

МЕЖДУНАРОДНЫЕ (МЕЖГОСУДАРСТВЕННЫЕ) ОБЫЧАИ КАК РЕГУЛЯТОРЫ ЧАСТНОПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

© 2008 г. В. А. Канашевский¹

О понятии обычая и международного обычая

В общей теории права под обычаями принято понимать “правила поведения общего характера, исторически складывающиеся в силу данных фактических отношений и вошедшие в привычку в результате многократного повторения”². Среди обычаев принято выделять правовые обычаи, т.е. обычаи, санкционированные государством посредством отсылки к ним в законе или восприятия их судебной или арбитражной практикой. И.С. Зыкин в работе “Обычаи и обыкновения в международной торговле” отмечает, что такие обычаи являются источниками права и применяются как правовые нормы³. По мнению автора, для квалификации обычая необходимо учитывать: 1) значение фактора времени; 2) необходимость его постоянного применения и соблюдения, когда он становится “устойчивой нормой поведения”; 3) единообразие, когда соответствующее правило соблюдается в подавляющем большинстве случаев⁴.

Из числа обычаев выделяют международные обычаи. Все международные обычаи можно разделить на две категории. Во-первых, те, которые сложились в практике взаимоотношений между государствами и являются источниками международного публичного права. Во-вторых, те, которые сложились в практике международной торговли между частными лицами. Это так называемые международные торговые обычаи.

Вместе с тем Л.П. Ануфриева, размышляя об обычаях международной торговли, говорит об их соблюдении государствами. “Например, правила захода в порты, швартовки, причаливания... могут различаться в зависимости от того, – утверждает автор, – на каком континенте или в какой его части находится данный порт. Такие правила не могут носить общеобязательного характера. Они связывают только те государства, которые в той или иной форме согласились на их общеобязательность и молчаливо признали необходимость их соблюдения”⁵.

С точки зрения Г.К. Дмитриевой, “правовой обычай может быть источником права как национального, так и международного (публичного). Поэтому при решении вопроса, является ли обычай источником меж-

дународного частного права, нужно исходить от того, о каком обычае идет речь”⁶. Автор выделяет, во-первых, “международно-правовой обычай – ... сложившееся в практике устойчивое правило, за которым государства признают юридическую силу (opinio juris)...”, “соглашение между государствами, возлагающее юридические обязательства на государства”, и, во-вторых, “обычаи международного торгового или делового оборота” – правила, которые “сложились в отношениях не между государствами, а между физическими и юридическими лицами разных государств в предпринимательской сфере”. Последние, по мнению автора, “не имеют юридической силы и не могут быть юридическими источниками ни международного (публично-го), ни национального права... Строго терминологически – это не обычаи, а обыкновения... Вместе с тем обычаи международного делового оборота могут приобрести юридическую силу и стать источником права, если государства признают за ними это качество”⁷.

В.П. Звеков различает международные обычаи, возникающие в условиях межгосударственного общения, и обычаи международного торгового оборота, происхождение которых “связано с интернационализацией хозяйственной жизни..., предпринимательской деятельностью в рамках международного торгового оборота”⁸.

Думается, что деление международных обычаев на межгосударственные и торговые соответствует реально существующей практике. В отличие от международных обычаев, которые формируются государствами, международные торговые обычаи признаются государствами. Если говорить о российском законодательстве, то о применении международных обычаев к гражданским отношениям говорит ст. 7 Гражданского кодекса РФ, в то время как о применении к гражданским отношениям международных торговых обычаев идет речь в ст. 1186, а также в ст. 5, 309, 421 Кодекса.

В литературе также проводится различие между международными торговыми обычаями и национальными торговыми обычаями, применимыми к международным торговым отношениям. Так, Д.Ф. Рамзаев все обычаи, касающиеся международной торговли, делит на два вида: 1) “обычаи, касающиеся исключительно операций по экспорту... и импорту...”; 2) “обычаи, могущие иметь применение как в отношении внешнеторговых сделок, так и в отноше-

¹ Доцент кафедры международного частного права Московской государственной юридической академии, кандидат юридических наук.

² Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 180–181.

³ См.: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983. С. 13–17.

⁴ Там же. С. 10–11.

⁵ Ануфриева Л.П. Международное частное право. Т. 1. Общая часть. Учебник. М., 2000. С. 158.

⁶ Ануфриева Л.П., Бекяшев К.А., Дмитриева Г.К. Международное частное право. Учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 2004. С. 94.

⁷ Там же. С. 96–97.

⁸ Международное частное право. Учебник / Отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004. С. 63–64.

нии сделок по внутренней торговле данной страны”⁹. С точки зрения автора, вследствие сходства и совпадения торговых обычаев разных стран “возможно понятие международного торгового обычая”¹⁰. Следует также согласиться с утверждением автора о том, что “относящиеся к международной торговле правила представляют собой, с юридической точки зрения, правила, действующие на определенной территории. Поэтому вопрос о применении в соответствующем случае того или иного конкретного обычая должен решаться на основе законодательства той страны, право которой подлежит применению к внешнеторговой сделке”, “так как содержание гражданских правоотношений сторон по сделке может определяться на основе законов” той или иной страны¹¹. Данные суждения автора содержат очень ценные указания по поводу правовой основы действия международных торговых обычаев. В свете указанных рассуждений можно заключить, что международный торговый обычай по своей юридической природе является разновидностью обычая делового оборота (ст. 5, 309, п. 5 ст. 421 ГК РФ и др.), но не общепризнанной нормой международного права (ст. 7 ГК РФ).

Л.А. Лунц предлагал различать “в сфере международных обычаев торговли такие, которые действительно могут быть названы унифицированными международными нормами, и такие, которые применяются во внешней (международной) торговле, но вследствие своих национальных особенностей не могут быть названы нормами международного характера и являются по существу национальными обычаями”¹².

А.Л. Маковский, анализируя положения морского законодательства различных стран об обычаях, утверждает, что “в нормах такого действия государство санкционирует применение своими органами или лицами международных обычаев, сложившихся в определенной области отношений... и тем самым придает им силу своего внутреннего закона”¹³.

Думается, что имеются серьезные основания для деления на международные торговые обычаи и национальные торговые обычаи, применимые к международным торговым отношениям. При этом последние действуют в составе национального права, применимо к международному гражданскому отношению.

Общепризнанные принципы и нормы международного права

К числу международных правовых регуляторов гражданских отношений помимо норм международных договоров в соответствии с Конституцией РФ (ч. 4 ст. 15) и ГК РФ (п. 1 ст. 7) отнесены “общепризнанные принципы и нормы международного права”. Обще-признанные принципы и нормы международного пра-

ва, о которых идет речь в законах России, могут иметь форму международно-правовых обычаев. При этом, как справедливо отмечает Т.Н. Нешатаева, “статья 15 Конституции и затем ст. 7 ГК РФ включили... общепризнанные нормы международного права... в правовую систему России, но их место в системе определено менее четко, чем это сделано в отношении договоров”¹⁴.

Применение принципов международного права встречается в практике Конституционного Суда РФ. В постановлении по делу «О проверке конституционности Федерального закона от 15 апреля 1998 г. “О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации”» от 20 июля 1999 г.¹⁵ Конституционный Суд РФ отметил, что “государство обязано признавать, соблюдать и защищать право собственности согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией РФ” (п. 3).

Определение международного обычая принято брать из ст. 38 Статута Международного Суда ООН, в соответствии с которой международным обычаем признается “доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы”. Толкование понятия “международный обычай” дается, в частности, в постановлении Пленума Верховного Суда “О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ” от 10 октября 2003 г.¹⁶ Согласно п. 1 указанного постановления “под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. К общепризнанным принципам международного права, в частности, относятся принцип всеобщего уважения прав человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств. Под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного. Содержание указанных принципов и норм международного права может раскрываться, в частности, в документах ООН и ее специализированных учреждений”.

