

А. В. Лозовицький, студент 4 курсу юридичного факультету ДВНЗ “Українська академія банківської справи Національного банку України”; науковий керівник – доц. кафедри державно-правових дисциплін ДВНЗ “Українська академія банківської справи Національного банку України”, канд. юрид. наук В. М. Завгородня

LEX MERCATORIA ЯК ФЕНОМЕН ПРАВОВІ ДІЙНОСТІ

У статті розглянуто основні погляди на юридичну природу lex mercatoria. Досліджується історія становлення теорії lex mercatoria, погляди стосовно визначення змісту поняття. Пропонується авторський підхід до розуміння юридичної природи lex mercatoria із застосуванням мережевого принципу побудови.

Ключові слова: концепція lex mercatoria, міжнародне торгове право, jus gentium, law merchant, наднаціональна правова система, мережева правова система.

Постановка проблеми. Проблеми, пов’язані з формуванням державами ефективної системи регулювання міжнародних комерційних операцій, вплинули на те, що на сучасному етапі все більше зростає значення міжнародних торгових звичаїв, процедурних принципів, поширених серед міжнародної спільноти комерсантів, які власне їх і формують. Це обумовило відродження інтересу до недержавного регулювання міжнародних економічних відносин і становлення теорії lex mercatoria. Однак формування останньої викликало гострі дискусії, в першу чергу, щодо її сутності, різноманіття трактування поняття. А відтак, ставиться під сумнів реалізація теорії в правозастосовній практиці національних судів та комерційних арбітражів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій та виділення невирішених частин проблеми. Дана робота ґрунтується на працях вітчизняних та іноземних спеціалістів. Значний вплив на нашу позицію під час дослідження мав український дослідник й прибічник теорії lex mercatoria А. А. Мережко. Він одним з перших на пострадянському просторі вдало обґрунтував його концепцію та роль в правовому регулюванні міжнародної торгівлі. Нещодавні дисертаційні роботи російських науковців Н. А. Карсакової та О. В. Абльозгової стали спробою комплексного аналізу теорії на сучасному етапі розвитку. Серед досліджуваної нами англомовної літератури як німецьких, так і британських дослідників, зокрема, стосовно історії lex mercatoria, варто виділити напрацювання Ральфа Майколса, типового противника теорії. І хоча всі названі та інші науковці приділили багато уваги історії, джерелам, поняттю, принципам lex mercatoria, в літературі майже не досліджена структурна побудова останнього, що, однак, має неабияке значення для розуміння юридичної природи lex mercatoria.

Метою цієї статті є дослідження юридичної природи lex mercatoria в динаміці його історичного розвитку та аналіз аргументів як прибічників, так і противників теорії з тим, щоб на цій основі сформулювати висновки і підходи до визначення поняття та сутності lex mercatoria.

Виклад основного матеріалу. У розвитку теорії lex mercatoria можна виділити чотири етапи. Перший етап стосується Стародавнього світу і його можна охарактеризувати як передісторію lex mercatoria, пов’язану з існуванням римського jus gentium (права народів), яке було власне історичним попередником lex mercatoria [1, с. 94]. Останнє виступало частиною jus gentium, що було більш гнучкою і незалежною від римського jus civile (цивільне право) правовою системою і регулювало, в тому числі, і приватні відносини між римськими громадянами та іноземними особами, котрі мали статус peregrinus. Однак існує думка, що jus gentium є лише складовою частиною римського jus civile, і в силу цього не може розглядатися як історичний попередник lex mercatoria. В науці існує позиція, у відповідності до якої jus gentium застосовувалось не тільки до відносин між римськими громадянами та іноземцями, але і до відносин між римськими громадянами. Проте причиною цього було поступове проникнення ліберального підходу jus gentium в загальноцивільне римське право і наділення римських громадян можливістю використання jus gentium в своїх відносинах, внаслідок чого відбувалось злиття торгового права з загальноцивільним [2, с. 25].

