



ВОПРОСЫ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ НАУКИ И СОВРЕМЕННОСТЬ

УДК 340.1
ББК 67.4

СОЗДАНИЕ ЕДИНООБРАЗНОЙ ЛАТИНОАМЕРИКАНСКОЙ СИСТЕМЫ ДОГОВОРНОГО ПРАВА: ПРЕПЯТСТВИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ

К.М. Беликова

Статья посвящена вопросам унификации и интернационализации договорного права на латиноамериканском континенте. В этом формате особое внимание автор уделяет современной трактовке *lex mercatoria*, а также формам и методам достижения единообразия правового регулирования в сфере договорного права в странах Латинской Америки.

Ключевые слова: Латинская Америка; договорное право; договор; унификация; *lex mercatoria*; типовые контракты; интернационализация договорного права.

Договор наряду с институтом юридического лица стоит в центре системы частного права, будучи важнейшим основанием возникновения обязательств. Исторически возникшие различия в концепциях договора, сложившихся в странах *common law* и странах континентальной системы права, подвергаются ныне воздействию динамичных унификационных процессов, наиболее заметные результаты которых достигнуты в рамках европейской интеграции.

Под унификацией понимается создание в праве разных государств единообразных по содержанию норм, предназначенных для регламентации соответствующей группы правоотношений, которые заменяют положения на-

ционального законодательства такими единообразными нормами и тем самым создают единообразное правовое пространство, позволяющее обеспечить сходные правовые условия функционирования хозяйствующих субъектов [4].

Во второй половине XX в. интернационализация производства и рост взаимозависимости экономик различных государств вывели эти отношения за пределы отдельных государств и обусловили необходимость унификации международного права в виде международных конвенций, однако, как показывает практика, многие принятые конвенции десятилетиями не вступают в силу или действуют в незначительном круге государств.

Именно недостаточная эффективность такого регулирования обуславливает переход от государственно-правового регулирования к поиску новых регуляторов данных отношений, в качестве которых выступает *lex mercatoria*

(транснациональное торговое право) в его современном понимании – в виде объединения торговых обычаев в своды, не являющиеся юридическими документами, общепринятых правовых норм – в виде так называемого «мягкого права» (*soft law*)¹.

Понятие *lex mercatoria* (право торговли) не новое в международной торговой практике. Оно было известно как право торговцев, представляющее свод универсальных, сложившихся на практике и применяемых повсеместно правил, не связанных с государствами. По мере развития национального права эти правила были по-разному восприняты национальными правовыми системами, что привело к формированию больших различий. Развитие международной торговли во второй половине XX в. возродило интерес к *lex mercatoria* на основе: социологической теории Ж. Селля, полагавшего, что отдельные группы внутри общества создают собственные юридические правила, поэтому международное сообщество коммерсантов также стремится создать юридические правила для организации деятельности своей общности и заключаемых ими сделок; теории правового плюрализма Р. Санти, согласно которой правовые системы не являются монолитными, а представляют собой сосуществующие системы и подсистемы; теории естественного права, нашедшей отражение в публикациях Б. Гольдмана. Первоначально он (Гольдман) пояснял теорию *lex mercatoria* как «спонтанное право», создаваемое участниками международных коммерческих отношений, представляющими из себя предприятия, заключающие контракты, в которых встречаются интересы международной коммерции, частных организаций, осуществляющих торговлю, а также международного коммерческого арбитража. По мнению К. Бергера, *lex mercatoria* представляет третью правовую систему, отличную и от международного публичного, и от национального права. Е. Ланген относил транснациональное право торговли к рабочему методу формулирования правил поведения, а не к новому правовому порядку. Г. Берман и Ф. Дассер рассматривали *lex mercatoria* как собрание обычного международного или транснационального права торговли, в котором обобщены все национальные правовые сис-

темы, подлежащие применению к международной купле-продаже, и обращение к которому необходимо, когда национальное право содержит правило, противоречащее международному коммерческому обычаю.

