

Білоус О.С.\*

## ЗНАЧЕННЯ ПРИНЦИПІВ УНІДРУА ДЛЯ РОЗВИТКУ КОНЦЕПЦІЇ LEX MERCATORIA

*Анотація:* У даній статті розкрито роль Принципів УНІДРУА у становленні концепції *lex mercatoria*. Стаття розпочинається описом початкової доктрини *lex mercatoria*, далі роз'яснюється зміна парадигми, викликана появою Принципів УНІДРУА. Оцінюється співвідношення Принципів УНІДРУА та *lex mercatoria*. На основі арбітражної практики показано, що Принципи УНІДРУА наповнили концепцію *lex mercatoria* конкретним змістом, проте не усунули усіх її проблем. Йдеться про те, що Принципи УНІДРУА, як і інші джерела *lex mercatoria*, є диспозитивним документом, який не має обов'язкової сили, оскільки не санкціонований жодною державою. Разом з тим практика застосування Принципів УНІДРУА зростає, що змушує правничі кола відійти від позитивіського розуміння права.

**Ключові слова:** *lex mercatoria*, Принципи УНІДРУА, міжнародний торговий звичай, транснаціональне комерційне право, загальні принципи права, третій правопорядок.

*Annotation:* This article reveals the influence of the UNIDROIT Principles onto the development of the *lex mercatoria* concept. The Article starts with the description of the initial *lex mercatoria* concept, and then it provides explanation of the changes in the concept caused by the UNIDROIT Principles. The Article aims to estimate the correlation between the UNIDROIT Principles and *lex mercatoria*. On the basis of the analysis of the arbitration practice it is proved that the UNIDROIT Principles have given the concrete meaning to the *lex mercatoria* concept, but haven't eliminated the problematic issues of the latter. That is obvious because the UNIDROIT Principles, as well as the other sources of *lex mercatoria*, don't have mandatory character, and they haven't been adopted by any state. Meanwhile there are numerous cases where the Principles were applied, which means that legal community should change its normativistic approach towards law.

**Key words:** *lex mercatoria*, UNIDROIT Principles, international commercial usage, Transnational Commercial Law, general principles of law, third legal order.

Актуальність. Хоча концепція наднаціонального міжнародного комерційного права *lex mercatoria* була сформульована ще на початку 60-х років минулого сторіччя, проте досі залишається актуальним доведення факту існування *lex mercatoria* та легітимації джерел цього права. Зараз це актуально вже не стільки в рамках наукової дискусії, як для обґрунтування можливості практичного застосування норм *lex mercatoria* у регулюванні міжнародних комерційних відносин.

\* здобувач кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка  
Науковий керівник: доцент Козьяков С.Ю.

Дослідження природи *lex mercatoria* є важливим з огляду на те, що відсутність належного обґрунтування нормативного правового характеру цього права створює перешкоди для його використання на практиці. Так, якщо практика застосування *lex mercatoria* за кордоном постійно розширюється, то українські учасники міжнародного торгівельного обороту при укладенні зовнішньоекономічних договорів чи під час арбітражних спорів взагалі не вдаються до його джерел, зокрема Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА.

Над темою міжнародного комерційного права *lex mercatoria* починаючи з 60-х років минулого сторіччя працювало і досі працює багато вчених світу. У цій статті максимально будуть враховані погляди Б. Гольдмана, П. Шлехтрейма та Ф. Джессапа, а також українських дослідників цієї тематики О.О. Мережка та А. В. Смітюха.

Мета цієї статті полягає у тому, щоб на основі Принципів УНІДРУА пояснити «життєздатність» концепції *lex mercatoria* і довести можливість застосування українськими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності недержавного комерційного права – *lex mercatoria* загалом та Принципів УНІДРУА зокрема.

Поява феномену *lex mercatoria* пов'язана із всплеском міжнародної торгівлі, що спостерігався на початку 60-х років. Несподівана динаміка ринку була свідченням того, що економіки багатьох країн в повній мірі відновилися від наслідків Другої світової війни. Проте адекватних правових механізмів для регулювання міжнародних комерційних транзакцій не існувало. Тогочасні комерсанти, які вели свої справи за кордоном, замість того, щоб покладатися на національне право окремих держав, самостійно встановлювали між собою певні правила, які вирізнялися практичністю і згодом перетворювалися на звичаї міжнародної торгівлі. Це явище через подібність до *lex mercatoria* – права купецького стану у Середньовічній Європі – отримало назву «нового *lex mercatoria*». Ми могли б назвати це стихійним саморегулюванням нового ринку, але деякі вчені побачили в бізнесових нормах зародження нового типу права, яке існує поза межами державних юрисдикцій і покликане врегулювати комерційні відносини на транскордонному рівні.