Та примусове злиття *jus gentium* та *jus civile* не означає залежності першого від другого. *Jus gentium* формувалося автономно від *jus civile* на основі норм, котрі використовувались в торгівлі між громадянами та іноземцями, і зароджувалося вже як механізм регулювання відносин з іноземним елементом на протипагу цивільному праву, призначеному для застосування у внутрішніх справах.

В 212 р. н.е. з прийняттям Едикту Каракалли надано римське громадянство всім жителям Римської імперії. Це означало кінець відмінностей між римськими громадянами й іноземцями, і, як наслідок, об'єднання в одну систему *jus gentium* та *jus civile* [3, с. 186]. Тож цей акт став причиною зникнення *lex mercatoria* на декілька століть [4, с. 219].

Другий етап становлення теорії *lex mercatoria* припадає на Середні віки, коли воно представляла собою транснаціональний набір норм і процедурних принципів, встановлених для торгівлі, та характеризувалась автономією від держави [5]. Епоха Середньовіччя розглядається дослідниками як маніфест *lex merchant* (“право торговців”) в Англії, *droit des foires* (“права ярмарків”) у Франції, *jus mercatorum* (“торгового закону”) в Італії. Все це складало другу фазу розвитку *lex mercatoria* і мало загальну назву “право купців” (*law merchant*). *Law merchant* представляло собою “набір дійсно міжнародних торгових звичаїв, що регламентували космополітичну спільноту купців, які подорожували від порту до порту і від ярмарку до ярмарку” [6, с. 31]. Купці різних країн, ведучи торгівлю, потребували швидкого вирішення спорів згідно з нормами, широко відомими в їхньому середовищі. В результаті стали з'являтися особливі купецькі суди, пов'язані з ярмарками, що функціонували незалежно від державних судів.

Ральф Майклс заперечує наведені вище твердження і піддає сумніву позицію, ніби в Середні віки *lex mercatoria* існувала як правова система, яка була внутрішньо однорідною і зовні автономною від держави. Торговці на ярмарках Санкт-Айвз, аргументує він, раніше названі одними з творців *law merchant*, керувалися в значній мірі місцевими офіційними законами. А Голландські і бельгійські купці не покладаючись виключно на процедури арбітражного розгляду та спеціальні квазі-приватні суди, використовували суміш із приватних і публічно-правових інститутів [7, с. 453]. Однак він не заперечує повністю існування *lex mercatoria*: концепція була добре відома, але *lex mercatoria* не було автономною від офіційного права, а представляло собою суміш офіційних законів і торговельних звичаїв.

Як би там не було, в середині XVIII ст. починається, а на початку XIX ст. завершується повне поглинання або “націоналізація” норм торгового права внутрішнім законодавством окремих країн [2, с. 44]. Як наслідок, на зміну саморегульованих торгових відносин приходить колізійний метод регулювання.

Третій етап описує відродження ідеї “нового *lex mercatoria*” в XX ст. як неформальної і гнучкої мережі правил і арбітрів, що утворюють міжнародне приватне комерційне право. Збільшення темпів міжнародної торгівлі знову дало поштовх виникненню тенденції до об'єднання ділового співтовариства. Найбільший інтерес в цьому контексті представляє Міжнародна торгова палата – *International Commercial Chamber*. В 1923 р. при ній створений Міжнародний арбітражний суд, який сьогодні є передовим світовим центром вирішення міжнародних комерційних спорів.

Прихильники теорії *lex mercatoria* характеризували його як автономний закон світової торгівлі, який виконує ті ж функції, що і закон держави. Виконання судових рішень представляло проблему доти, поки держава утримувала монополію на насильство. Але дослідники вказують на функціональні еквіваленти державного примусу, такі як репутаційний тиск або гроші, що знаходяться на зберіганні, для забезпечення дотримання угод [7, с. 455].