В начале 1964 г. Шлезингер и Гундлик высказали идею, что традиционные международные коммерческие контракты, содержащие арбитражную оговорку, при отсутствии выбора сторонами применимого права должны подпадать под общие принципы права, а не под нормы и принципы какой-либо национальной юридической системы.

Позже, с тем чтобы не применять законодательство развивающихся стран в случае, когда такое право оказывалось применимым к договору, в западной теории международного частного права было разработано понятие договоров, заключаемых с целью государственного развития, и доктрина о том, что такие договоры не подпадают под нормы права какого-либо конкретного государства, а подлежат регулированию особой системой правил, не имеющих связи с национальными системами права, в виде международного торгового права как третьей правовой системы, занимающей место между международным публичным и внутринациональным правом; свода новых правил и принципов квазиправового характера, не привязанных к какой-либо национальной системе права.

По мнению К. Хайгет, эти правила включают функциональный эквивалент миниатюрной добровольной правовой системы и предназначены для разрешения споров между частными инвесторами и государствами. В таких контрактах в разделе о применимом праве использовались нетрадиционные отсылки к принципам международного публичного права, общим принципам права, общим принципам, разделяемым всеми, одной или несколькими национальными или региональными системами, ссылки на обычаи и обыкновения международной торговли, транснациональное коммерческое право, или *lex mercatoria*.

О. Ландо считает, что вместо согласования сторонами международного коммерческого контракта применимого права они могут подчинить его обычаям международной торговли, правилам права, общим для всех или большинства государств, вовлеченных в меж-

дународную торговлю, или правилам права государства, связанного со спором. Если такие общие правила права не могут быть определены, арбитр применяет правило или избирает решение, которое представляется ему справедливым и наиболее подходящим. Именно такой процесс вынесения решения, являющийся частично применением юридических норм и частично представляющий селективный и творческий процесс, именуется *lex mercatoria* в современном понимании [5; 6; 17].

В сложившейся ситуации западные участники международных коммерческих контрактов, международные арбитры и доктрина полагают, что право не является фактором обеспечения надежности и безопасности регулирования соответствующих отношений, а многообразие правовых систем порождает неуверенность и обуславливает поиск новых средств регулирования в направлении выработки механизмов отделения правового регулирования от национального права. В Европейском союзе подобная потребность обусловлена необходимостью создания единого правового режима на территории внутреннего рынка. То обстоятельство, что в странах Европейского союза национальные системы договорного права обладают заметными различиями, не препятствует утверждению тенденции к созданию единообразной европейской системы договорного права ввиду недостаточности (фрагментарности, рассогласованности) регулирования в сфере договорного права посредством директив, поскольку последние не содержат общих принципов регулирования [9; 11; 18].

Наиболее ярким результатом, отражающим эту тенденцию, выступают разработанные Комиссией по европейскому договорному праву «Принципы Европейского договорного права» [24]. Они преодолевают «недостатки» международных конвенций – обязательный характер документов и фрагментарность, являются механизмом отделения правового регулирования договорных отношений от национального права и устанавливают *общие нормы европейского договорного права*. Именно поэтому статья 1 Принципов указывает, что они предназначены для применения в качестве общих правил договорного права Европейского союза и что они применимы

в случае, если стороны согласились урегулировать договор «общими принципами права», *«lex mercatoria»* или подобными нормами, либо не избрали какую-либо систему или правила законодательства для урегулирования их договора [7]. Несколько иным результатом не регионального, но международного уровня являются «Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА» [1].

