания на него в законе, обыкновению же не являющемуся правовой нормой таких указаний закона не требуется; 4) при коллизионной отсылке применимое иностранное право будет включать только обычай, но не обыкновения, однако, в этом случае нужно учитывать положения самого применимого иностранного права и его трактовку обыкновению; 5) обычай будет применяться аналогично диспозитивной норме, если иное не предусмотрено соглашением сторон, на обыкновение же требуется прямая ссылка в договоре или явное указание на намерение сторон его использовать. Отсюда будет вытекать и то, что обычай не может противоречить диспозитивным положениям права, в то время как обыкновения, в рамках допустимой автономии воли, может расходиться с положениями диспозитивных норм права [4, с. 24]. Основываясь, можно сказать, на уже утвердившемся в отечественной доктрине разграничении обычая и обыкновения по наличию обязательной юридической силы и, принимая во внимание вышеперечисленные правовые следствия, вытекающие из этого критерия, представляется, что обыкновение можно охарактеризовать как протообычай, единственной границей для утверждения которого является государственная санкция.

Новым этапом в эволюции и осмыслении сферы негосударственного регулирования и развития предпосылок, заложенных в теориях и регуляторах *lex mercatoria* стали идеи и концепции *soft law*, активно выдвигающийся в XXI веке. В ее основе лежит уже активная и успешная деятельность международных организаций, на протяжении XX века показавших свою эффективность в регулировании отношений в сфере международной коммерческой деятельности и составивших реальную конкуренцию государственным механизмам регулирования как международного, так и национального характера. Особым успехом и ключевым моментом в этом процессе стало создание Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) в 1994 году Принципов международных коммерческих контрактов

(далее — Принципы), не имевшим официально подтвержденного государствами статуса и опиравшемся лишь на практическую эффективность своих норм, а также профессионализм и авторитет своей организации. Нормативно-правовую основу Принципов составили регуляторы из сферы *lex mercatoria* и негосударственного регулирования международной коммерческой деятельности. Опыт оказался крайне успешным и востребованностью Принципов превзошла даже изначальные ожидания разработчиков. Окончательный успех и результат действия Принципов был закреплен по итогам десяти лет применения принятием второй редакции Принципов в 2004 году. Новая редакция увеличила количество статей со 120 до 185, добавив еще пять глав, которые урегулировали вопросы представительства, права третьих лиц, передачу договоров, перевод обязательств и исковую давность.

Идея и концепция *soft law* уже фактически оформила путь негосударственного регулирования международной коммерческой деятельности и преобразования неправовых обычаев и обыкновений в регуляторы *soft law*. И это уже не путь преобразования обыкновений в обычай, путем длительного, устойчивого и единообразного применения, как это было свойственно *lex mercatoria*, и не превращение в правовые обычаи национального права, а механизм трансформации в нормативные регуляторы *soft law* и приобретение регулятивной силы через авторитет и влияние международных организаций и принимаемые ими нормативные акты. На национальном уровне интенсификация и формализация механизма формирования обычая из обыкновения приобрела в наделении уполномоченных общественных институтов правом признавать обычаями определенные сложившиеся на практике правила, что, например, в Российской Федерации было отражено в полномочиях Торгово-промышленной палаты. В соответствии с подп. н, п. 3 ст. 15 Закона «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» Торгово-промышленная палата РФ «свидетельствует обстоятельства непреодолимой силы (форс-мажор) в соответствии с условиями внешне-торговых сделок и международных договоров Российской Федерации, а также обычаи, сложившиеся в сфере предпринимательской деятельности, в том числе обычаи морского порта» [15].

Таким образом, традиционно-классический механизм формирования *lex mercatoria* на протяжении XX века, а особенно в последние десятилетия интенсивной глобализации развился и дополнился механизмом негосударственного регулирования в формате *soft law*, относительно которого само традиционное *lex mercatoria*, объединяющая классическую систему обычного права, стало вспомогательным институтом и отошло на второй план. Если определять хронологические рамки развития этого процесса, то условно-начальным

моментом этого процесса можно обозначить образование и начало активной деятельности Международной торговой палаты в 1926 году, а ключевым моментом современного этапа — принятие и утверждение второй редакции Принципов УНИДРУА в 2004 году.

Значимость и «революционность», т.е. качественное преобразование в произошедших изменений в сфере негосударственного регулирования международной морской перевозки, и даже шире можно говорить о международной коммерческой деятельности в целом, заключается в настоящее время в необходимости разграничения явлений *lex mercatoria* и *soft law* прежде всего по двум ключевым признакам, отличающим их правовую природу, которые можно определить, как: 1) интенсификация и 2) автономизация. Признак интенсификации можно раскрыть через механизм формирования и объективизации нормативного и регулятивного содержания *soft law*, выражающийся в активной деятельности определенных общественных субъектов, прежде всего, в лице международных организаций как межправительственных, так и неправительственных, принимающих на себя активную нормотворческую функцию. Здесь уже не происходит свойственного *lex mercatoria* длительного, растянутого во времени и анонимного по существу процесса формирования устойчивых правил, которые постепенно, в процессе правоприменительной практики, набирают авторитет и приобретают качество обычаев, имеющих юридическую силу. В рамках формирования *soft law* правила принимаются и выдаются участникам международной коммерческой деятельности в готовом для применения виде как результат профессиональной деятельности авторитетного общественного субъекта в лице таких организаций как: Международная торговая палата (ИСС), Комиссия ЮНСИТРАЛ, Институт унификации международного частного права (УНИДРУА) и т.п. При этом на национальном уровне эти правила могут и достаточно быстро получить признание и утверждение в качестве обычая, что характерно, например, для практики утверждение новых редакций ИНКОТЕРМС, которые были приняты МТП 1 января 2020 года и стали уже девятой редакцией ИНКОТЕРМС. Постановлением ТПП РФ от 24 июня 2021 года № 8-2 «О свидетельствовании обычая, сложившегося в сфере предпринимательской деятельности» правила МТП «ИНКОТЕРМС 2020» были засвидетельствованы в качестве обычая в Российской Федерации [16].