Нарешті, четвертий етап постає як “нове сучасне *lex mercatoria*” (англ. – “*new new lex mercatoria*”), який йде від аморфного і гнучкого м'якого права до сформованої системи права з кодифікацією правових норм та інституціоналізованого суду як міжнародного арбітражу. Інституційне становлення *lex mercatoria* відбувалось в двох взаємопов'язаних напрямках. По-перше, докладались зусилля для “об'єднання” або стандартизації загальних принципів

“позанаціонального” договірному праву, тож різноманітні стандарти, типові контракти набували широкого застосування. По-друге, розвивалася надійна система приватних, конкуруючих транснаціональних арбітражних судів [8, с. 633]. Становлення “нового сучасного *lex mercatoria*” призвело до утворення автономної легалізованої “позанаціональної” правової системи, що може бути прирівняна до правових систем держав. Тож теорія *lex mercatoria*, як і раніше, представлено як функціональний еквівалент національному праву, тоді як його образ повністю змінився. Поступово легалізовувався міжнародний арбітраж, аморфні правила поступалися конкретизованим правовим нормам. Принципи УНІДРУА представлені як повноправна кодифікація *lex mercatoria*. Все частіше арбітражні рішення публікуються, що дозволяє створювати систему прецедентів [7, с. 457]. Іншими словами, “новий сучасний *lex mercatoria*” тепер нагадує державне право, тільки краще, бо не зазнає політичного впливу.

Єдиного поняття “*lex mercatoria*” не сформовано до сих пір. В основному дослідники намагаються висвітлити це явище шляхом описових характеристик, наприклад, шляхом перерахування джерел *lex mercatoria* або визначення його через предмет регулювання. А. А. Мережко наводить основне більш-менш визнане визначення *lex mercatoria*, запропоноване французьким юристом Б. Гольдманом, одним з основоположників теорії: *lex mercatoria* – це “автономна система права міжнародної спільноти комерсантів, спонтанно створювана учасниками міжнародних торгових відносин незалежно від національних правових систем” [1, с. 14].

Вище ми акцентували на тому, що на етапі “нового сучасного *lex mercatoria*” з його інституалізацією, кодифікацією та власною системою судів, *lex mercatoria* вийшло на рівень національних правових систем. А якщо так, то, на нашу думку, слово “автономія” вже не відображає реальний стан речей. Так, можна було говорити про “автономію” на етапі “нового *lex mercatoria*”, коли навіть таку свободу *lex mercatoria* від національних норм заперечували багато дослідників. Сьогодні впевнено можна стверджувати, що ця правова система є “незалежною”. Більше того, вона – наднаціональна, і це наслідок глобалізації світової економіки.

Наведемо ще декілька визначень поняття *lex mercatoria* прибічників цієї теорії для порівняння. Так, пропонується розрізнити поняття *lex mercatoria* в широкому і вузькому значеннях. У широкому сенсі слова *lex mercatoria* – різновид міжнародного економічного права, що регулює торгові відносини і міжнародні економічні угоди, включаючи двосторонні торговельні угоди та інші міждержавні правові інструменти. У вузькому значенні *lex mercatoria*, обмежене комерційними і цивільними правовими аспектами, охоплює регулювання міжнародних торгових угод за допомогою конвенцій, судових і арбітражних рішень, комерційної практики [6, с. 38].

Не мають спільної думки й противники теорії. Вони розглядають *lex mercatoria* або як юридичний процес, який забезпечує справедливе адекватне рішення шляхом як виявлення і застосування загальних принципів через порівняльний аналіз елементів *lex mercatoria*, так і власних уявлень арбітра про добросовісність і справедливість, або ж як метод прийняття рішень, а не сукупність норм і принципів [6, с. 40–41].

Вбачається за доцільне все ж розглядати *lex mercatoria* як сукупність норм і правил, адже противники теорії, що заперечують її автономію та називають методом чи процесом прийняття рішень, наголошують на її непередбачуваності, а тому і використанні порівняльно-правового аналізу елементів (джерел) *lex mercatoria*: міжнародних інструментів, національних правових систем, звичаїв, арбітражних рішень тощо. Це, на нашу думку, є хибною концепцією, бо заперечує саму природу *lex mercatoria*, його універсальність.

