

ПРЕДИСЛОВИЕ

Представляемый читателю сборник научных статей и мемориальных материалов подготовлен в память о выдающихся отечественных специалистах в области правового регулирования внешнеэкономических связей профессора В.С. Позднякова (1919–1995 гг.) и профессора М.Г. Розенберга (1925–2013 гг.). Научная и педагогическая деятельность этих замечательных ученых на протяжении нескольких десятилетий была связана с Всероссийской (до 1992 г. — Всесоюзной) академией внешней торговли (ВАВТ), признанной кузницей отечественных кадров для сферы внешнеэкономической деятельности.

До начала 90-х гг. прошлого века главная задача ВАВТ состояла в профессиональной подготовке руководящих работников для системы, осуществлявшей государственную монополию внешней торговли. На выпускников Академии возлагались ответственные задачи по осуществлению внешнеторгового оборота всей страны, обслуживавшего все народное хозяйство страны и составлявшего многие миллиарды долларов. Безусловно, выполнение этих функций требовало высочайшей профессиональной квалификации.

Важной составной частью в процессе подготовки специалистов в ВАВТ было глубокое изучение правовых дисциплин, которое включало в себя изучение не только отечественного права с акцентом на особенности его применения к внешнеторговым операциям, но также и близкое знакомство с основными положениями гражданского и торгового права зарубежных стран. В постсоветский период традиция высокого уровня правовой подготовки специалистов была подкреплена созданием в ВАВТ международно-правового факультета. Это позволило, основываясь на высокой квалификации и авторитете преподавания правовых дисциплин, укрепить позиции правовых кафедр ВАВТ в качестве лидеров в своей сфере деятельности.

Именно на этом поприще, внося неоценимый вклад, многие годы успешно трудились профессор В.С. Поздняков и профессор М.Г. Розенберг, передавая слушателям и студентам свои во многом уникальные знания и обширный опыт в сложнейшей сфере правового регулирования различных видов экономической деятельности на международных рынках. В этот период благодаря их деятельности был создан значительный массив учебных материалов и научных исследований в этой сфере, результаты которых широко использовались в правотворческой и правоприменительной работе как внутри страны,

так и при разработке международных правовых документов, которыми регулировались отношения по внешней торговле.

Трудно переоценить роль В.С. Позднякова и М.Г. Розенберга в развитии отечественной практики разрешения международных коммерческих споров, высокий профессионализм, которой был признан на международном уровне и во многих отношениях считался эталоном в подходе к решению споров с участием иностранных партнеров. Они неоднократно участвовали в правительственных делегациях на международных конференциях, в деятельности международных организаций, обсуждавших актуальные вопросы правового регулирования международной торговли.

На протяжении почти двух десятилетий профессор В.С. Поздняков возглавлял самый известный отечественный арбитражный орган, рассматривавший внешнеторговые споры, — Внешнеторговую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате СССР (ВТАК), которая в настоящее время продолжает действовать под названием Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС). М.Г. Розенберг оставался членом ВТАК/МКАС на протяжении многих лет и безоговорочно считался одним из самых опытных арбитров. Деятельность этого арбитражного органа всегда имела большое практическое значение для развития отечественной внешнеэкономической деятельности, поскольку создавала важные предпосылки для эффективного использования отечественными предприятиями принятых в международной торговле способов правовой защиты своих экономических интересов.

Не вызывает сомнений, что не одно поколение отечественных юристов, специализирующихся на правовом обслуживании внешнеэкономической деятельности, должно быть благодарно этим выдающимся правоведам за то, что они получили возможность изучать и использовать в своей практике обширные научно-практические материалы, связанные с анализом содержания и применения важнейших правовых источников, используемых при разрешении внешнеэкономических споров.

А.С. Комаров,
профессор, доктор юридических наук,
заведующий кафедрой международного частного права
Всероссийской академии внешней торговли

НАУЧНЫЕ СТАТЬИ

М. П. БАРДИНА,
*профессор кафедры международного частного права
Всероссийской академии внешней торговли*

ОСНОВАНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНЦИПОВ УНИДРУА ПРИ РАЗРЕШЕНИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ ПО СУЩЕСТВУ СПОРА

Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА¹ как документ, созданный авторитетной международной организацией, устанавливающий общие нормы для международных коммерческих договоров и доступный на многих языках, получает все большее признание при ведении переговоров по согласованию условий международных коммерческих контрактов². Учитывая бесспорные преимущества применения Принципов для регулирования контрактов перед применением национального права, стороны выбирают Принципы³.