Признак автономизации заключается в вопросе обретения регулятивной силы за нормативными правилами *soft law*, которая заключается уже не столько в получении правовой силы через интеграцию в систему источников государственного права как это свойственно обычаю, а более ориентируется на авторитет и статус принявшей его международной организации и волеизъявление самих сторон. Усиливающим инструментом

автономизации и самостоятельности *soft law* становится деятельность и практика международных коммерческих арбитражей, как независимой и самостоятельной от государственных судов системы рассмотрения международных коммерческих споров с эффективным механизмом исполнения решений.

Конечно, вполне разумно и допустимо развивать мысль, что *soft law* является следствием и результатом развития *lex mercatoria* на современном этапе развития негосударственных источников регулирования в сфере международной морской перевозки и международной коммерческой деятельности в целом, однако качественные развития и их одновременное существование на ряду друг с другом, требуют их самостоятельного и отдельного рассмотрения, а также определения соотношения между ними. На наш взгляд, *lex mercatoria* продолжает существовать и развиваться, опираясь на свою традиционную систему обычаев и обыкновений, в то время как *soft law* уже формирует особую систему регулирования, которую нужно рассматривать в рамках двойственности правового регулирования в сфере международной коммерческой деятельности. Торговые обыкновения, в этом контексте можно рассматривать как первичную форму проторегуляторов, которые в дальнейшем могут реализоваться либо в рамках *lex mercatoria* превращаясь в обычаи, либо трансформироваться в нормативные правила *soft law*, будучи включенными в унифицированные правила, принятые соответствующей международной организацией.

Также в современных условиях представляется устаревшим утверждение о том, что третью группу источников регулирования международной морской перевозки составляют обычаи, или даже *lex mercatoria* в целом, но без выделения и разбора такого явления как *soft law* и его содержания, особенно после принятия второй редакции Принципов УНИДРУА в 2004 году. Кроме того, наиболее обоснованным представляется рассмотрение третьей группы источников под обобщающим понятием источников негосударственного регулирования объединяющем нормативные регуляторы *lex mercatoria* и *soft law*.

Несомненно, для современного периода развития правового регулирования международной коммерческой деятельности и международной морской перевозки, как наиболее показательной сферы на этом направлении нельзя не сделать вывода в отношении *soft law*, как сформировавшегося конкурирующего социального регулятора относительного государственного как национального, так и международного права, которое в этом контексте можно определить как *hard law*. Непосредственная самостоятельность гражданского общества прежде всего обрела свои устойчивые очертания в сфере международной коммерческой деятельности,

где власть государства не имеет столь всеобъемлющего характера, как в рамках национальных границ и объективная сторона трансграничной деятельности сформировала объективную основу для нового социального регулятора. Здесь можно сказать, что именно международное частное право, как юридическая наука и отрасль права, преодолевающая коллизионные про-

блемы и решающая задачу соединения в правовом регулировании различных нормативных регуляторов, как международного и национального, так и государственного и негосударственного происхождения, может дать необходимый правовой инструментарий для гармоничного соединения регуляторов различной нормативной природы.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3 т.: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Бек, 2002. Т. 2: Особенная часть. — 656 с.
2. Вильнянский С.И. Обычаи и правила социалистического общежития. Ученые записки Харьковского юридического института. Вып.5., 1954.
3. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле: Понятие, применение, формирование, применимое право, типовые контракты. М.: Международн. отношения, 1983. — 158 с.
4. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. Дисс. на соиск. уч. степ. канд.юр.наук. Москва, — 1979.
5. Иванов Г.Г., Маковский А.Л. Международное частное морское право. Л.: Судостроение, 1984. — 280 с.
6. Канашевский В.А. Международное частное право: учебник. 4-е изд. М.: Международные отношения, 2019. — 1064 с.
7. Кокин А.С. Международная морская перевозка грузов: право и практика, М.: Волтерс Клувер, 2007. — 584 с.
8. Маковский А.Л. Правовое регулирование морских перевозок грузов. М.: Мор. Транспорт, 1961. — 314 с.
9. Международное частное право. Учебник под ред. Г.К. Дмитриевой. 5-е изд. М. «Проспект», 2022. — 1216 с.
10. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М., Госюриздат, 1959.
11. Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. М.: Юрид.лит., 1981. — 288 с.
12. Условия коммерческой эксплуатации морских судов в заграничном плавании / под общ. ред. Б. Хабуря. — М.: Рекламбюро ММФ, 1972.
13. Jessup P. Transnational Law. New Haven, 1956. P. 106–117.
14. Scrutton T.Ed.. The Contract of Affreightment as Expressed in Charterparties and Bills of Lading. William Clowes and Sons. 1893. P. 14–16.
15. Закон РФ от 7 июля 1993 г. N 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации».
16. Постановление ТПП РФ от 24 июня 2021 года № 8-2 «О свидетельствовании обычая, сложившегося в сфере предпринимательской деятельности».

© Соболев Игорь Дмитриевич (igor.sobolev.80@bk.ru).

Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»