

LEX MERCATORIA - НОВЕ МІЖНАРОДНЕ ТОРГОВЕ ПРАВО

МЕРЕЖКО О.О.,
кандидат юридичних наук, доцент

Дипломатична академія України
при МЗС України

Головною ознакою нашого часу є бурхливий процес глобалізації та інтернаціоналізації, який відбувається в усіх сферах соціального життя і який має далекосяжні, на жаль, не завжди передбачувані для людства наслідки.

Безпосереднім результатом цього процесу є виникнення і формування глобального громадянського суспільства, матеріальною основою якого виступає світовий ринок і єдина світова економічна система.

На нинішньому етапі становлення глобального громадянського суспільства виникає ціла низка суперечностей між якісно новим станом світової економіки і неадекватністю наявних механізмів і методів її правового регулювання.

Так, зокрема, якщо світова економіка на сьогоднішній день має метанціональну природу, коли як обмін продуктів виробництва, так і саме виробництво мають міжнародний характер, то правове регулювання світової економіки ще й досі залишаються за своєю суттю національним.

Іншою проблемою є те, що швидкість змін, які відбуваються у світовій економіці, вимагає оперативності і гнучкості з боку існуючих механізмів правового регулювання, чого, на жаль, як раз і бракує національним правовим системам, основною метою яких є регулювання не стільки міжнародні, скільки суто внутрішні відносини.

Таким чином, можна з повною підставою констатувати, що міжнародне приватне право, яке побудоване на колізійному методі правового регулювання майнових і особистих немайнових відносин з іноземним елементом, опинилось у справжній кризі, котра виникла у процесі розвитку світової економіки. На наш погляд, саме ця криза спричинила необхідність пошуку нових більш адекватних методів правового регулювання зовнішньоекономічних операцій,

зادля подолання того розриву, який продовжує поглиблюватися між інтернаціональним характером світової економіки і переважно національною формою її нормативної регламентації.

У цьому сенсі концепція *Lex Mercatoria* становить серйозний виклик міжнародному приватному праву як альтернативний колізійному методу засіб правового регулювання зовнішньоекономічних операцій.

Слід відзначити, що на разі концепція *Lex Mercatoria* являє собою одну із найсуперечливіших концепцій в сучасній теорії міжнародного приватного права, довкола якої точаться чисельні дискусії прихильників і опонентів цієї концепції.

Суперечливість *Lex Mercatoria* зумовлена, головним чином, невизначеністю її терміну, доктринальної дефініції та юридичного змісту, що, очевидно, є суттєвою перешкодою на шляху більш широкого визнання цієї концепції в наукових колах вчених-цивілістів.

З нашого погляду, невизначеність *Lex Mercatoria* пояснюється в першу чергу тим фактом, що *Lex Mercatoria* є відносно новим явищем соціального життя і знаходиться в стані постійного становлення під впливом мінливості процесу розвитку світової економіки.

Що стосується самого терміну «*Lex Mercatoria*» (буквально означає «торгове право»), то в юридичній літературі ще не склалося єдиної думки з цього приводу. Поряд з цим терміном у доктрині міжнародного приватного права пропонувались ще й такі терміни, як, приміром, «транснаціональне» право, «позанаціональне» право тощо.

Втім термін «*Lex Mercatoria*» є найбільш поширеним і вказує на певну спорідненість сучасного *Lex Mercatoria* з старим *Lex Mercatoria*, що існувало ще за часів Середньовіччя.

Старе *Lex Mercatoria* було одним з історичних етапів розвитку нормативного регулювання міжнародної торгівлі.

За сучасних умов концепція *Lex Mercatoria* отримала новий поштовх через те, що система суверенних держав виявилась неспроможною адаптуватись до глобалізації торгівлі. По суті, міжнародні економічні відносини вийшли з-під контролю національного права окремих держав і знову набули міжнародного характеру.