Однако любые контракты могут нарушаться, в связи с чем стороны обращаются для разрешения спора в суд или международный коммерческий арбитраж. В связи с этим в данной статье предлагается рассмотреть следующие вопросы:

1. Будет ли арбитражный суд или международный коммерческий арбитраж рассматривать спор по существу на основе выбранных сторонами Принципов, также как на основе выбранного сторонами национального права?

¹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010: Пер. с англ. А. С. Комарова. М.: Статут, 2013. С. LXXIV.

² См.: *Bonell M.J.* An International Restatement of Contract Law // The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 3ed., Transnational Publishers. Inc. Ardsley. N.Y., 2005. P. 26.

³ См.: *Born G.* International Commercial Arbitration. 2009. Vol. II. P. 2243.

2. Могут ли судьи или арбитры при отсутствии соглашения сторон о применимом праве признать применимым к рассмотрению спора по существу Принципы УНИДРУА?

1. Известно, что как суд, так и международный коммерческий арбитраж применяют к рассмотрению спора по существу право, согласованное сторонами, исходя из принципа автономии воли сторон, однако при этом они руководствуются разными правовыми нормами.

1.1. Арбитражный суд, как предусмотрено п. 5 ст. 13 АПК РФ, в соответствии с международным договором Российской Федерации, федеральным законом, соглашением сторон, заключенным в соответствии с ними, применяет нормы иностранного права.

Такое соглашение сторон должно соответствовать положениям ст. 1210 «Выбор права сторонами договора» ГК РФ, согласно которой стороны могут выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям.

Однако Принципы УНИДРУА не являются источником права в традиционном смысле, выбор которого предусмотрен этой статьей. Принципы имеют иную правовую природу, характеризуются как современное *lex mercatoria*, как транснациональное право, которое не входит в правовую систему государства. Как предусмотрено в Преамбуле Принципов УНИДРУА, они могут применяться, когда стороны согласились в том, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», *lex mercatoria* или тому подобным.

Таким образом, арбитражный суд, основываясь на ст. 1210 ГК РФ, при выборе сторонами Принципов УНИДРУА, не будет рассматривать спор по существу на их основе, так же как он стал бы рассматривать спор на основе согласованного сторонами национального права. Как отмечается в комментарии к Преамбуле (п. 4 «Принципы как нормы права, регулирующие договор») применительно к рассмотрению спора судом, свобода сторон выбирать право, регулирующее их договор, традиционно ограничивается ссылкой на национальное право, поэтому ссылка сторон на Принципы обычно будет рассматриваться как простое соглашение об их инкорпорировании в договор. В то время как право, регулирующее договор, должно быть установлено на основе норм международного частного права, в результате чего Принципы УНИДРУА будут связывать стороны только в той мере, в какой они не будут затрагивать императивные нормы применимого права, от которых стороны не вправе отступить. Таким образом, если стороны подчинили контракт Принципам УНИДРУА, при рассмотрении спора арбитражным судом Принципы могут быть применимы только в пределах регулирования диспозитивных норм, не затрагивая императивные

нормы применимого права, от которых стороны не могут отступить, т. е. будут применяться только в объеме договорных условий.

1.2. Условия и порядок применения Принципов международным коммерческим арбитражем кардинально отличаются. Правовой основой выбора применимого права сторонами при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем является п. 1 ст. 28 Закона РФ о международном коммерческом арбитраже 1993 г. (далее — Закон РФ 1993 г.), согласно которой третейский суд разрешает спор в соответствии с такими «нормами права», которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. В этой статье, также как и в ст. 1210 ГК РФ, закреплён как исходный принцип автономии воли сторон, но разница состоит в том, что стороны могут выбрать согласно ст. 1210 ГК РФ право, а согласно п. 1 ст. 28 Закона РФ 1993 г. — «нормы права».