Обычные международно-правовые нормы возникают в результате межгосударственной практики, когда действия государств позволяют заключить о становлении нормы международного права. “Практика государств, – говорит Г.И. Тункин, – может состоять в том, что при известных обстоятельствах они предпринимают определенные действия или, наоборот, воздерживаются от принятия действий”¹⁷. Причем “основную роль в возникновении межгосударственной

⁹ Рамзайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле // В кн.: Международные торговые обычаи. М., 1958. С. 7.

¹⁰ Там же.

¹¹ Там же. С. 8.

¹² Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1963. С. 165.

¹³ Иванов Г.Г., Маковский А.Л. Международное частное морское право. Л., 1984. С. 31.

¹⁴ Нешатаева Т.Н. Международный гражданский процесс. Учебное пособие. М., 2001. С. 46.

¹⁵ См.: Собрание законодательства РФ. 1998. № 16. Ст. 1799. В связи с постановлением Конституционного Суда РФ в Закон были внесены изменения (см.: Федеральный закон от 25 мая 2000 г. // Собрание законодательства РФ. 2000. № 22. Ст. 2259).

¹⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

¹⁷ Тункин Г.И. Теория международного права / Под общ. ред. Л.Н. Шестакова. М., 2000. С. 101.

практики играет практика органов государства, наделенных компетенцией в области внешних сношений¹⁸. Как справедливо отмечает Г.В. Игнатенко, «обычай приобретает юридическое значение в результате однородных и идентичных действий государств и определенным образом выраженного ими намерения придать таким действиям нормативное значение»¹⁹.

Под общепризнанными нормами международного права принято понимать те правила, которые признаются «в качестве правовой нормы» большинством государств. Как отмечает Г.И. Тункин, «практически во всех случаях, когда необходимо установить наличие той или иной общепризнанной нормы международного права, нормальная процедура состоит в том, чтобы исследовать, имеется ли «всеобщая практика» и, если такая практика существует, получила ли она признание в качестве правовой нормы и каким количеством государств»²⁰. Известно, что обычными нормами являются основные принципы международного права, такие как уважение суверенитета, невмешательство во внутренние дела другого государства и т.д.

Общепризнанные нормы играют роль правового регулятора главным образом межгосударственных отношений, и их роль в регулировании гражданских отношений ограничена. Например, Л.А. Лунц полагал, что «лишь по очень немногим вопросам коллизии законов можно опираться на международный обычай как источник права. В коллизионном праве роль международного обычая, за некоторым исключением, ограничивается нормами, непосредственно вытекающими из начала государственного суверенитета»²¹. Так, в одном из дел, рассмотренных Международным коммерческим арбитражным судом при ТПП РФ (МКАС), в контракте содержалась оговорка о применении к отношениям сторон *норм международного права*. МКАС заявил, что он не может применить к отношениям сторон международное право «ввиду его неопределенности»²².

Следует отметить, что понятие «общепризнанные нормы международного права» не относится к международным торговым обычаям. Что касается регулирования гражданских отношений, то под это определение могут подпадать, в частности, такие формы межгосударственной практики, как запрет дискриминации, незаконной торговли, в некоторых случаях обход запретительной нормы другого государства, например запрет торговли культурными ценностями, нарушение валютного законодательства.

Обычно в литературе принято говорить о значении для регулирования гражданских отношений принципа уважения прав человека и основных свобод²³. По мне-

нию Е.А. Суханова, общепризнанные принципы и нормы международного права, «как и общие принципы гражданского права, определяют содержание и применение соответствующих гражданско-правовых норм». В качестве примера автор приводит принцип запрета дискриминации иностранцев по сравнению с отечественными субъектами гражданских отношений²⁴. Следует согласиться с мнением Г.В. Игнатенко о том, что «международное право не только влияет на национальное законодательство по вопросам прав человека, не только устанавливает общепринятые стандарты, которыми должны руководствоваться государства..., но и становится непосредственным регулятором и гарантом определенных элементов правового статуса личности, обеспечиваемого наряду с национальным международным правовым механизмом»²⁵.