Засновник теорії новітнього *lex mercatoria* французький правник Бертольд Гольдман у 1964 р. визначив його як: «звід загальних принципів і звичаїв, які спонтанно ... виникли у рамках міжнародної торгівлі, без посилань на окрему національну систему права» [1, с. 177].

Дещо раніше у 1956 р. американський юрист Філіп Джессап визначив цю систему новітнього права поза кордонами держав, як «транснаціональне право». За Джессапом це право має «регулювати дії та події, що перетинають національні кордони, однаково включаючи публічне і приватне міжнародне право, а також ще й інші правила, які не повністю підпадають під такі типові категорії» [2, с. 2].

І нарешті третій вчений, що стоїть у витоків *lex mercatoria*, британський правник Клайв Шмітгофф визначив, що усі норми, які регулюють міжнародну торгівлю, безвідносно до їхнього державного чи позадержавного походження, разом конституують право міжнародної торгівлі. За його розумінням на певному етапі середньовічне *lex mercatoria* пройшло етап націоналізації, а потім знову відбувся «перехід від національних законів з їхніми обмеженнями до універсальної концепції права міжнародної торгівлі» [3, с. 9].

З цих трьох концепцій фактично і почала будуватися доктрина права, яке й досі не має назви: Міжнародне (Транснаціональне, Наднаціональне, Позанаціональне) Комерційне (Торгове, Бізнесове, Купецьке) право, тому єдиним загальноприйнятним для всіх дослідників терміном залишається латинський вираз «*lex mercatoria*», що в перекладі означає «закони купців».

У найбільш широкому сенсі *lex mercatoria* розуміється, як окрема транснаціональна система права, третій автономний правопорядок, що існує незалежно від національних та міжнародної систем. Метою цієї системи є регулювання «відносин, які виходять за рамки національних правових систем і виникають між учасниками світової торгівлі, в основному між фізичними і юридичними особами» [4, с. 22].

Проте навіть найрозвинутіше сучасне законодавство не визнає *lex mercatoria* окремим правопорядком. Візьмемо до прикладу Регламент ЄС № 593/2008 про право, яке застосовується до договірних зобов'язань. Із системного тлумачення Регламенту випливає, що під правом, яке застосовується до договорів, мається на увазі лише право національне, щоправда сторонам не заборонено «включати, шляхом посилання, у їхній договір недежравне право або міжнародну конвенцію» [5]. Тобто позитивне право хоча й визнає існування недержавного права *lex mercatoria*, але не допускає можливості вибору *lex mercatoria*, як права, що застосовується до договору, таким самим колізійним шляхом, яким обирається національне право.

Попри те, що прихильники концепції *lex mercatoria* стверджують, що це окрема система права, коли справа доходить до правозастосовчої діяльності не тільки суддями національних судів, але й арбітрами міжнародних комерційних арбітражів *lex mercatoria* сприймається як звичаєвий елемент, що відіграє допоміжну роль у регулюванні договірних відносин, там де національне право, яке підлягає застосуванню, містить прогалини [6, с. 179].

У відповідь на це меркатористи доводять той факт, що крім звичаїв міжнародної торгівлі, джерелами *lex mercatoria* також є прецеденти, які виникли з арбітражних присуджень, типові проформи договорів розроблені міжнародними професійними асоціаціями (як-от інвестиційно-будівельні типові договори Міжнародної федерації інженерів-консультантів (ФІДІК), типові договори в галузі інженерії Європейської Асоціації важкої промисловості (ОРГАЛІМ) тощо), а також акти Міжнародної Торгової Палати – «ІНКОТЕРМС», Уніфіковані звичаї та практика документарних акредитивів, «Уніфіковані правила з інкасо» тощо. Тож, на думку цих вчених, така кількість джерел права недержавного походження сама собою свідчить про те, що *lex mercatoria* становить окремий правопорядок.

На нашу думку, справжнім доказом самоцінності *lex mercatoria* мала би бути судова й арбітражна практика його застосування. Проте, виявляється, арбітражних присуджень, вирішених на основі *lex mercatoria* не так вже й багато. Це всього кілька рішень щодо великого нафтового бізнесу, договорів проектування міжнародного глобального будівництва та націоналізації нафтових концесійних проектів [14, с. 31].

Такою хиткою і надто теоретизованою концепція *lex mercatoria* здавалась до того, як у 1994 році Міжнародний інститут з уніфікації приватного права УНІДРУА випустив документ під назвою «Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА».