Что касается латиноамериканских стран, то в литературе отмечается [15], что их законодательство располагает единым ядром, которое, безусловно, не является чем-то инородным инициативам по унификации частноправового регулирования в сфере обязательственного права, осуществляемым на международном уровне посредством, например, Венской конвенции о международной купле-продаже товаров 1980 г., ратифицированной к настоящему моменту Аргентиной, Мексикой, Чили и Эквадором; Принципов международных коммерческих контрактов УНИДРУА² и др. Применительно к последним отметим, что основные принципы, закрепляемые этим сводом предписаний, гармонируют с положениями, закрепляемыми национальными правовыми порядками Аргентины (действующий ГК), Парагвая (действующий ГК), Мексики (действующий ГК Федерального округа) в сфере регулирования обязательственных отношений. Так, принцип автономии воли закрепляется в ст. 1.3 Принципов УНИДРУА, ст. 1168 ГК Аргентины, ст. 669 ГК Парагвая, ст. 1839 ГК Мексики; обязательная сила договора в свете действия принципа *pacta sunt servanda* – в ст. 2.1, 2.11, 2.12 Принципов УНИДРУА, ст. 715 ГК Парагвая, ст. 1796 ГК Мексики; преобладание норм публичного порядка над волей частных лиц – в ст. 1.5 Принципов УНИДРУА, ст. 21 ГК Аргентины, ст. 669 ГК Парагвая, ст. 6 ГК Мексики.

Достижения в сфере гармонизации и частичной унификации частного права в Латинской Америке объясняются исследователями [15] некоторой однородностью обычаев, схожестью затруднений экономического, социального и политического плана и, безусловно, общими правовыми корнями. По этим причинам недостатка в инициативах в пользу унификации права на южноамериканском континенте не было, начиная с Конгресса в Панаме

в 1826 г., созданного С. Боливаром [10], до проводимых с 1975 г. по настоящее время специализированных межамериканских конференций по частному праву (Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado – CIDIPs), которые зародились в рамках Организации американских государств. Однако эти инициативы касались вопросов унификации коллизионных норм в странах Латинской Америки [2]; защиты прав человека [22] и др.

Важным стимулом и предпосылкой унификации и гармонизации права вообще и частного права в особенности выступают интеграционные объединения регионального уровня на южноамериканском континенте: интеграция рассматривается не только как насущная необходимость, но и как неизбежная реальность нашей жизни. «Само движение истории ведет нас к выработке и восприятию форм политической и экономической региональной и континентальной интеграции», – говорит В.О. Пас [21]. Некоторые правоведы [19] полагают в этой связи, что региональная интеграция является, безусловно, необходимым шагом на пути более интенсивной унификации права.

Вместе с тем о единообразном, «коммунитарном» латиноамериканском праве, базирующемся на наднациональных предписаниях в сфере гражданского и торгового права, напрямую применяемых национальными судами, говорить можно будет еще не скоро. На вопрос о том, по какой причине это невозможно, а равно почему не подходящи для стран региона в плане унификации частноправового регулирования многочисленные проекты единообразных «модельных», «типовых» законов и кодексов, а также альтернативные средства и способы, рассматриваемые латиноамериканскими правоведом, такие как *lex mercatoria*; доктрина; типовые контракты и частные кодификации судебных решений, аналогичные североамериканским *Restatements of the law*, пытались найти ответ правоведы на семинаре «Альтернативы унификации права посредством законодательства» [14]. Так, *lex mercatoria* в его современном понимании – в виде объединения торговых обычаев в своды, не являющиеся юридическими документами, общепринятых правовых норм – в виде

так называемого «мягкого права» (*soft law*) недостает фиксированности, закреплённости, постоянства, устойчивости, отличающей правовые нормы. Ведь по сути эти предписания не носят нормативный (обязательный) характер.

Типовые контракты (*contratos tipo, contratos uniformes*), безусловно, способствуют упрощению процедуры заключения однотипных договоров и сокращению времени, затрачиваемого на переговоры; дают предпринимателям возможность создавать удобные им при заключении конкретной сделки специфические правила на основе соблюдения действующих правовых предписаний и с целью уменьшения рисков в процессе передачи товаров (оказания услуг); облегчают заключение договоров для потребителей, которые не всегда обладают достаточным для этого уровнем правовых знаний, но одновременно зачастую содержат несправедливые, злоупотребительные, невыгодные для контрагента условия [8].