У цьому зв'язку в другій половині п'ятидесятих років у науковій літературі деякі вчені-юристи починають обстоювати концепцію нового *Lex Mercatoria*, яке, на їхню думку, здатно подолати ту кризу, яка склалася у практиці нормативного регулювання міжнародних торгово-економічних відносин. Серед прихильників цієї

концепції слід назвати, насамперед, таких відомих юристів, як Б.Гольдман, Ф.Фушар, Ф.Кан, К.Шмітхофф, тощо.

Особливої популярності згадана концепція набула серед представників французької юриспруденції.

Разом з тим серед вчених-цивілістів ще не склалося єдиної загальноновизнаної наукової дефініції *Lex Mercatoria*. Так, один із засновників цієї концепції Б.Гольдман вважає, що *Lex Mercatoria* являє собою сукупність принципів, інститутів і норм, що впливають із усіх джерел, які живлять юридичні структури та діяльність тієї спільноти, котру складають учасники міжнародної торгівлі¹.

Інші юристи вбачають в *Lex Mercatoria*: «норми права, які притаманні усім або більшості держав, котрі беруть участь в міжнародній торгівлі ... а де подібні загальні норми не є ясними, ... норма ... котра бачиться арбітру найбільш прийнятною та справедливою... з урахуванням законів декількох правових систем»², або «відбиття зростаючої одноманітності комерційних законів основних юрисдикцій»³, чи «єдину систему права, що регулює міжнародні комерційні угоди»⁴ тощо.

Поряд з доктринальними дефініціями *Lex Mercatoria*, що пропонуються в науковій літературі, можна також зустріти спроби визначити це явище в судовій практиці.

Визначення *Lex Mercatoria*, як «системи права, котра базується не тільки лише на інституціях і локальних звичаях будь-якої окремої країни, а складається з певних принципів справедливості та торгових звичаїв, котрі були установлені загальною зручністю та почуттям справедливості для регулювання міжнародної комерційної діяльності»⁵ як раз і є одним з таких прикладів, взятих із сучасної судової практики.

Щодо опонентів *Lex Mercatoria*, то деякі з них трактують його як *principia mercatoria*, тобто як сукупність загальних принципів, котрі не мають ніякої юридичної сили, або як квазі-юридичні правила здорового глузду, справедливості та розсудливості, які вірогідно були б застосовані і без посилання на *Lex Mercatoria*⁶.

У працях авторів, котрі обстоюють концепцію *Lex Mercatoria*, немає єдності стосовно джерел цього права. Найбільш часто серед джерел *Lex Mercatoria* в науковій літературі називаються :

1. міжнародні конвенції, у першу чергу Віденська конвенція ООН 1980 року про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, а також типові закони, які розробляються на міжнародному рівні;
2. торгові звичаї (trade usages);
3. загальні принципи права, які визнані більшістю комерційних держав;
4. правила міжнародних організацій;
5. типові контракти і проформи;
6. рішення міжнародних комерційних арбітражів;
7. комерційна практика, починаючи ще з часів *jus gentium*;
8. теоретичні праці видатних юристів тощо.

Втім, деякі з вищезгаданих джерел піддаються серйозній критиці навіть серед прихильників *Lex Mercatoria*.

Яскравим прикладом невизначеності юридичної природи *Lex Mercatoria* може також вважатися проблема співвідношення між *Lex Mercatoria* і міжнародним публічним правом.

На цей рахунок у науковій літературі склалося декілька основних підходів. Згідно з одним із них *Lex Mercatoria* є складовою частиною міжнародного права, яка регулює комерційні відносини за участі не лише держав, але й також фізичних і юридичних осіб, транснаціональних корпорацій, банків тощо.

У цьому відношенні *Lex Mercatoria*, на думку прихильників цього погляду, являє собою приватно-правове відгалуження (*private-law leg*) міжнародного права і є свідченням того, що «міжнародне право втрачає свою публічну природу і починає безпосередньо застосовуватися до недержавних суб'єктів»⁷. Іншими словами, нормами *Lex Mercatoria* є ті норми міжнародного права, котрі «хоча все ще залишаються публічними за походженням, є приватними за своєю природою»⁸.

