

Η λειτουργία της αυτονομίας της βούλησης και η *lex mercatoria* στο πεδίο των διεθνών εμπορικών συναλλαγών.

1. Εισαγωγή
2. Διεθνείς εμπορικές συναλλαγές: Ορισμός. Κριτήρια.
3. Αυτονομία της βούλησης στις συμβατικές ενοχές.
4. *Lex Mercatoria*
5. Κανόνες αποδιδόμενοι στην *Lex Mercatoria*
6. Διαιτησία και *Lex Mercatoria*:
7. Αυτονομία της βούλησης και *Lex Mercatoria*.
8. Συμπέρασμα

1. Προοίμιο: Οι διεθνείς εμπορικές συναλλαγές διακρίνονται από τον παράγοντα της απόστασης μεταξύ των συμβαλλομένων και της ταχύτητας και επηρεάζονται σημαντικά από αυτούς. Στην πώληση των κινητών πραγμάτων για παράδειγμα, ο αγοραστής και ο πωλητής διαπραγματεύονται ευρισκόμενοι σε διαφορετικά κράτη. Πιθανόν μάλιστα και το εμπόρευμα προς πώληση να βρίσκεται προς φύλαξη στην αποθήκη ή προς φόρτωση στο λιμάνι κάποιου άλλου κράτους. Προχωρούν λοιπόν στην συμφωνία συχνά χωρίς την ευχέρεια για λεπτομερείς διατυπώσεις, ταυτόχρονα υπό την πίεση αφενός της επίτευξης της ευνοϊκότερης τιμής και αφετέρου της μεταφοράς των προϊόντων με το χαμηλότερο εφικτό κόστος για την ασφαλή συσκευασία/μετακίνηση/αποθήκευση τους. Η παράδοση όμως των αγαθών, σε κάθε περίπτωση πρέπει να ολοκληρωθεί εντός της συμφωνηθείσας προθεσμίας. Τα εμπορεύματα για να φτάσουν στον προορισμό τους παραδίδονται στον μεταφορέα, τοποθετούνται σε κοντέινερ, αποθηκεύονται, μεταφέρονται σε άλλο φορτίο, στοιβάζονται πλάι σε άλλα αγαθά. Η διαδρομή μέχρι την παράδοσή τους ενέχει περισσότερους κινδύνους από ότι στην πώληση στην εγχώρια αγορά και αυξημένες απαιτήσεις για οργάνωση και προσοχή από τους μεταφορείς και τους προστηθέντες τους. Μάλιστα, αρκετές φορές στο διάστημα που χρειάζεται μέχρι τα εμπορεύματα να φτάσουν στον προορισμό τους, έχουν μεταβληθεί τα πρόσωπα των δικαιούχων ή ακόμη και η φερεγγυότητα των συμβαλλομένων, ή έχουν τροποποιηθεί οι οικονομικοί όροι της αγοραπωλησίας, έχουν υποστεί διακυμάνσεις οι τιμές των προϊόντων, ή/και των πρώτων υλών τους, των καυσίμων, των δασμών και τελών στην διεθνή αγορά. Τα αγαθά σε κάθε περίπτωση μετά την φόρτωση τους είναι πολύ σπάνιο ακόμη και αν δεν φέρουν τις συμφωνηθείσες ιδιότητες ή είναι ελαττωματικά ή έχουν αλλοιωθεί να επιστρέψουν στον πωλητή ή στον τόπο της προέλευσής τους. Υπό αυτές τις ιδιάζουσες και απαιτητικές συνθήκες διαμορφώνεται το πλέγμα των κανόνων που διέπουν τις διεθνείς εμπορικές συναλλαγές (πώληση, μεταφορά, ασφάλιση, παροχή ενέγγυας πίστωσης).

2. Διεθνείς εμπορικές συναλλαγές. α. Νομικό κριτήριο: Ιδιωτική συναλλακτική σχέση που περιέχει στοιχεία αλλοδαπότητας. β. Οικονομικό κριτήριο: διεθνής είναι η συναλλαγή που αφορά στα συμφέροντα του διεθνούς εμπορίου.