Однако юристам практически любой области права (кроме правового регулирования международного коммерческого арбитража) в отмеченном различии трудно найти принципиальные расхождения. Действительно, разве разрешение спора на основе применимого права не состоит именно в применении норм права, т. е. норм национальной правовой системы или международного договора, который стал частью этой правовой системы после его ратификации государством? Да, для любой области это именно так, но не для правовой сферы международного коммерческого арбитража, где словосочетание «нормы права» стало специальным термином, который приобрёл совершенно особое значение. Оно незнакомо юристам в других областях, но все больше специалистов в области международного коммерческого арбитража могут себя считать посвященными в некое закодированное значение этого словосочетания, известно только правовому языку международного коммерческого арбитража¹.

Общепризнано (как будет показано далее), что это специальное значение термина «нормы права» включает транснациональное право, которое не входит в правовую систему государства, современное *lex mercatoria*, в котором Принципы УНИДРУА занимают основное место.

¹ См. подробнее: Бардина М.П. Выбор сторонами «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем // Международные отношения и право: взгляд в XXI век. Материалы конференции в честь заслуженного деятеля науки РФ, д. ю. н., проф. кафедры международного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета Л.Н. Галенской / Под ред. С.В. Бахина. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2009. С. 341–355.

Таким образом, основываясь на норме п. 1 ст. 28 и специальном значении термина «нормы права», стороны вправе выбрать Принципы УНИДРУА как применимые нормы права при подчинении спора международным коммерческим арбитражем и этому выбору должны следовать арбитры. Важно отметить, что, как предусмотрено в п. 4 комментария к ст. 1.4 Принципов (императивные нормы), при рассмотрении спора арбитражем Принципы уже не ограничены обычными императивными нормами какого-либо внутреннего права. Таким образом, выбор сторонами Принципов как применимых норм права можно в этом случае сравнить с выбором иностранного права, которое включает диспозитивные и императивные нормы.

1.3. Итак, принципиальное различие в возможности применения Принципов при рассмотрении спора по существу арбитражным судом и международным коммерческим арбитражем обусловлено специальным значением термина «нормы права». Однако каким образом можно подтвердить, что именно такое понимание термина имеется в виду в п. 1 ст. 28 Закона РФ 1993 г.?

Ответ на этот вопрос начнем с того, что, как указано в преамбуле Закона, он был принят, учитывая положения Типового закона о международном торговом арбитраже ЮНСИТРАЛ 1985 г., одобренного Генеральной Ассамблеей ООН, для возможного использования государствами в своем законодательстве в целях создания единообразного регулирования.

Следовательно, толкование содержащихся в Законе РФ 1993 г. терминов и формулировок, включая выражение «нормы права» в ст. 28 Закона (которая в п. 1 полностью текстуально воспроизводит п. 1 ст. 28 Типового закона), определяется, учитывая международное происхождение Закона РФ 1993 г., его нацеленность на создание единообразного регулирования, тем значением, которое имелось в виду разработчиками Типового закона.

Важность обеспечения единообразного применения законодательства о международном коммерческом арбитраже, принятого на основе Типового закона, подтверждается внесением в 2006 г. в данный Закон ст. 2А «Международное происхождение и общие принципы», в п. 1 которой предусмотрено, что при толковании настоящего Закона надлежит учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности¹.

¹ <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/A1R.pdf>

Однако в Типовом законе о международном торговом арбитраже и соответственно в принятых на его основе национальных законах отсутствует толкование содержащихся в нем терминов, в том числе и термина «нормы права», что сделало бы содержание этого термина общеизвестным и общедоступным для всех, кто обратится к тексту Закона.

Чем же подтверждается такое значение термина?

Известно, что разработчики Типового закона, включив в п. 1 ст. 28 право сторон избрать «нормы права», использовали термин, уже получивший в сфере регулирования международного коммерческого арбитража специальное значение. В литературе отмечалось, что термин «нормы права» с таким специальным значением был впервые введен Декретом Франции о международном коммерческом арбитраже 1981 г., включен в ст. 1496 ГПК Франции, согласно которой стороны, а в отсутствие их выбора и арбитры, могли свободно выбирать нормы права, применимые к их спору. При этом комментаторы были едины в признании отсылки к транснациональным нормам и суды не оспаривали это толкование; то же выражение и с тем же значением использовали и некоторые другие правовые системы¹.