В рамках питання про правову природу постає загальнотеоретичне питання: чи можна *lex mercatoria* вважати правом. Прибічники теорії наполягають, що створені і прийняті міжнародною торговою спільнотою положення зумовлюють існування автономної системи права, що має обов’язкову силу для національних судів. Це заперечують перш за все позитивісти, які наполягають на походженні права від волевиявлення суверенної держави,

так само як міжнародне право є наслідком об'єднання волевиявлення багатьох суверенних держав. Однак це твердження є помилковим, оскільки *lex mercatoria* складають торгові звичаї та порядки, як є творінням недержавних сил. Право міжнародного торгового товариства виникло на декілька віків раніше, ніж національно-правові системи держав.

Виходячи зі ступеня незалежності і співвідношення з національним правом, можна виділити наступні варіанти розгляду правової природи *lex mercatoria* зарубіжними дослідниками. Перші стверджують, що *lex mercatoria* – це транснаціональне комерційне (або торговельне) право, яке претендує на роль автономного (чи “третього”) правопорядку. Етап “нового *lex mercatoria*” розглядають як сукупність міжнародних актів, а також спільних принципів, правил, регулюючих міжнародні комерційні угоди. Інші розглядають *lex mercatoria* як сукупність правових норм, що регулюють міжнародну торгівлю [2, с. 67–69].

Як прибічники теорії, ми пропонуємо четвертий підхід до визначення правової природи *lex mercatoria*, який ґрунтується на мережевому принципі.

На наше переконання, говорячи про *lex mercatoria*, не можна розуміти його як систему норм, чи то систему права взагалі у прямому сенсі. У підручнику за редакцією Г. К. Дмитрієвої, зокрема, зазначається: “...склалася самостійна система транснаціонального комерційного права. ... Однак словосполучення “правова система” не повинно вводити в оману. Мова йде не про юридичну систему, а про параюридичну: ТКП – це параюридична система (*paralegal law*). Термін “право”, “правова система” слід розуміти умовно як нормативну регулятивну систему” [9, с. 431].

Система характеризується статикою, і тільки мережа – динамікою. Системі характерна чітка ієрархія, порядок розташування, для мережі це не притаманно. Противники теорії *lex mercatoria* зазначають такі її вади: “...відсутністю ієрархії джерел, внутрішньої співвідпорядкованості норм та принципів *lex mercatoria*” [6, с. 88]. Однак це не вади, а зовсім інша побудова. Адже мережі будуються за принципом рівності складових, горизонтального принципу організації. Мережа дійсно непередбачувана у своєму функціонуванні, що знову ж таки заявляють її противники, але вона чудова тим, що здатна до самоорганізації та самонавчання.

Ще в 1999 р. А. А. Мережко писав: “Велику роль в подальшому розвитку *lex mercatoria* може зіграти глобальна система комп'ютерного зв'язку – Інтернет. Справа в тому, що Інтернет, будучи міжнародною системою, не може регулюватися законодавством однієї країни” [1, с. 101]. Дійсно, в останні роки головною “зброєю” всіх мережевих рухів була саме глобальна мережа Інтернет. Як стверджує І. М. Рассолов, всеохоплюючий інформаційний простір, заснований на широкому застосуванні комп'ютерної техніки, інформаційних технологій та Інтернету, об'єднує людей з різних країн і всіх куточків земної кулі в єдине світове співтовариство без географічних і геополітичних кордонів [10]. Інтернет формує новий підприємницький і комерційний простір, пов'язаний з обігом інформації. Світові мережі дають можливість купувати товар, розташований в іншій частині світу, надають переваги електронного документообігу, швидкості розрахунків між клієнтами електронними платежами, мінімізацію оподаткування, спрощення бухгалтерського обліку.

Тому ми пропонуємо два варіанти визначення сучасного *lex mercatoria*. Відповідно до першого *lex mercatoria* розглядається як наднаціональна правова система, яка однак, є умовною, “параюридичною” правовою системою і яка, на наше переконання, використовує мережеву організаційну структуру. Тож відповідно до цього, сучасне *lex mercatoria* – це мережева правова система міжнародної спільноти комерсантів, здатна до самоорганізації та незалежна від національних правових систем.