На той момент Принципи УНІДРУА нараховували сім глав, у яких було прописано загальні принципи договірного права, порядок укладення договору, його дійсність, тлумачення і зміст, а також порядок виконання та правові наслідки невиконання договорів.

У 2011 році вийшла уже третя редакція документу, доповнена новими главами, що регулюють зобов'язальні відносини договірного характеру та інші питання, тісно пов'язані із договором. Тобто Принципи УНІДРУА містять у собі системне, дуже деталізоване і в повній мірі охоплююче регулювання договірних відносин. З огляду на якісні характеристики Принципів УНІДРУА, можемо сміливо стверджувати, що це правовий акт. Проте він не схожий на жоден інший вид законодавчих актів – це не конвенція, типо-

вий закон чи національний кодекс. Це *sui generis*, ми би визначили Принципи УНІДРУА як звід норм договірної права, напрацьований на міжнародному рівні для універсального застосування усіма комерсантами світу, що ведуть зовнішньоекономічну діяльність. Цей документ не передбачає санкціонування з боку держав, а одразу адресується сторонам міжнародних комерційних договорів.

Завдяки появі Принципів УНІДРУА концепція *lex mercatoria* отримала новий виток свого розвитку. Так, відомий український дослідник феномену *lex mercatoria* Олександр Мережка вважає, що: «Одним із головних закидів на адресу *lex mercatoria* є закид у недостатній визначеності торгових звичаїв. У зв'язку з цим варто відзначити, що особливо в останні роки усе більш помітна обнадійлива тенденція зростання ступеню визначеності норм *lex mercatoria*. Значним поступом вперед у цьому напрямі варто розглядати розробку і прийняття Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА» [4, с. 31].

Інший український дослідник цієї ж тематики А.В. Смітюх також зазначає, що «еволюція *lex mercatoria* призвела до відтворення у письмовій формі ґрунтовних ідей звичаєвої системи договірної зобов'язального права, до їх втілення у Принципи УНІДРУА. Принципи УНІДРУА впорядкували стан *lex mercatoria*, їх існування усуває причини для критики *lex mercatoria*, як туманного і штучного утворення. Відтепер дослідження та застосування *lex mercatoria* поза контекстом принципів неможливе» [7, с. 158].

Французькі дослідники Е. Локвін та С. Касседжіан теж дійшли висновку, що Принципи УНІДРУА становлять *lex mercatoria*. Зокрема Е.Локвін зазначає, що «використовуючи матеріали *lex mercatoria* модельне право почало інституціоналізуватися. Принципи УНІДРУА по своїй суті можуть бути визначені, як редакція *lex mercatoria*, або ж навіть його кодифікація. *Lex mercatoria* виступило джерелом натхнення для модельного права, а це право стало одним із формальних джерел *lex mercatoria*» [9, с. 213].

Взагалі-то переважна більшість західних вчених-правників ототожнюють Принципи УНІДРУА та *lex mercatoria*. Зокрема шотландський науковець Г. Барон вважає, що «Принципи не тільки транснаціональні, мають загальну природу і відповідають практиці та звичаям, але й також вони дуже адаптовані до комерційних потреб і світової міжнародної торгівлі; таким чином вони відповідають критерію права купців» [8, с. 129].

Отже, з огляду на оцінки різних дослідників можна вважати, що Принципи УНІДРУА утворюють головну складову *lex mercatoria* та перетворюють це явище на систему; завдяки Принципам УНІДРУА *lex mercatoria* набуває ознак позанаціональної системи договірної зобов'язального права, яка може використовуватись, як альтернатива національному регулюванню приватно-правових відносин в сфері міжнародного комерційного обороту [7, с. 9].

Але подивимося на це питання по-іншому. Основу *lex mercatoria* у початковому його значенні становили звичаї міжнародної торгівлі, тобто неписані норми, запроваджені самими учасниками відносин. Самі Принципи УНІДРУА визначають «звичаї» як різновид прихованих умов договору [11, с. 28]. Об'єктивно Принципи УНІДРУА не є звичаями і про це сказано в самих Принципах (див. коментар до статті 1.9 ПУ «Звичаї та практика»). Тож Принципи УНІДРУА не підпадають під класичне визначення *lex mercatoria*.