То, что именно такое толкование термина «нормы права» признавалось при разработке Типового закона ЮНСИТРАЛ, подтверждают опубликованные рабочие материалы в рамках ЮНСИТРАЛ (*travaux preparatoires*). Как отмечает А.С. Комаров со ссылкой на материалы разработки Типового закона, смысл и цель использования в тексте Типового закона термина «нормы права» заключались в том, чтобы дать возможность сторонам предусматривать в качестве *lex contractus* не только право в его обычном смысле, т.е. нормы, составляющие часть какой-то определенной национальной правовой системы, но также и правовые нормы, разработанные на международном уровне, содержащиеся как в конвенциях, так и в аналогичных юридических текстах, которые еще не приобрели обязательной силы в качестве права, не стали частью правовой системы государства².

При разработке Закона этот термин был противопоставлен термину «право» в п. 2 ст. 28 Закона, где речь идет о праве, выбранном арбитрами, которым в результате дискуссии было решено предоставить меньшую свободу, чем сторонам в отношении источников, которые могут быть выбраны как основа для рассмотрения спора по существу.

¹ См.: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard and J. Savage. The Hague, Boston; London, 1999. P. 802.

² См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. М., 2002. С. 307.

М. Блессинг, констатируя, что при разработке Типового закона 1985 г. не удалось достичь консенсуса относительно включения в п. 2 ст. 28 термина «нормы права», отмечает, что таким образом арбитры согласно Типовому закону 1985 г. получили меньше полномочий по сравнению с самими сторонами¹. Х.М. Хольцман указывает, что возможность ограничения усмотрения арбитров при выборе применимого права активно обсуждалась при создании Закона, при этом делегаты решили, что требование к арбитрам разрешить дело на основе права, поскольку им не было дано сторонами право применять «нормы права» обеспечит большую предсказуемость и определенность².

Термин «нормы права» именно в таком значении был включен и в регламенты многих международных коммерческих арбитражей, как в действующих, так и в более ранних редакциях, как в странах, законодательство которых основано на Типовом законе, так и не входящих в эту группу. Так, например, п. 1 ст. 21 Арбитражного регламента Международной торговой палаты 2012 г. предусматривает, что стороны свободны в выборе норм права, которые должны применяться составом арбитража к существу спора; ст. 22 Регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма 2010 г, ст. 33 Швейцарского регламента международного арбитража 2012 г. и многие другие арбитражные регламенты также предусматривают возможность для сторон выбрать нормы права.

Широкое признание специального значения термина «нормы права» проявляется и в том, что в целом ряде регламентов (например, Регламент Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, ст. 22) предусмотрены два термина, т.е. стороны могут согласовать «право» и «нормы права».

1.4. Расширение применения термина «нормы права» в специальном значении

Расширение применения данного термина происходит, например, путем приведения в соответствие с Типовым законом национального законодательства. Так, в ходе реформы австрийского арбитражного

¹ *Blessing M.* Introduction to arbitration — Swiss and International Perspectives. Basel; Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1999. Part II. P. 226.

² *Holtzmann H. M.* Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Governed by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration // The UNIDROIT Principles: Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Governed by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration in THE UNIDROIT PRINCIPLES: A COMMON LAW OF CONTRACTS FOR THE AMERICAS? ACTS/INTER-AMERICAN CONGRESS. VALENCIA, VENEZUELLA, 6–9 NOVEMBER, 1996: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Rome. P. 165 (1998).

законодательства 2006 г. в § 603 разд. IV Гражданского процессуально-го кодекса Австрии об арбитражном разбирательстве была включена формулировка, согласно которой арбитражный суд разрешает спор в соответствии с нормами права или правилами, о которых стороны договорились. В комментарии к данному тексту говорится, что п. 1 ГПК Австрии соответствует п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ, формулировка «в соответствии с нормами права или правилами, о которых стороны договорились» охватывает также нормы, которые не относятся к правовой системе какого-либо государства, например стороны могут согласовать применение Принципов УНИДРУА. Аналогичное положение включено в Регламент по арбитражу и примирению Венского Международного арбитражного суда при Федеральной палате экономики Австрии¹.