3. **Αυτονομία της βούλησης:** Τα συμβαλλόμενα μέρη έχουν την ευχέρεια να επιλέξουν το εφαρμοστέο στην σύμβαση δίκαιο, να ορίσουν το ουσιαστικό δίκαιο που θα διέπει τη σύμβαση και θα επιλύει τις διαφορές που γεννιούνται σε περίπτωση ανώμαλης εξέλιξης της

ενοχής. Αρχή η οποία λαμβάνεται υπόψη από τους εθνικούς κανόνες σύγκρουσης, από την Σύμβαση της Ρώμης, στην θέση της οποίας σήμερα ο Κανονισμός 593/2008, όσο και από τις διεθνείς συμβάσεις που εισάγουν **ουσιαστικό ομοιόμορφο δίκαιο** στο πεδίο των διεθνών συναλλαγών.

- AK 25: “Οι ενοχές από σύμβαση ρυθμίζονται από το δίκαιο στο οποίο έχουν υποβληθεί τα μέρη. Αν δεν υπάρχει τέτοιο, εφαρμόζεται το δίκαιο που αρμόζει στη σύμβαση από το σύνολο των ειδικών συνθηκών.
- Σύμβαση της Ρώμης άρθρο 3 “ ΤΙΤΛΟΣ ΙΙ: ΟΜΟΙΟΜΟΡΦΟΙ ΚΑΝΟΝΕΣ: Άρθρο 3 Ελεύθερη επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου. 1. Η σύμβαση διέπεται από το δίκαιο που **επέλεξαν τα συμβαλλόμενα μέρη**. Η επιλογή αυτή πρέπει να είναι ρητή ή να συνάγεται με βεβαιότητα από τις διατάξεις της σύμβασης ή τα δεδομένα της υπόθεσης. Με την επιλογή αυτή οι συμβαλλόμενοι μπορούν να ορίσουν το εφαρμοστέο δίκαιο στο σύνολο ή σε μέρος μόνο της σύμβασής τους. “
- Κανονισμός 593/2008 άρθρο 3 “Η σύμβαση διέπεται από το **δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη**”
- η Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για τις διεθνείς πωλήσεις κινητών πραγμάτων, που υιοθετήθηκε από τη Διάσκεψη των Ηνωμένων Εθνών στη Βιέννη στις 11 Απριλίου 1980, “Τα μέρη **μπορούν** να αποκλείσουν την εφαρμογή της παρούσας Σύμβασης ή, με την επιφύλαξη του άρθρου 12. να παρεκκλίνουν από τις διατάξεις της ή να μεταβάλουν τις συνέπειές τους”.