В литературе также отмечается, что отсутствие перечня общепризнанных норм «создает и будет создавать в дальнейшем трудности при применении судами и другими... органами и лицами формулы «общепризнанные принципы и нормы международного права»»²⁶.

Как отмечает Л.Н. Галенская, «общие принципы международного права обладают высшей юридической силой в международных отношениях, им свойственна императивность, они выступают в качестве критерия законности, системообразующего фактора и могут быть основой для принятия решений по конкретным делам»²⁷. Например, в международном частном праве принцип запрета применения силы или угрозы силой «приобретает определенное своеобразие». «Если в международном публичном праве, – отмечает автор, – в качестве мер экономического давления называют экономическую блокаду, бойкот, эмбарго, задержание (арест) морских судов и пр., то в международном частном праве это будет любое принуждение (к заключению сделки, партнерству, вступлению в брак и пр.). Правоотношение, возникающее под угрозой применения силы, является недействительным»²⁸. Другой принцип международного права – принцип невмешательства во внутренние дела «налагает на государства обязательства не распространять свой контроль на иностранные юридические и физические лица, находящиеся на своей национальной территории»²⁹.

Вопрос о международных обычаях как регуляторах частноправовых отношений может быть поставлен также в свете более общей и самостоятельной проблемы о соотношении международного частного и международного публичного права. Известно, что междуна-

¹⁸ Даниленко Г.М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве // Сов. ежегодник международного права, 1982. М., 1983. С. 154.

¹⁹ Международное право. Учебник для вузов / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М., 1999. С. 109.

²⁰ Тункин Г.И. Указ. соч. С. 114.

²¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1959. С. 90.

²² См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999–2000 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002. С. 264–266.

²³ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая (Постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., 1997. С. 2.

²⁴ Гражданское право. В 2-х т. Т. 1. Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. С. 68.

²⁵ Международное право. Учебник для вузов / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. С. 126–127.

²⁶ Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституция РФ // Моск. журнал международного права. 1994. № 4. С. 7.

²⁷ Галенская Л.Н. Действие общих принципов международного права в сфере международного частного права // Журнал межд. частного права. 1995. № 4 (10). С. 5.

²⁸ Там же. С. 5–6.

²⁹ Галенская Л.Н. Указ. соч. // Журнал межд. частного права. 1996. № 1–2 (11–12). С. 3.

родное публичное право изначально было призвано регулировать отношения между государствами как суверенами, однако позднее стало более активно “вторгаться” в регулирование отношений между субъектами, находящимися под юрисдикцией конкретных государств, прежде всего в такой сфере, как права человека. Вместе с тем, как в отечественной, так и в зарубежной литературе предпринимались и предпринимаются попытки конструирования неких общих принципов для международного частного и международного публичного права.

В частности, К. Липштейн анализирует несколько принципов международного частного права (МЧП), которые в разное время предлагалось рассматривать в качестве принципов международного публичного права: (1) каждое государство должно иметь систему МЧП; (2) государства не должны полностью исключать применение иностранного права; (3) государства вправе исключать применение иностранного права на основе публичного порядка; (4) государство не вправе применять свои собственные нормы о статусе к тем лицам, которые лишь временно пребывают на его территории; (5) недвижимости регулируются законом местонахождения вещи (*lex situs*), а права, приобретенные на движимые вещи на основании предыдущего *lex situs*, должны признаваться; (6) форма регулируется законом места совершения акта (*lex loci actus*); (7) судебный процесс регулируется законом страны суда (*lex fori*); (8) в контрактах допускается свободный выбор применимого права. При этом К. Липштейн отмечает, что, хотя первые из этих четырех принципов и свидетельствуют об определенной тенденции, которой следуют государства, они не предписывают государствам применение какой-либо конкретной нормы МЧП, например не говорят, какой закон должен регулировать статус лица – гражданства или постоянного проживания. Более того, повсеместное применение государствами публичного порядка в качестве коррективы для обычного применения иностранного права свидетельствует, по мнению автора, в пользу того, что государства не могут найти согласия относительно каких-либо общих стандартов материального и коллизионного характера³⁰.