О расширении применения термина «нормы права» в специальном значении свидетельствует введение в Регламент МКАС при ТПП РФ в § 26 термина «нормы права», поскольку, несмотря на содержание российского Закона РФ 1993 г., где был использован термин «нормы права», в ранее действующем Регламенте МКАС говорилось о выборе материальных норм права. Комментируя это изменение, А.С. Комаров отметил, что под нормами права, которые стороны могут определять в качестве применимых к разрешению спора, понимаются не только правовые нормы, являющиеся составной частью какой-либо правовой системы, но и положения, содержащиеся в принятых на международном уровне нормативных документах, не служащих формальным источником права в традиционном понимании², а также пояснил, что стороны, которые выбрали для рассмотрения споров МКАС, могут выбрать гибкое решение относительно применимого права — Принципы УНИДРУА как применимое право, чтобы избежать сложностей, присущих согласованию, в качестве применимого национального права³. М.Г. Розенберг, комментируя новую редакцию § 26 Регламента МКАС, подчеркивал, что из уточненного текста прямо вытекает возможность при разрешении международных коммерческих споров применять по соглашению сторон в качестве договорного статута (*lex contractus*) не только национальное право конкретного государства,

¹ Хагер С. Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. М.: Волерс Клувер, 2006. С. 55.

² См.: Комаров А. С. Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // Вестник ВАС РФ. 2007. № 10. С. 15.

³ См.: Komarov A. S. Reference to the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration Practice in the Russian Federation, No. 3, UNIFORMLAWREVIEW, 2011. P. 658.

но и нормативные источники, принятые авторитетными международными организациями, например Принципы УНИДРУА¹.

Следует отметить, что именно этот термин применен в Регламенте в § 9 «Содержание искового заявления» (подп. «е» п. 1), согласно которому в исковом заявлении указывается обоснование исковых требований с учетом применимых норм права, в § 12 «Отзыв на исковое заявление» (подп. «д» п. 1) которые предусматривает, что отзыв должен содержать обоснование позиции ответчика с учетом применимых норм права.

Расширение применения специального термина «нормы права» продолжается и на уровне в документах, разрабатываемых на международном уровне. Например, в Арбитражном Регламенте ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г. положение п. 1 ст. 33 Регламента 1976 г. о том, что арбитражный суд применяет право, которое стороны согласовали как подлежащее применению при решении спора по существу, заменено на положение о том, что стороны согласовывают нормы права (ст. 35). В комментариях к этому изменению отмечалось, если согласно прежней норме, например, Принципы УНИДРУА могли быть предусмотрены сторонами как договорные условия, то в новой редакции нормы права, выбранные сторонами, имеют более высокий ранг в иерархии применимых источников, они не просто будут инкорпорированы в контракт, но поднимутся до статуса применимого права, а не останутся условиями контракта, подчиненными применимому праву².

Всевозрастающая тенденция разрешать сторонам согласовывать «нормы права», которые не являются нормами какого-либо национального права, на основе которого арбитры должны согласовывать свое решение, отмечается непосредственно в комментарии к Преамбуле Принципов УНИДРУА, при этом делается ссылка, в частности на п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Таким образом, при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем Принципы УНИДРУА, применение которых согласовано сторонами, получают статус применимого права при рассмотрении спора по существу в отличие от рассмотрения спора арбитражным судом, где Принципы в этом случае остаются договорными

¹ См.: Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Науч.-практ. коммент. / Под общ. ред. А. С. Комарова. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 109.

² Giuditta Cordero Moss, Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: Further Steps in INTERNATIONAL ARBITRATION LAW REVIEW. Vol. 13, issue 3. P. 97 (2010).

условиями, подчиненными применимому в соответствии с нормами международного частного права национальному праву.

1.5. Возможность для сторон предусмотреть применение Принципов как норм права, применимых к рассмотрению спора по существу, обеспечивает существенные преимущества. Очевидно, что среди них в первую очередь обычно отмечается, что спор рассматривается на основе единообразных, заранее известных сторонам правил, которые созданы с учетом особенностей регулирования международного коммерческого оборота, что ставит стороны в равные условия при защите своих интересов.