4. Lex Mercatoria:

- το σύνολο γενικών αρχών και εθιμικών κανόνων που δημιουργήθηκαν αυτοφυώς στο πλαίσιο του διεθνούς εμπορίου, χωρίς αναφορά σε κάποιο κρατικό σύστημα δικαίου και **αποτελούν μια αυτόνομη έννομη τάξη** ικανή να διέπει κατά ουσιαστικό τρόπο τις διεθνείς συναλλαγές
- όμοιο υπερεθνές συναλλακτικό δίκαιο ένα ιδιαίτερο δηλαδή **σύνολο** (αν όχι σύστημα) **κανόνων και αρχών**, που υπερβαίνει τα κρατικά δίκαια και προορίζεται να ρυθμίσει τις συναλλαγές αυτές. Οι κανόνες αυτοί δεν έχουν την πηγή τους στο εθνικό δίκαιο (ούτε καν στο διεθνές δίκαιο), αλλά γεννώνται αυτόνομα από τη συναλλακτική ζωή και εκφράζονται κυρίως (ή και διαπλάθονται) διαμέσου των αποφάσεων των διεθνών διαιτητών. **Κατά το πρότυπο του ρωμαϊκού ius gentium** και της μεσαιωνικής lex mercatorum, ο λόγος γίνεται για μια υπερεθνική (ή α κρατική a national ή υπερκρατική supranational ή διακρατική transnational) έννομη τάξη, τη new law merchant ή lex mercatoria [Περράκης]
- Η Lex Mercatoria είναι ένα **μη εθνικό δίκαιο** που διέπει τις διεθνείς εμπορικές συμβάσεις και του οποίου κύρια στοιχεία είναι διεθνή έθιμα και συνήθειες του διεθνούς εμπορίου, διεθνείς συμβάσεις, κανόνες που θεσπίστηκαν για αυτόν ακριβώς το σκοπό, όπως οι αρχές του ευρωπαϊκού ενοχικού (συμβατικού) δικαίου
- Διεθνείς προσεγγίσεις : α. πραγματιστική προσέγγιση: η lex mercatoria είναι σύνολο πολύμορφων κανόνων που έχουν ως αντικείμενο την ουσιαστική ρύθμιση των διεθνών συναλλαγών, β. δογματική προσέγγιση: η lex mercatoria είναι έννομη τάξη έστω και ατελή που συνιστά το εφαρμοστέο εν συνόλω δίκαιο των διεθνών

συναλλαγών, γ. λειτουργική προσέγγιση : η lex mercatoria αποτελεί έκφανση της διαιτητικής δικαιοδοτικής ελευθερίας

5. Κανόνες αποδιδόμενοι στην Lex Mercatoria:

- Incoterms διεθνείς κανόνες για την ερμηνεία των εμπορικών όρων: συνιστούν ενδοτικό δίκαιο, έχουν ελλειπτικό χαρακτήρα, επιτελούν σημειολογική λειτουργία
- Σύμβαση της Βιέννης: Η μεγαλύτερη μερίδα της επιστήμης περιλαμβάνει την Σύμβαση της Βιέννης στο περιεχόμενο της Lex Mercatoria.
- Unidroit Αρχές του Διεθνούς Εμπορίου
- Κανόνες Χάγης Βίσμπυ
- Εξειδικευμένοι Κανόνες Εμπορικών Ενώσεων

6. Διαιτησία και Lex Mercatoria: Άρθρο 37 Εφαρμοστέο δίκαιο στην ουσία της διαφοράς

1. Το διαιτητικό δικαστήριο εφαρμόζει τους κανόνες ουσιαστικού δικαίου που επέλεξαν τα μέρη. Με την επιφύλαξη ρητής αντίθετης συμφωνίας των μερών, η επιλογή του δικαίου ή του δικαϊκού συστήματος ενός κράτους δεν συμπεριλαμβάνει τους κανόνες σύγκρουσης του δικαίου του κράτους αυτού. 2. Ελλείψει επιλογής των μερών, το διαιτητικό δικαστήριο εφαρμόζει το ουσιαστικό δίκαιο που υποδεικνύεται από τους κανόνες σύγκρουσης τους οποίους θεωρεί καταλληλότερους. 3. Το διαιτητικό δικαστήριο κρίνει κατά δικαία κρίση (ex æquo et bono) ή κατά την επιείκεια (ως amiable compositeur), μόνο αν τα μέρη το έχουν ρητά εξουσιοδοτήσει προς τούτο. 4. Σε κάθε περίπτωση, το διαιτητικό δικαστήριο αποφασίζει σύμφωνα με τους όρους της σύμβασης και αφού λάβει υπόψη τις εμπορικές συνήθειες που έχουν εφαρμογή στη συγκεκριμένη συναλλαγή. Με τον όρο “κανόνες ουσιαστικού δικαίου” δηλώνεται ότι τα μέρη έχουν τη δυνατότητα να μην περιοριστούν απλώς στην εφαρμογή του δικαίου ορισμένης χώρας, αλλά να επιλέξουν κανόνες αντλούμενους είτε από διάφορα εθνικά νομικά συστήματα, είτε από ανεθνικούς κανόνες που έχουν αποκτήσει κανονιστική αυτονομία, όπως η lex mercatoria.

