

Білоус О.С.\*

## СУЧАСНЕ БАЧЕННЯ КОНЦЕПЦІЇ LEX MERCATORIA

Хоча концепція новітнього *lex mercatoria* була сформульована ще на початку 60-х років минулого сторіччя, проте досі залишається актуальним її критичне осмислення. Це **актуально** не тільки в рамках наукової дискусії, але й для обґрунтування можливості практичного застосування норм *lex mercatoria* у регулюванні комерційних відносин між українськими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та їхніми іноземними контрагентами. **Мета** цих тез полягає у тому, щоб на основі вузького, але безсумнівного, визначення *lex mercatoria* пояснити чому це явище не має системного характеру і у своєму діалектичному розвитку не може набути ознак автономного правопорядку.

Класичне визначення запропонував один із засновників теорії новітнього *lex mercatoria* Бертольд Гольдман, а саме, що це «звід загальних принципів і звичаїв, які спонтанно ... виникли у рамках міжнародної торгівлі, без посилок на окрему національну систему права» [1, 170].

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, 22]. Варто додати, що таке транснаціональне комерційне право сучасні дослідники бачать по-різному. Клаус Петер Бергер повністю ототожнює його із *lex mercatoria* і вважає, що це право складається із відкритого переліку трансправових принципів.

В той же час британські дослідники, на чолі з Ройстоном Гуді вважають, що *lex mercatoria* – це лише частина транснаціонального комерційного права, яка включає в себе неписані звичаєння.

Якщо спробувати встановити сутність *lex mercatoria* емпірично, то стає очевидно, що це гібридна система, яка вільно поєднує елементи транснаціонального та національного права [3, 447]. Так, арбітри Міжнародної Торгової Палати сприймають *lex mercatoria* як міжнародне звичаєве право, яке не заміняє собою норми національного законодавства, а лише його доповнює [4, 179].

З точки зору сучасного позитивного права *lex mercatoria* не визнається окремим правопорядком. Візьмемо до прикладу найпізніше у часі законодавство - 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 право національне, хоча сторонам не заборонено «включати, шляхом посилання, у їхній договір недержавне право або міжнародну конвенцію» [5]. Тобто з одного боку позитивне право визнає існування *lex mercatoria* як «недержавного права», але з іншого не допускає можливості вибору *lex mercatoria*, як права що застосовується до договору, таким самим колізійним шляхом, яким обирається національне право.

\* здобувач кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Науковий керівник: доц. Козьяков С.Ю.

Найбільші зауваження до *lex mercatoria*, як до явища транснаціонального, виникають при аналізі джерел цього права, оскільки більшість із них містяться в національному та міжнародному праві і це ставить під сумнів його автономність. Якщо ж спробувати виділити «чисті» джерела *lex mercatoria*, то, за Гольдманом, це будуть принципи і звичаї.

Звичай походить від узвичаєнь, які стали широко відомими і набули *opinio juris*, тобто загальноприйнятого ставлення до них як до юридично обов'язкових. Узвичаєння, у свою чергу, склалися у ході ділової практики. Ділова практика встановилася у певних договірних відносинах сторін, договірні відносини виникають із договору. Отже, першочерговою основою *lex mercatoria* є приватний договір, як джерело цього права. Але договір не породжує право і не має ознак права, бо не може сам встановлювати свою чинність, тому і *lex mercatoria*, як права похідного від договору, не існує [6, 30].

В такому випадку, за умови автономності *lex mercatoria*, до нього входять лише принципи транснаціонального комерційного права. Принципи – це загальні метанорми, вони не здатні регулювати відносини без окремих норм. Правозастосувачі звертаються до загальних принципів тоді, коли немає безпосередньої норми. Система права не може складатися лише з принципів, отже вона фактично відсутня.

Прихильники концепції *lex mercatoria* як автономної системи права, пояснюють такий стан речей своїм основним аргументом, а саме тим, що на даний момент спостерігається лише початок розвитку системи. З появою у 1994 році Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, здавалося, що такий аргумент набув доказовості. Оскільки Принципи УНІДРУА містять не тільки принципи, але й норми права, а тому надають правової визначеності *lex mercatoria*. Так, Принципи УНІДРУА дійсно закладають основу для уніфікації приватного права на міжнародному рівні. І теоретично така система приватного права може з'явитися. Але чи буде це *lex mercatoria*? Очевидно, що право транснаціональне, яке виникає спонтанно в ході ділової практики та арбітражного вирішення спорів міжнародного комерційного співтовариства, відрізняється від права міжнародного, що твориться колективом всесвітньо відомих вчених шляхом компаративного аналізу національних правових систем. Крім того, це вже історичний факт, що *lex mercatoria* на певних віхах розвитку людства з'являлося і зникало, але ні разу не перетворювалося у довершену систему, тому не має підстав вважати, що на цей раз воно стане третім автономним правопорядком.

Отже, *lex mercatoria* як явище існує і може застосовуватися до міжнародних комерційних договорів. Проте воно становить лише сукупність, а не систему норм. І сучасні концепції не дають підстав вважати, що у майбутньому *lex mercatoria* набуде ознак цілісної системи права.

### Література

1. Hatzimihail N. The Many Lives—and Faces—of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law/ Nikitas E. Hatzimihail.- Law and Contemporary Problems. – Cyprus: Vol. 71, No. 3, 2008. - pp. 169-190.
2. Мережко А. А. Транснациональное торговое право (*lex mercatoria*) / Мережко Александр Александрович. — К.: Таксон, 2002. — 464с. - (*Modus Vivendi*).
3. Michaels R. The true *lex mercatoria*: Law beyond the state/ Ralf Michaels. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 14(2), 2007 p. 447-468.
4. Nygh P. *Autonomy in International Contracts*. Oxford Monographs in Private International Law/ Peter Nygh. – Oxford: Clarendon Press, 1999. – p. 282.
5. Regulation (EC) No 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) / The European Parliament and the Council. - 17 June 2008. - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PDF>

6. Goode R. Transnational commercial law: text, cases, and materials/ Roy Goode, Royston Miles Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, Jeffrey Wool. - Oxford; New York: Oxford University Press, 2007. – 770 p.
7. Berger K.P. The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria 2nd Revised Edition/ Klaus Peter Berger.- Kluwer Law International, BV 2010. – 464 p.