Особое внимание стоит обратить и на то, что выбор сторонами Принципов в качестве применимого права дает возможность сторонам допустить его применение только в границах вопросов, не урегулированных в контракте, если стороны, заключая контракт, имеют такое намерение.

Такая оговорка в отношении ограничения применения национального права вряд ли будет признана арбитрами¹.

Например, при рассмотрении МКАС условия о применимом праве в российско-китайском контракте, в котором указывалось, что при противоречии норм применимого права и условий настоящего контракта действуют условия контракта, отмечалось, что такая формулировка прямо противоречит императивным предписаниям ГК РФ, согласно которым договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующими в момент его заключения (п. 1 ст. 422 ГК РФ), а по усмотрению сторон условия договора могут определяться, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами².

Поскольку императивные нормы ГК РФ могут быть исключены посредством выбора сторонами национального права другой страны, но эти нормы не могут быть волею сторон исключены при субсидиарном применении права Российской Федерации, стороны могут в таких случаях предусмотреть Принципы в качестве субсидиарного

¹ В данном случае мы не рассматриваем высказанное в литературе, но не получившее широкого распространения мнение о возможности, руководствуясь п. 1 ст. 28 Закона, подчинить спор национальному праву с исключением регулирования по отдельным вопросам, признавая при этом обоснованность такого подхода.

² См.: *Розенберг М. Г.* Как формулировать во внешнеэкономическом контракте условие о применимом праве // *Экономика и жизнь.* 2011. № 39. С. 13.

статута и ограничить их применение рамками положений контракта, исключить то, что регулируется контрактом.

Возможность предусмотреть применение Принципов, а не национального права может иметь особое значение при заключении договора на основании Типовых контрактов. Выбрав Принципы, а не национальное право, для субсидиарного применения стороны смогут избежать спорной ситуации, которая возникает на практике, в том случае, когда императивные нормы применимого национального права предусматривает отличное от положений Типового контракта регулирование одних и тех же вопросов, при этом арбитры скорее всего будут отдавать приоритет нормам национального права.

Следует обратить внимание на то, что реальный выход из этой ситуации с помощью Принципов предложен в Типовых контрактах, разработанных под эгидой Международной торговой палаты (МТП-ISS). Например, в Типовом коммерческом агентском контракте МТП (2-е изд. Публикация МТП № 644) в п. 2 «Применимое право», во Введении к которому предусмотрено, что данный типовой контракт основан на презумпции того, что он не регламентируется каким-либо национальным правом, а регулируется только положениями самого контракта и принципами права, общепринятыми в международной торговле (*lex mercatoria*). По мнению Рабочей группы, разрабатывавшей данный типовой контракт, этот вопрос может быть решен путем обращения к Принципам УНИДРУА¹.

Очевидно, что в таком случае положения Принципов УНИДРУА не будут преобладать над договорными условиями, включающими типовые контракты, поскольку стороны могут предусмотреть применение этих норм права (Принципов) в какой-либо части или с исключением определенных вопросов, в том числе регулируемых в самом контракте, т.е. предусмотреть применение норм права в понимании п. 1 ст. 28 Закона и ограничить их применение положениями, которые не урегулированы контрактом.

Важно отметить и те преимущества, которые открываются при обращении к Принципам УНИДРУА как к субсидиарному статуту международного коммерческого договора.

Так, выбор Принципов УНИДРУА, а не национального законодательства, в качестве субсидиарного статута для восполнения пробелов Венской конвенции создает единообразное регулирование международной купли-продажи. Поскольку Принципы разработаны для раз-

¹ См.: *Рамберг Ян*. Международные коммерческие транзакции. 4-е изд. Публикация ICC № 711: Пер с англ.; под ред. Н.Г. Вилковой. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 675.

ных видов международных контрактов, их применение как субсидиарного статута может быть согласовано и применительно к другим конвенциям.