Απόφαση Αριθμός 4237 η οποία εκδόθηκε κατόπιν υπαγωγής της διαφοράς σε διαιτητική επίλυση από το ICC. Αφορά στην επίλυση των οικονομικών διαφορών και αξιώσεων που ανέκυψαν κατά την εκτέλεση και εκπλήρωση των υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών από μία εμπορική συναλλαγή. Πρόκειται για αγοραπωλησία συνθετικής ξυλείας από την Γκάνα και οι όροι της για την καταβολή του τιμήματος και την μεταφορά του εμπορεύματος καθώς και το χρονοδιάγραμμα των αποστολών και παραδόσεων αποτυπώθηκαν με έγγραφη συμφωνία, **στην οποία όμως δεν περιλαμβανόταν πρόβλεψη για το εφαρμοστέο δίκαιο επί της ουσίας της διαφοράς** παρά μόνο για το δίκαιο που θα διέπει την διαιτησία. Οι αγοραστές δεν παρέλαβαν το εμπόρευμα στο συμφωνηθέντα χρόνο και λόγω αυξομειώσεων των τιμών προέβλεψαν αξιώσεις για τις ζημιές που υπέστησαν από την εκπρόθεσμη παράδοση. Αντίστοιχα, οι πωλητές αιτούνται αποζημίωση λόγω αύξησης της τιμής του πετρελαίου και της συνακόλουθης δικής τους επιβάρυνσης με μεγαλύτερο κόστος για την μεταφορά. Οπότε και ανέκυψε το ερώτημα ποιοι ουσιαστικοί κανόνες δικαίου είναι οι

κατάλληλοι, να ρυθμίσουν τη διαφορά, και επ' αυτού ο διαιτητή αναφέρει: “υποστηρίζεται στη θεωρία ότι κατά την επίλυση της διαφοράς που έχει υπαχθεί σε διαιτησία πρέπει να εφαρμόζεται η *lex mercatoria* στο βαθμό που αυτό είναι εφικτό. Ας παραμερίσουμε το γεγονός ότι **το περιεχόμενό της (*lex mercatoria*) δεν μπορεί με ευκολία να προσδιοριστεί** στην παρούσα υπόθεση κανένα από τα συμβαλλόμενα μέρη δεν προέβαλε σχετικό ισχυρισμό, αλλά αμφότερα υπερθεματίζουν για την εφαρμογή εθνικού δικαίου, της Συρίας του τόπου όπου καταρτίστηκε η δικαιοπραξία της διεθνούς πώλησης, οι αγοραστές και της Γκάνα του τόπου της εκπλήρωσης της χαρακτηριστικής παροχής οι πωλητές, αντίστοιχα. Στην προκειμένη ο διαιτητής αφού προηγουμένως έκρινε ότι η διαφορά θα κριθεί σύμφωνα με το δίκαιο που αρμόζει στην κρίσιμη συναλλαγή, υποστήριξε ότι **συνεκτιμώνται για την επίλυση οι όροι της συμφωνίας, αλλά και η εμπορική πρακτική, στο βαθμό που δεν επιφέρουν απόκλιση από τους αναγκαστικού χαρακτήρα κανόνες του εφαρμοστέου δικαίου.**

7. Αυτονομία της βούλησης και *Lex Mercatoria*.