Проте більшість прихильників концепції *Lex Mercatoria* вважають це право автономним правопорядком по відношенню як до міжнародного права, так і по відношенню до національного права. У цьому сенсі *Lex Mercatoria* має спільні з міжнародним правом джерела, насамперед, загальні принципи права і міжнародні звичаї.

Не важко помітити, що принципи *Lex Mercatoria*, які найчастіше наводяться в наковій літературі, є водночас принципами сучасного міжнародного публічного права.

Так, наприклад, принципами, на яких базується *Lex Mercatoria* є: принцип *pacta sunt servanda*, *clausula rebus sic stantibus*, принцип справедливості (*equity*),

принцип добросовісності (*bona fides*), принцип пропорційності, принцип відповідальності тощо.

Разом з тим основними принципами *Lex Mercatoria* є також принципи притаманні цивільному праву більшості правових систем світу, як, зокрема: заборона несправедливого збагачення; *restitutio in integrum*; принцип, згідно з яким сторони контракту у разі виникнення непередбачених труднощів мають добросовісно вести переговори аби подолати ці труднощі; принцип, у відповідності до якого суттєве порушення умов контракту однією стороною звільняє іншу сторону від обов'язків за контрактом, але вона має вжити всіх заходів задля мінімізації втрат спричинених порушенням контракту; *estoppel*; *lex voluntatis*; *actor incumbit probatio* (позивач несе тягар доказування) тощо.

Щодо недостатньої визначеності *Lex Mercatoria*, слід наголосити на тому, що в останні роки все більше виявляється обнадійлива тенденція зростання ступіню визначеності норм *Lex Mercatoria*. Значним кроком у цьому напрямі слід вважати в першу чергу розробку і публікацію «Принципів міжнародних комерційних договорів» УНІДРУА (Міжнародного інституту уніфікації приватного права).

У вступі в цей документ йдеться про те, що «метою Принципів УНІДРУА є встановлення збалансованої системи правил, розрахованих на застосування в усьому світі, незалежно від юридичних традицій та економічних і політичних умов в країнах, де ці Принципи будуть застосовуватися».

Згадані Принципи є, з одного боку, «викладенням загальних принципів контрактного права», яке існує на сьогодні, з іншого боку, вони спрямовані на подальшу гармонізацію і уніфікацію правових систем різних держав.

Принципи УНІДРУА мають великий потенціал як одне із джерел *Lex Mercatoria*, що значно підвищить ступінь визначеності та надійності норм *Lex Mercatoria*. Можна передбачити, що Принципи УНІДРУА, будучи не тільки своєрідним компромісом між різними юридичними традиціями, але і втіленням найвищих досягнень усіх основних правових систем світу, можуть стати вельми популярними як серед суддів міжнародних комерційних арбітражів, так і серед самих міжнародних комерсантів під час укладання міжнародних контрактів.

А відтак, буде зростати і авторитет самого *Lex Mercatoria*.

Разом з тим треба відзначити той факт, що, як свідчить практика, міжнародні комерційні арбітражі, так само як і національні суди, починають все більше звертатися до норм *Lex Mercatoria* у своїй діяльності. Найбільшого поширення практика застосування *Lex Mercatoria* набула серед міжнародних комерційних арбітражів.

Згідно з Європейською конвенцією 1961 р. про зовнішньоторговий арбітраж (ст. 7.1), Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ 1976 р. (ст. 33.3) та Арбітражним регламентом Європейської економічної комісії ООН 1966 р. (ст. 38) при розгляді спорів арбітри керуються також і торговими звичаями (trade usages), які, як зазначалось вище, є одним із джерел Lex Mercatoria. Слід також додати у цьому відношенні, що згідно з Нью-Йоркською конвенцією 1958 р. Про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень (ст. 3) держави-учасниці цієї конвенції зобов'язані виконувати арбітражні рішення, у тому числі і ті, які були прийняті міжнародними комерційними арбітражами у відповідності до Lex Mercatoria.