Равным образом и *доктрина* – ненадлежащий путь к достижению унификации права, поскольку в вопросе правоприменения большое значение имеет судебское усмотрение: судья зачастую желает применять право, с которым он знаком, то есть свое национальное право. Кроме того, лишь в немногих латиноамериканских странах суды и иные правоприменительные органы публикуют принимаемые решения в полном объеме и регулярно. Даже будучи опубликованными, эти решения, с учетом стиля их изложения и ввиду отсутствия их анализа, не позволяют в большинстве случаев использовать их в качестве руководств, задающих полезные параметры для выбора направления толкования единообразных текстов.

Что касается предписаний, аналогичных *Restatements*, то последние, как отмечается, за более чем 70-летний период существования и действия так и не унифицировали североамериканское право.

Одновременно препятствием служит и юридико-культурная, политическая и экономическая реальность. Так, хотя экономическая интеграция и осознается как потребность, уязвимой ее делает зависимость принимаемых решений от политической воли руководства

стран-участниц того или иного экономического блока, и от объективной ситуации как в регионе, так и в мире, обусловливаемой экономическими кризисами, спадами и подъемами экономического роста и др. Вместе с тем это создает определенные трудности: недостаточно развитая транспортная инфраструктура и система иных коммуникаций; информационная изолированность, в том числе латиноамериканских юристов, выражающаяся в более глубоком знании положений французской, немецкой, итальянской или североамериканской доктрины по тому или иному вопросу, нежели решения этих вопросов правопорядками соседних с ними стран того же региона. Следствием является принятие законодательства исключительно «в научных целях» без учета его необходимости, практической применимости и экономической эффективности при большом удельном весе судейского усмотрения при толковании в процессе отправления правосудия его положений [16]. Следует отметить в этой связи, что некоторые из этих проблем не являются присущими только странам латиноамериканского региона. Препятствия существуют также и в подходах, отражаемых с позиций «Север – Юг» («Norte – Sur») в вопросах регулирования и охраны окружающей среды, передачи технологий и др. С учетом изложенного наиболее приемлемым вариантом наряду с интенсификацией региональной интеграции латиноамериканским правоведам видится более интенсивное участие латиноамериканских стран на международных форумах, подготавливающих международные конвенции, договоры и соглашения относительно перемещения товаров и услуг, оправдывавшие себя ранее [13].

Иными словами, применительно к латиноамериканским странам можно говорить не столько об унификации правового регулирования договоров, сколько об интернационализации договорного права, подразумевающей сближение нормативного содержания договорного права различных стран, используемого понятийного аппарата и пр., тенденции, представляющей собой юридическое отражение процесса усиления взаимосвязи и взаимозависимости между странами в современный период.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ «Мягкое право» – термин, применяемый к правилам, стандартам, рекомендациям, инструкциям и положениям, принятым различного рода организациями, требования которых не носят нормативный (обязательный) характер, но, тем не менее, оказывают значительное влияние на формирование как права ЕС, так и национального права стран-участниц. О трактовке понятия «мягкое право применительно к ЕС см.: [3; 12; 20; 23; 25].

² Членами УНИДРУА на сегодняшний день является Аргентина, Боливия, Бразилия, Венесуэла, Колумбия, Куба, Мексика, Никарагуа, Уругвай, Парагвай, Чили.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Беликова, К. М. Унификация права международных контрактов: общее и специфическое в «Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА» и «Принципах Европейского договорного права / К. М. Беликова // Юрист. – 2006. – № 11. – С. 22–30.
2. Вилкова, Н. Г. Договорное право в международном обороте / Н. Г. Вилкова. – М. : Статут, 2002. – С. 34–42, 140–150.
3. Линников, А. А. «Мягкое право» в правовом регулировании банковской деятельности в ЕС / А. А. Линников // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2008. – Вып. 1 (№ 12). – С. 59–62.
4. Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. – М. : ПБОЮЛ Гриженко Е.М., 2002. – С. 175–186.
5. Мережко, А. А. Транснациональное торговое право (Lex mercatoria) / А. А. Мережко. – Киев : ТАКСОН, 2002.
6. Низамиев, А. Ш. Концепции Lex Mercatoria in Foreign Doctrine / А. Ш. Низамиев // Журнал международного частного права. – 2000. – № 1. – С. 48–68.
7. Сироткина, О. В. «Принципы европейского договорного права»: история создания, статус и основные положения / О. В. Сироткина // Сборник научных трудов СевКавГТУ. – Серия «Право». – Вып. № 1 (5). – Ставрополь, 2003.
8. Alterini, A. A. La regulación del contrato uniforme, en la contratación en el tráfico contemporáneo / A. A. Alterini. – Buenos Aires, 1979. – P. 27 (y sigs).
9. Bar, Ch. von. A European Civil Code, International Agreements and European Directives / Ch. von Bar // Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation

of a European civil code 147–51 (manuscript June 1999). – Electronic data. – Mode of access: http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf.

10. Berrú, B. Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina / B. Berrú // L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano. – 1989. – P. 157.

11. Betlem, G. European Private Law After the Treaty of Amsterdam / G. Betlem, E. Hondius // 9 Eur. Rev. Priv. – 2001. – P. 3, 9.

12. Borchardt, G. Soft Law in European Community Law / G. Borchardt, K. Wellens // Euro L Rev. – 14 (1989) 5. – P. 267.

13. Cooper, H. A. Latin América: A Challenge to the Common Lawyer / H. A. Cooper, D. Furnish // Journal of Legal Education. – 1969. – Vol. 21. – P. 435.

14. Gandolfi, G. L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge / G. Gandolfi // RDC. – 1993. – IIa parte.

15. Garro, A. Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades / A. Garro ; Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero diretto da M.J. Bonell. Saggi, conferenze e seminari. – Electronic data. – Mode of access: <http://www.mclink.it/personal/MD2479/frames5.htm>.

16. Kozolchik, V. B. Toward a Theory on Law in Economic Development: The Costa Rican USAID – ROCAP Law Reform Project, Law and the Social Order. – 1971. – P. 681, 751–754.

17. Lando, O. Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium / O. Lando. – Electronic data. – Mode of access: <http://www.frontpage.cbs.dk>

[/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm](http://law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm).

18. Lando, O. Why Codify the European Law of Contract? / O. Lando // 5 Eur. Rev. Priv. – 1997. – P. 525–527.

19. Limpens, J. Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel / J. Limpens // Revue International de Droit Comparé. – P., 1964. – Enero-marzo. – P. 13–31.

20. Morand, Ch.-A. Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire / Ch.-A. Morand // Cahiers Dr Euro. – 6 (1970) 2. – P. 623.

21. Paz, V. O. América: ¿comunidad o coto redondo? / V. O. Paz // La Nación. – 1990. – 7 Febrero.

22. Scheman, V. The OAS and the Quest for International Cooperation: American Vision or Mirage? / V. Scheman // Case Western Journal of International Law. – 1981. – Vol. 7. – P. 83, 96–102.

23. Snyder, F. Soft Law and Institutional Practice in the European Community / F. Snyder // The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël / S. Martin (ed.). – Dordrecht : Kluwer Academic Publishers, 1994. – P. 197.

24. The Principles of European Contract Law (PECL). – Electronic data. – Mode of access: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm (оф. с. Комиссии по европейскому договорному праву).

25. Thürer, D. The Role of Soft Law in the Actual Process of European Integration? / D. Thürer // L'avenir du libre-échange en Europe. Vers un espace économique européen? / O. Jacot-Guillarmod, P. Pescatore (eds.). – Zürich : Zürich Schultess Polygraphischer Verlag, 1990. – P. 131.

TOWARDS A UNIFORM SYSTEM OF CONTRACT LAW IN LATIN AMERICA: OBSTACLES AND TRENDS

K.M. Belikova

The article deals with certain aspects of unification and internationalization of contract law in Latin American countries. Special attention is paid to modern concept of lex mercatoria and methods of approximation in legal framework of the contract law in Latin America.

Key words: *Latin America; contract law; contract; unification; lex mercatoria; model contract; internationalization of contract law.*