2. Несмотря на свободу выбора и преимущество применения Принципов УНИДРУА, стороны не всегда достигают соглашения о применимых нормах права. Вправе ли арбитры при отсутствии соглашения сторон признать применимыми к рассмотрению спора по существу нормы права, а следовательно, и Принципы УНИДРУА по своей инициативе?

Известно, что в выборе применимого права арбитрами в национальном законодательстве о международном коммерческом арбитраже и в арбитражных регламентах предусмотрены разные методы, общим для которых является то, что арбитры обладают свободой от применения коллизионных норм страны своего местонахождения¹. Эти методы включают:

1. Определение применимого права на основе коллизионных норм, которые арбитры сочтут применимыми, что впервые было предусмотрено в п. 1 ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., и дальнейшем включено в п. 2 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ, далее — в национальное законодательство и регламенты².

2. Определение применимого права на основе принципа тесной связи, что предусмотрено, например, ст. 187 Закона «О международном частном праве» Швейцарии 1987 г., ст. 834 ГПК Италии 1994 г. и др.

3. Определение применимого права на основе прямого выбора (*voie directe*)³, что предоставляет наибольшую свободу арбитрам, поскольку состав арбитража применяет закон или нормы права, которые он считает подходящими (предусмотрено в регламенте Арбитражного института при ТПП Стокгольма, в Арбитражном регламенте Международного арбитражного суда МТП, Регламенте Лондонского коммерческого арбитражного суда и др.).

Очевидно, что разные методы предоставляют разный уровень свободы, но свобода определения применимого права характеризуется не только методом, ее степень различается в зависимости от свободы

¹ См. подробнее: Бардина М.П. Определение права, применимого к существу спора международным коммерческим арбитражем // Государство и право. 2010. № 9. С. 87–90.

² См.: Бардина М.П. Определение применимых коллизионных норм в практике международного коммерческого арбитража // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2007. С. 26–46.

³ См.: Кабатова Е.В. «Прямой» выбор применимого права в международном коммерческом арбитраже // Там же. С. 229.

в выборе источников — могут ли арбитры выбрать не только национальное право, но и «нормы права», а именно Принципы УНИДРУА по своей инициативе.

В национальном законодательстве, принятом на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже в п. 2 ст. 28 предусмотрено, что арбитры применяют право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые они считают применимыми, т. е. арбитры могут выбрать право, а не нормы права. Из истории создания Типового закона 1985 г., как уже отмечалось, известно, что ограничение усмотрения арбитров при выборе применимого права активно обсуждалось при создании Типового закона. При этом было решено, что требование к арбитрам разрешать спор на основе права, поскольку им не было дано сторонами полномочие применять «нормы права», обеспечит большую предсказуемость и определенность.

Таким образом, в странах, законодательство которых основано на Типовом законе (*Model law countries*), арбитры не вправе выбрать Принципы УНИДРУА как основу для арбитражного решения, если их на это не уполномочили стороны¹. В доктрине признается, что в Типовом законе арбитры получили меньше полномочий по сравнению с самими сторонами².

Но при этом арбитры могут обращаться к Принципам при разрешении конкретных вопросов, не урегулированных в национальном законодательстве, ссылаясь на то, что этот документ принят авторитетной международной правительственной организацией, как к своду общепринятых в международном обороте правил, как к документу, который приобретает характер международного торгового обычая.

В регламентах международных арбитражей последнего поколения, предоставляющих арбитрам право прямого выбора, а также в большинстве регламентов, предусматривающих определение применимого права на основе принципа тесной связи, арбитрам предоставлены более широкие полномочия в выборе применимых источников. А именно они решают спор по существу по своему выбору на основе права или «норм права» и соответственно могут применять Принципы УНИДРУА по своей инициативе.

Например, в п. 1 ст. 21 Арбитражного регламента МТП 2010 г. арбитры применяют нормы права, которые они сочтут подходящими, в п. 1 ст. 33 Регламента международного арбитража швейцарских торговых палат 2012 г., а также в ст. 22 Регламента Арбитражного института

¹ См.: *Holtzmann H. M.* Op. cit. P. 165.

² См.: *Blessing M.* Op. cit. P. 226.

Торговой палаты Стокгольма 2010 г. арбитражный суд применяет право или нормы права, которые считает применимыми.