Соглашаясь с автором, добавим, что само совпадение коллизионных норм, а также правил, ограничивающих их применение, не означает конституирования соответствующего международного обычая, поскольку у государств не существует обязательств по международному публичному праву принимать те или иные коллизионные нормы. В отечественной науке совпадающие в праве различных государств коллизионные нормы принято характеризовать в качестве “основных типов” коллизионных норм (или привязок), но не как международные обычно-правовые правила. “Фактически, – пишет К. Липштейн, – большинство государств имеют систему МЧП и ни одна страна категорически не отказывается применять иностранное право. Однако данное положение не означает, что согласно международному публичному праву существует обязанность государств вводить какую-либо

конкретную норму МЧП, не говоря уже о принятии некоего единообразного комплекса норм МЧП”³¹.

О различном толковании формулировки ст. 7 ГК РФ свидетельствуют многочисленные публикации, авторы которых, очевидно, не делают различий между международными обычаями как источниками международного публичного права и международными торговыми обычаями. В частности, А.П. Белов, анализируя формулировку ст. 7 ГК РФ “общеизвестные принципы и нормы международного права”, задается вопросом: “имеется ли какой-либо документ, в том числе международный, который бы помог понять, что скрывается за указанным понятием?”. По мнению автора, такой документ есть, и речь идет о Принципах УНИДРУА³². Далее рассуждения автора вызывают еще больше вопросов: «Поскольку “Принципы” являются авторитетными и общепризнанными, то их применение в России представляется правомерным как сторонами договоров, так и судами..., если положения “Принципов” не противоречат императивным нормам российского права»³³. Последнее утверждение вызывает недоумение: общепризнанная норма международного права применяется лишь в части, не противоречащей императивным нормам российского права?!

В монографии Е.В. Брунцевой, посвященной международному коммерческому арбитражу³⁴, находим рассуждения близкого рода. В частности, по мнению автора, “законодательной основой” для применения Принципов УНИДРУА “может служить ст. 7 Конституции (очевидно, имеется в виду ст. 15 Конституции. – В.К.), предусматривающая, что “общеизвестные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы Российской Федерации”³⁵. В другом месте автор признает торговым обычаем аж Венскую конвенцию, нормы которой “инкорпорированы в российское законодательство”, в то время как правила Инкотермс существуют “независимо от него”³⁶.

Неверные выводы относительно квалификации в качестве “международно-правовых норм” делают многие авторы при анализе положений Унифицированных правил Международной торговой палаты (МТП) по инкассо и аккредитивам. Известно, что данные документы были разработаны МТП на основе обобщения банковской практики в области международных аккредитивных и инкассовых расчетов и систематизации сложившихся в банковской сфере обычаев и обыкновений³⁷. По общему положению Уни-

³¹ Ibid.

³² См.: Белов А.П. Международное предпринимательское право. Практическое пособие. М., 2001. С. 273.

³³ Там же. С. 276.

³⁴ См.: Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. Учебное пособие для высших юридических учебных заведений. СПб., 2001.

³⁵ Там же. С. 125–126. Примечательно, что страницей раньше автор пишет о том, что “международное публичное право не содержит норм, регулирующих договорные отношения в частноправовой сфере, и может только осложнить, а не облегчить разрешение споров”.