Вони створені не абстрактною діловою спільнотою комерсантів, а міжнародною організацією, заснованою в результаті договору держав. Розробниками норм були не люди бізнесу, а вчені-правники. Самі норми походять не від узвичаєнь ділової практики, а з компаративного аналізу правових систем світу. Тобто сталося так, що два по своїй природі різних явища, що розвивалися приблизно на одному проміжку часу і в одній площині – у сфері міжнародної торгівлі, незважаючи на їхнє окреме походження, почали ототожнювати одне з одним.

Не всі прихильники концепції *lex mercatoria* вважають Принципи УНІДРУА джерелом *lex mercatoria*. К.П. Бергер зокрема, зазначав, що для того, щоб Принципи справді набули статусу *lex mercatoria*, вони повинні «визнаватися з боку міжнародної спільноти комерсантів (*societas mercatorum*) і міжнародних комерційних арбітражів, як первинних суддів міжнародної торгівлі та соціальних інженерів транснаціонального комерційного права» [12, с. 33].

У справі МТП № 9442 арбітражний суд постановив: «що стосується *lex mercatoria* та міжнародних торгових звичаїв, зокрема, ясно, що Принципи УНІДРУА є частково декларативними, оскільки в численних аспектах вони інноваційні. Іншими словами, якщо в теорії Принципи УНІДРУА конституують систему норм, доцільну для адаптування міжнародної торгової практики до Принципів УНІДРУА, як до майбутнього *lex mercatoria*, то на даний момент, не існує жодних зв'язків між тим, що пропонують Принципи і нормами *lex mercatoria*, тому посилання на Принципи не є тотожним посиланню на вже існуючий комерційний звичай» [13, с. 91].

Незважаючи на це, переважна більшість арбітрів все-таки вважає, що Принципи УНІДРУА перебувають у повній відповідності із концепцією *lex mercatoria*. Так у справі Арбітражного суду МТП № 7375 за відсутності права, обраного до договору, арбітр вирішив застосувати «ті загальні принципи і норми права, покликані регулювати міжнародні договірні зобов'язання, які можна визначити, як норми права, що здобули широке визнання міжнародною діловою спільнотою, включаючи ті концепції, які вважаються частиною *lex mercatoria*, враховуючи відповідні торгові звичаї, а також Принципи УНІДРУА, оскільки можна сказати, що вони відображають загально прийняті принципи та норми». ... «Принципи по суті своїй вміщують звід таких *principes directeurs*, які були загально визнані світом і більш того є серцевиною тих фундаментальних концепцій, які на постійній основі застосовуються в арбітражній практиці» [9, с. 214].

Проте в арбітражній практиці траплялися також випадки, коли арбітри відмовлялися застосувати Принципи УНІДРУА в якості *lex mercatoria*. Зокрема, у справі №8873 МТП арбітр не прийняв до уваги посилання сторони на Принципи УНІДРУА, як на торговий звичай, щодо ситуації ускладнення (*hardship*) виконання договору [9, с. 211].

Якщо взяти до уваги той факт, що Принципи УНІДРУА не мають зобов'язальної сили і арбітри застосовують цей документ на власний розсуд, то ці поодинокі випадки відмови у застосуванні Принципів на сьогодні уже становлять виняткові ситуації.

З двох найбільш авторитетних баз арбітражних рішень, що існують на даний момент – 1) ЮНІЛЕКС, створена за сприяння Інституту УНІДРУА та 2) бюлетень Міжнародного арбітражного суду МТП – можна зробити висновок, що коли арбітри звертаються до *lex mercatoria*, то майже у всіх випадках такого звернення вони посилаються на Принципи УНІДРУА.

У Преабулі самих Принципів УНІДРУА з-поміж іншого зазначено: Принципи можуть застосовуватись, коли сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватись загальними принципами права, *lex mercatoria* або аналогічними положеннями [11, с. 1]. Самі автори документу ототожили його з *lex mercatoria* з двох причин. По-перше, збігається основна мета *lex mercatoria* і Принципів УНІДРУА – врегулювати приватні відносини комерційного характеру на міжнародному рівні. А по-друге, існувала суто практична необхідність надати орієнтир арбітрам: як їм діяти, коли до них звертаються комерсанти, які у якості права до свого договору обрали «загальні принципи права», «транснаціональне право», «принципи міжнародного права» чи «*lex mercatoria*». При чому, за даними Центру вивчення транснаціонального права Мюнстерського університету, випадки посилання сто-

роні на загальні принципи права замість обрання права конкретної країни трапляються доволі часто [15, с. 204].