Щодо арбітражних рішень, котрі були винесені на основі норм Lex Mercatoria, то їх на сьогоднішній день можна знайти чимало.

Якщо в рамках міжнародної арбітражної практики концепція Lex Mercatoria майже одразу почала завоювати серйозні позиції, то досягти визнання цієї концепції у національному праві держав виявилось набагато складніше.

Спочатку концепція Lex Mercatoria викликала велику недовіру з боку національних судів.

Так, наприклад, у справі *Messageries maritimes* (21 червня 1950 р.) французький Касаційний суд виніс рішення, згідно з яким «будь-який міжнародний контракт обов'язково має мати прив'язку до національного закону».

Тільки з початку 80-х років національні суди поступово і не дуже охоче починають визнавати і застосовувати норми Lex Mercatoria.

Зауважимо, що саме французькі суди одними з перших почали прихильно ставитися до Lex Mercatoria.

Згідно з новим французьким Кодексом цивільного процесу (ст. 1496) арбітр застосовує до контракту право, яке обрали сторони контракту, а за відсутності такого вибору права він може застосовувати ті норми, які він вважає найбільш доцільними.

Як свідчить судова практика останніх років, французькі суди неодноразово підтримували арбітражні рішення, котрі базувались на нормах Lex Mercatoria.

Національні суди інших західноєвропейських країн континентальної системи права також поступово почали наслідувати приклад французьких судів щодо Lex Mercatoria.

Говорячи про правову систему США та її відношення до концепції Lex Mercatoria, неможливо залишити поза увагою Уніфікований комерційний кодекс (Uniform Commercial Code), котрий, на думку деяких американських

юристів, є «кристалізацією Lex Mercatoria і визнає, що Lex Mercatoria продовжує розвиватися і в такий спосіб «доповнюватиме» кодекс»⁹.

Справа в тому, що частина 1-103 цього кодексу включає Lex Mercatoria як право, що доповнює положення Кодексу, а офіційний коментар №3 до частини 1-105 безпосередньо вказує на те, що Уніфікований комерційний кодекс є втіленням норм Lex Mercatoria.

Найбільш консервативними по відношенню до концепції Lex Mercatoria виявилися англійські суди, які тривалий час чинили їй опір. Але з плином часу навіть і вони почали поступово схилитися до визнання Lex Mercatoria.

Так, у справі Home and Overseas Insurance Co. vs. Mentor один з англійських судів все ж таки визнав легітимність арбітражного рішення, яке було винесене у відповідності до норм Lex Mercatoria.

Таким чином, виходячи з усього вищесказаного, ми можемо підбити певні підсумки щодо того, яке місце на сьогоднішній день займає концепція Lex Mercatoria в сучасній теорії та практиці міжнародного приватного права.

По-перше, Lex Mercatoria – це реальність, а не міф, незважаючи на свою теоретичну сумнівність в очах прихильників юридичного позитивізму. До того ж, ніяка теорія (юридичний позитивізм чи якась інша) не повинна обмежувати суддю чи арбітра, коли він приймає рішення.

По-друге, виникнення Lex Mercatoria є свідченням нездатності міжнародного приватного права за допомогою колізійного методу ефективно виконувати функцію правового регулювання зовнішньоекономічних операцій. У цьому сенсі концепція Lex Mercatoria становить серйозний виклик і альтернативу міжнародному приватному праву, як праву, що базується на теоретичних засадах юридичного позитивізму і не визнає можливості існування автономного правопорядку поза державою.

По-третє, Lex Mercatoria є новим явищем і знаходиться у процесі формування. Звідси його недосконалість і недостатня визначеність. В принципі, можна погодитися з тими юристами, котрі вважають Lex Mercatoria «м'яким правом» (Soft Law), тобто сукупність норм, які мають не юридичну, а морально-політичну силу. Слід тільки додати, що хоча Lex Mercatoria і є на разі «м'яким правом», у той самий час воно не є слабим правом і стрімко розвивається у напрямі «жорсткого права» (hard law), тобто права *per se*.