³⁶ Там же. С. 129.

³⁷ В настоящее время Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов применяются в ред. 1993 г. (публикация МТП № 500), а Унифицированные правила по инкассо действуют в ред. 1995 г. (публикация МТП № 522).

³⁰ См.: Lipstein K. Principles of the Conflict of Laws. National and International. The Hague, 1981. P. 64.

фицированные правила применяются при наличии ссылки на них в договоре между клиентом и банком. Вместе с тем во многих современных отечественных исследованиях авторы дают принципиально неверную характеристику Унифицированным правилам, называя их “международными договорами”³⁸, “нормами международного права”³⁹ или даже “зарубежным законодательством”⁴⁰.

Допускают ошибки также специалисты международного права. Например, Б.Л. Зимненко, анализируя п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ “Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц” от 16 февраля 1998 г., отмечает: “При рассмотрении дела арбитражный суд применил *общепризнанную норму* (выделено мною. – В.К.), содержащуюся в Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах от 26 января 1996 г., рекомендованной Генеральной Ассамблеей ООН к подписанию”⁴¹. Вместе с тем данная норма не относится к общепризнанным нормам международного права, а является отражением сложившихся в международном торговом обороте правил, т.е. может быть квалифицирована скорее как международный торговый обычай (хотя такая квалификация также требует доказательств). К тому же Президиум ВАС РФ, ссылаясь на Конвенцию, говорит не об общепризнанности данной нормы, а о “международно-правовой нормативной и судебной практике”.

Смещение категорий “международные торговые обычаи” и “обычаи международного права” встреча-

ется в законодательстве иностранных государств. Так, согласно ст. 918 ГК Республики Туркменистан, названной “Обычаи международного права”, установлено: “Если не согласовано иное, права и обязанности сторон определяются по установившимся обычаям документарного аккредитива или документарного инкассо в международном обороте”. Такое же правило включено в ст. 878 ГК Грузии “Обычаи международного права”⁴².

Думается, что формула “общепризнанные принципы и нормы международного права – составная часть правовой системы РФ” имеет в виду именно международные обычаи как источники международного права – суверенитет государств, территориальная целостность, неприкосновенность границ, договоры должны соблюдаться и др. При этом толкование указанной формулы необходимо с учетом характера регулируемых гражданским законодательством отношений. Таким образом, в контексте ст. 7 ГК категория “общепризнанные принципы и нормы международного права” означает прежде всего такие правила, как запрет дискриминации иностранных участников, уважение прав человека, запрет произвольного лишения собственности и др.

Анализ современной российской литературы показывает, что авторами вкладывается различный смысл в содержание таких понятий, как “международный обычай”, “международный торговый обычай”, “обычай международной торговли” и т. п. Вполне очевидно, что такое терминологическое разнообразие в обозначении правовых явлений (быть может, изначально понимаемых идентичным образом) не способствует формированию ясного представления о предмете научного анализа, но лишь порождает непродуктивные споры. Отсюда была бы желательна разработка единого терминологического инструментария и доведения его до сведения практикующих юристов и ученых в форме разъяснения одной из высших судебных инстанций.

³⁸ См.: Левинсон М.Ф. Аккредитивы: новый Гражданский кодекс и международные договоры // Росс. юрид. журнал. 1997. № 3. С.41.

³⁹ См.: Бабинова С. Расчеты по инкассо // Хоз. и право. 1998. № 4. С. 47–48; Петрова Г. Осуществление расчетов в форме аккредитива // Право и экономика. 2004. № 7. С. 97.

⁴⁰ См.: Алибутаева Д.М. Расчеты по инкассо // Банковское право. 2004. № 1.

⁴¹ Зимненко Б.Л. Международное право в судебной практике России: конституционное правосудие // Росс. юстиция. 2004. № 1. С. 14.

⁴² См.: Международное частное право. Учебник / Отв. ред. Н.И. Марышева. С. 362.