Незмінний голова усіх Робочих Груп, які працювали над розробкою Принципів УНІДРУА, М. Бонель з цього приводу роз'яснює, що, звичайно, якщо *lex mercatoria* розглядати вузько лише, як звичай міжнародної торгівлі, тоді Принципи не підпадають під це поняття, але з практичних міркувань необхідно було надати можливість застосовувати Принципи, як *lex mercatoria*. Проте застосування Принципів УНІДРУА в такій якості не є їхнім прямим і єдино можливим використанням – це лише одна з можливостей посилання на цей документ, як на одне із джерел *lex mercatoria*. Адже таким чином Принципи УНІДРУА дають можливість наповнити конкретним змістом поняття *lex mercatoria*, «загальні принципи права» чи інші абстрактні формулювання, що були вжиті сторонами [15, с. 205].

Висновки. Правова фікція, яку автори Принципів УНІДРУА встановили, надавши можливість застосовувати цей документ в якості *lex mercatoria*, попри усі застереження на сьогодні повністю була підтверджена арбітражною практикою. І в даний момент Принципи УНІДРУА можна вважати джерелом *lex mercatoria*, або навіть точніше сказати основним джерелом міжнародного комерційного права, яке надає йому інституційної визначеності та системності.

Підсумовуючи сказане, можна констатувати, що поява Принципів УНІДРУА внесла суттєві зміни у розуміння концепції міжнародного комерційного права. Завдяки Принципам *lex mercatoria* із сукупності джерел перетворилося на систему норм. Проте ця система норм ще не становить правову систему, тому що *lex mercatoria* не має своїх власних імперативних норм, завдяки яким можна було б захистити права осіб. Такі норми є лише в національних правових системах. Тому поява Принципів УНІДРУА хоча й становить суттєвий внесок у розвиток *lex mercatoria*, проте не вирішує усіх проблем цієї концепції.

З одного боку ми погоджуємося з меркатористами у тому, що Принципи УНІДРУА можна вважати джерелом права *lex mercatoria*, яке надає останньому визначеності. Разом з тим, вважаємо що це проміжний висновок. Адже Принципи УНІДРУА так само як транснаціональний, можуть доповнити будь-який національний правопорядок. Тому це відкрите питання чи стануть Принципи УНІДРУА універсальною основою для створення цілісного світового приватного права, чи лише будуть вживатися виключно для комерційних відносин на міжнародному ринку. На це питання лише з часом можна відповісти з огляду на те, яким шляхом піде арбітражна і судова практика.

#### Список використаних джерел

1. Goldman B. *Frontieres du droit et lex mercatoria*/ Berthold Goldman// *Archives de philosophie du droit*. – 1964. – V.9 – P. 177-192.
2. Jessup. P.C. *Transnational Law*/Philip C. Jessup. – New Haven: Yale University Press, 1956 – 113 p.
3. Clive M. Schmitthoff's *Select Essays on International Trade Law*/ Clive M. Schmitthoff. – London: Graham & Trotman Ltd., 1988. – 632 p.
4. Мережко А. А. *Транснациональное торговое право (lex mercatoria)* / Мережко Александр Александрович. – К.: Таксон, 2002. – 464 с.
5. Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) / The European Parliament and the Council. – 17 June 2008.
6. Nygh P. *Autonomy in International Contracts*. Oxford Monographs in Private International Law/ Peter Nygh. – Oxford: Clarendon Press, 1999. – 282 p.

7. Смітюх А. В. Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та *lex mercatoria* в контексті міжнародного приватного права: Дис... канд. юрид. наук:12.00.03 /Одеський національний ун-т ім. І.І.Мечникова. – О.,2003. – 215 с.
8. Baron G. Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*? // *Arbitration International*. – 1999. – P. 115-130.
9. E. Loquin. *Les règles matérielles internationales/ Éric Loquin// Recueil des cours, tome 322*. – Leiden:Martinus Nijhoff Publishers, 2006. – 427 p.
10. R. Goode. *Transnational commercial law: text, cases, and materials/ Roy Goode – Oxford : Oxford University Press, 2007 – 770 p.*
11. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 : за станом на 2011 р. /Міжнародний інститут з уніфікації приватного права. – Офіц. вид. – Рим. :Видавництво UNIDROIT, 2011 – 454 с.
12. Berger K.P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria 2nd Revised Edition/ Klaus Peter Berger – Kluwer Law International, BV 2010 – 464 p.*
13. ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1999. – Vol.10, No.2 – P. 91 – 94.
14. Dezalay Y. *International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order / Yves Dezalay, Bryant G. Garth – The University of Chicago Press, 1996 – 351 p.*
15. Bonell M.J. *The UNIDROIT Principles and Transnational Law/Michael Joachim Bonell // Uniform Law Review. – 2000 – P. 199 – 218*