α. Τα μέρη έχουν τη νομική δυνατότητα να επιλέγουν ως διέπον τη σύμβασή τους δίκαιο κάποιο ανεθνικό ή ένα σύνολο ανενθνικών κανόνων και ποια η νομική σημασία αυτής της επιλογής; *Lex Mercatoria* και εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές: **Πράσινο βιβλίο σχετικά με τη μετατροπή σε κοινοτική πράξη και τον εκσυγχρονισμό της σύμβασης της Ρώμης του 1980 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές** /* COM/2002/0654 τελικό *: Ρώμη: 3.2.3. Αυτονομία της βούλησης (άρθρο 3 παράγραφος 1) - Ζητήματα σχετικά με την επιλογή μη κρατικών κανόνων δικαίου. Το άρθρο 3 αναφέρεται μόνο σε κρατικό δίκαιο ή συμπεριλαμβάνει και μη κρατικά δίκαια, όπως τη *lex mercatoria*, τις ιδιωτικές κωδικοποιήσεις, τις αρχές της UNIDROIT για τις συμβάσεις του διεθνούς εμπορίου; Κανονισμός 593/2008 σκέψη 13 “Ο παρών κανονισμός δεν εμποδίζει τα μέρη να ενσωματώσουν με ειδική μνεία στη σύμβασή τους ένα μη κρατικό σώμα κανόνων δικαίου ή μια διεθνή σύμβαση.”

Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd: Συνήφθη σύμβαση χρηματοδότησης μεταξύ ενός πιστωτικού ιδρύματος που εδρεύει στο Μπαχρέιν και διέπεται από τις αρχές και τους περιορισμούς του ισλαμικού δικαίου και μιας φαρμακευτικής εταιρείας για την υποστήριξή της στις διεθνείς εμπορικές συναλλαγές. Η συμφωνία τους διέπεται από το αγγλικό δίκαιο ερμηνευμένο υπό το πρίσμα των αρχών του μουσουλμανικού δικαίου. Για την ακρίβεια η σύμβαση χρηματοδότησης είχε συναφθεί υπό τη μορφή πώλησης αγαθών δια αντιπροσώπου και η τράπεζα αντί για επιτόκιο θα λάμβανε το συμφωνηθέν τίμημα των αγαθών προσαυξημένο κατά το συμφωνημένο ποσοστό του κέρδους και αποζημίωση σε περίπτωση υπερημερίας. Τέθηκε στο δικαστήριο το ερώτημα αν μπορεί να γίνει δεκτή η εφαρμογή των αρχών του μουσουλμανικού δικαίου στην προκειμένη περίπτωση. Η φαρμακευτική εταιρεία δεν ανταποκρίθηκε στις προθεσμίες αποπληρωμής και ισχυρίστηκε ότι η συμφωνία πάσχει ως προς την εφαρμογή των αρχών της Σαρία. Το εφετείο επιβεβαιώνοντας την κρίση του πρωτοβάθμιου έκρινε ότι δεν λαμβάνονται υπ' όψιν οι αρχές του

μουσουλμανικού δικαίου: Η σύμβαση διέπεται από το αγγλικό δίκαιο. Η διατύπωση του άρθρου 1.1, της Σύμβασης της Ρώμης δεν αφήνει περιθώριο να εφαρμοστεί ένα μη κρατικό σώμα κανόνων όπως για παράδειγμα η *lex mercatoria*, ακόμη και σε συνδυασμό με το εθνικό δίκαιο που επιλέχθηκε από τα μέρη. Η σύμβαση της Ρώμης και οι κανόνες της αναφέρονται στην επιλογή εθνικού δικαίου και μόνο.

β. Ελλείπει ρητής επιλογής ερευνητέο είναι το ζήτημα αν κάποιο δικαιοδοτικό όργανο (δικαστής ή διαιτητής) είναι δυνατόν να εφαρμόσει της *Lex Mercatoria* για να δώσει λύση σε εκκρεμή διαφορά. Η *lex mercatoria* δεν λογίζεται ως εφαρμοστέο δίκαιο ενώπιον του κρατικού δικαστή.

Συμπέρασμα: Δεν συνιστά ούτε έννομη τάξη, ούτε σύστημα δικαιικών κανόνων. Κανόνες χωρίς εξαναγκαστό χαρακτήρα, που όμως αναπτύσσουν ετερόνομη δράση ως καταλληλότεροι να ρυθμίσουν τη διαφορά.