По-четверте, Lex Mercatoria в очах транснаціонального комерційного співтовариства є більш зручним і більш справедливим засобом правового регулювання відносин, що виникають між суб'єктами цього співтовариства. Привабливість Lex Mercatoria для міжнародних комерсантів пояснюється, насамперед, тим фактом, що його норми є відносно простими у порівнянні з

складністю національних правових систем. Крім цього Lex Mercatoria є більш справедливим, оскільки відносини між, скажімо, двома бізнесменами з різних країн регулюються не на основі одного з правопорядків якогось одного бізнесмена за рахунок іншого, а на основі третього, автономного правопорядку, який у рівній мірі є відомим для обох бізнесменів.

По-п'яте, існування Lex Mercatoria є свідченням недостатньої уніфікованості національних правових норм, що регулюють комерційні відносини, обтяжені іноземним елементом. У цьому відношенні концепція Lex Mercatoria, яка являє собою своєрідний загальний знаменник основних правових систем світу, в кінцевому рахунку виражає нагальну потребу глобального громадянського суспільства в уніфікованих матеріально-правових нормах, здатних забезпечити адекватне регулювання світової торгівлі, а також є віддзеркаленням одвічного прагнення людства до єдності і несе в собі значний гуманістичний заряд.

По-шосте, Lex Mercatoria виконує важливу функцію заповнення правового вакууму між різними національними правовими системами, а також між національним і міжнародним правом.

І, нарешті, по-сьоме, подальша доля Lex Mercatoria не є заздалегідь визначеною і у великій мірі залежить від того, чи зможе міжнародне приватне право впоратися з своїм нинішнім кризовим становищем.

З нашого погляду, можна передбачити три основних варіанти відповіді міжнародного приватного права на виклик Lex Mercatoria:

1. Подальше зростання впливу Lex Mercatoria і відповідне зменшення авторитету міжнародного приватного права у середовищі міжнародних комерсантів.

2. Якщо міжнародне приватне право врешті-решт впорається з своїми проблемами і піде шляхом більшої уніфікації національних правових систем, тоді можливо відбудеться занепад концепції Lex Mercatoria, яке ще не встигло повністю сформуватись.

3. Останнім варіантом є мирне співіснування і взаємодоповнення Lex Mercatoria та міжнародного приватного права.

Виходячи з усього вищесказаного за сучасних умов важко спрогнозувати, яким саме шляхом будуть розвиватися взаємовідносини між концепцією Lex Mercatoria і міжнародним приватним правом. Дати остаточну відповідь на це запитання зможе лише майбутнє.

ПОСИЛАННЯ

- ¹ Див. Goldman B. La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: Realite et perspectives // J. Droit intern. - 1979. - № 3. - P. 487.
- ² Lando O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // 34 Int'l and Comp. L.Q. - 1985. - P. 747.
- ³ Wood P. Law and Practice of Int'l Finance. -1981. -P. 1-34.
- ⁴ Selden B. Lex Mercatoria in European and U.S. Practice: Time to Take a Closer Look //Annual Survey of Int'l and Comp. Law. - 1995. - № 2. - P.112.
- ⁵ Bank of Conaway v. Stary, 200 N.W. 505, 508-509 (N.D. 1924).
- ⁶ Hight K. The Enigma of the Lex Mercatoria // 63 Tulane Law Review. - 1989. - P. 628.
- ⁷ Booyesen H. Is International Law Relinquishing its exclusive public law nature? // 4 Tulsa J. Comp. and Int'l Law. - 1997. - P. 219.
- ⁸ Ibid.
- ⁹ Draetta U., Lake R., Nanda V. Breach and Adaptation of International Contracts. An Introduction to Lex Mercatoria. USA. - 1992. - P. 19.