Таким образом, в настоящее время можно констатировать существование двух различных подходов к вопросу предоставления права арбитрам применять Принципы УНИДРУА по своей инициативе для разрешения спора по существу, которые соответствуют различным методам определения применимого права. Такое право содержится в регламентах, предусматривающих определение применимого права на основе прямого метода и тесной связи, но известно, что даже в тех случаях, когда арбитры уполномочены на применение Принципов по своей инициативе не Принципы, а национальное законодательство остается тем источником, на основе которого в большинстве случаев рассматривается спор по существу.

Однако нельзя не учитывать, что Принципы УНИДРУА имеют еще весьма недолгую историю, в течение которой они постоянно дополнялись. Напомним, что М. Бонель оценивал расширение применения Принципов как весьма успешное, и отмечал, что Венской конвенции о договорах международной купли-продажи потребовалось восемь лет, чтобы начать применяться и еще четыре года, чтобы получить 100 примеров ее применения¹.

3. Как следует из рассмотренных условий применения Принципов УНИДРУА, перспектива расширения их применения при рассмотрении спора по существу в настоящее время в большей степени зависит от согласования их применения сторонами спора.

Однако выбор сторонами Принципов УНИДРУА во многом зависит от осведомленности сторон о том, что им предоставлено такое право, и от уверенности в том, что арбитры будут следовать сделанному ими выбору.

Вполне очевидно, что полная ясность и определенность в этом могла бы быть достигнута путем пояснения термина в самом Типовом законе, поскольку в настоящее время значение термина «нормы права» можно сравнить с закодированным в нем смыслом, используемым в контексте международного арбитража, который известен не всем, а только тем, кто хорошо знаком с имеющимися в открытом доступе рабочими материалами (*travaux préparatoires*) и пояснительными записками по подготовке Типового закона, опубликованными в Ежегодниках ЮНСИТРАЛ, правовой литературой, комментариями к арбитражным регламентам.

¹ См.: *Bonell M.J.* UNIDROIT Principles 2004 — The new Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute of the Unification of Private Law // *Uniform Law Review*. 2004. N 5. P. 16.

Как справедливо отмечает Э. Жоливэ, анализируя применение Принципов УНИДРУА в практике международного арбитражного суда МТП, несомненно, что продолжающиеся публикации решений, относящихся к применению Принципов, помогут идентифицировать определенные ключевые темы в применении этого инновационного инструмента международного торгового права, и при достижении большей ясности участники международного бизнеса, вероятно, смогут лучше оценить полезность Принципов и чаще к ним обращаться в контрактах и при разрешении споров¹.

Для российских участников международных коммерческих отношений такие продолжающиеся публикации решений, относящихся к применению Принципов УНИДРУА, можно найти в известных сборниках «Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ», которые в течение многих лет готовились М.Г. Розенбергом, где в разделе «Указатель основных нормативных актов и других документов, на которые имеются ссылки в решениях МКАС», были названы Принципы УНИДРУА с перечислением номеров дел, в которых к ним обращались арбитры при рассмотрении спора.

4. К дальнейшему расширению применения Принципов УНИДРУА возможно приведет наметившаяся тенденция расширения сферы применения норм права независимо от способа рассмотрения споров, денационализация правового режима международных контрактов, в каком бы суде они ни рассматривались

Признак того, что дорога к вненациональным источникам в перспективе может быть открыта и при рассмотрении споров государственными судами, проявился в Регламенте ЕС «Рим I» «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам», п. 13 Преамбулы которого предусматривает, что настоящий Регламент не запрещает сторонам включать посредством отсылки в свой договор негосударственное право.

Очевидно, что эта тенденция проявилась и при подготовке в рамках Гаагской конференции по международному частному праву Гаагских принципов по выбору права, примененного к международным коммерческим контрактам (*Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*).

Изначально разработчиками указанного документа констатировалось широкое признание того, что споры, возникающие из коммерческих контрактов, переданные в арбитраж, могут быть подчинены *non-*

¹ См: Jolivet E. The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration // UNIDROIT Principles. New Developments and Applications — 2005 Special Supplement/ ICC International Court Bulletin. P. 72.