В основу другого варіанту визначення сучасного *lex mercatoria* покладений зазначений вище підхід до розуміння юридичної природи *lex mercatoria* як сукупності норм та принципів міжнародної торгівлі, тобто комплексу її джерел. Проте якщо ми дійшли висновку, що *lex mercatoria* має мережеву побудову, то ні про які статичні “сукупність” чи “комплекс” не може йти мова. А відтак ми допускаємо, що сучасне *lex mercatoria* може бути

визначене як світова мережа правових норм, а також спільних принципів, правил, що регулюють міжнародну торгівлю.

Висновки. Lex mercatoria, беручи витоки ще у стародавні часи, з самого початку було незалежне від впливу держави. Сьогодні ця теорія утворює наднаціональну мережеву правову систему з власними принципами, кодифікованими джерелами та судами, в якій міжнародна спільнота комерсантів сама вирішує як і за якими правилами здійснювати свою діяльність. Суб'єкти міжнародної торгівлі є рівними у відносинах між собою і, будучи розташованими по всьому світу, взаємодіють у правовому просторі, що не знає національних кордонів та об'єднує їх у глобальну мережу. Такому розвитку сприяє в першу чергу єдиний інформаційний простір, який забезпечує Інтернет. Тому вплив останнього на розвиток глобальних правових систем може стати предметом подальших досліджень.

Список використаних джерел

1. Мережко А. А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права : Монография / А. А. Мережко ; Дипломатическая Академия при МИД Украины. – К. : Таксон, 1999. – 416 с.
2. Аблѣзгова О. В. Нормы “lex mercatoria” в правовом регулировании международного коммерческого оборота : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Аблѣзгова Олеся Викторовна. – Москва, 2008. – 202 с.
3. Wethmar-Lemmer M. The development of The Modern Lex Mercatoria: a historical perspective [Electronic resource] / Marlene Wethmar-Lemmer // Fundamina. – 2005. – № (11-2). – Access mode: <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/3637/Wethmar-Lemmer%20%20December%202005.pdf>. – Title from the screen.
4. Аблѣзгова О. В. Исторические этапы становления “торгового права” (lex mercatoria) [Электронный ресурс] / О. В. Аблѣзгова. – Режим доступа: <http://www.sgu.ru/files/nodes/9640/24.pdf>. – Название с экрана.
5. Windbichler C. Lex Mercatoria [Electronic resource] / C. Windbichler. – International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences. – Access mode: <http://windbichler.rewi.hu-berlin.de/Aufsatz%20lex%20mercatoria%20IESBS.pdf>. – Title from the screen.
6. Карсакова Н. А. Теория lex mercatoria в юридической доктрине и практике : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Карсакова Наталья Александровна. – Москва, 2006. – 175 с.
7. Michaels R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State Ralf Michaels [Electronic resource] / Indiana Journal of Global Legal Studies 14:2. – Access mode: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=duke_fs&sei-redir=1&refere. – Title from the screen.
8. Stone Sweet A. The new Lex Mercatoria and transnational governance [Electronic resource] / Alec Stone Sweet // Journal of European Public Policy 13:5. – August 2006. – Access mode: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=alec_stone_sweet – Title from the screen.
9. Дмитриева Г. К. Международное частное право : учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Велби ; Проспект, 2004. – 688 с.
10. Рассолов И. М. Право и Интернет. Теоретические проблемы / И. М. Рассолов. – 2-е изд., доп. – М. : Норма, 2009. – 383 с.

Лозовицький, А. В. Lex mercatoria як феномен правової дійсності [Електронний ресурс] / А. В. Лозовицький // Молодіжний науковий вісник Української академії банківської справи Національного банку України. – Режим доступу: <http://bulletin.uabs.edu.ua/store/jur/2011/838abefed951e38b90d3a0d97e5f4c80.pdf>