

---

---

# МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

---

---

УДК 341.945

ГОРДА Ю. І.,

аспірант кафедри цивільного права  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК VS. LEX MERCATORIA В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

**Анотація.** У статті досліджуються питання правової природи публічного порядку, lex mercatoria та взаємодії даних категорій.

**Ключові слова:** публічний порядок, lex mercatoria, взаємодія, співвідношення.

**Постановка проблеми.** Lex mercatoria все частіше використовується суб'єктами міжнародного приватного права як регулятора транснаціональних правовідносин. Разом із цим правова природа lex mercatoria зумовлює виникнення спірних моментів у науці міжнародного приватного права. У зв'язку із цим постає питання щодо того, за яких умов є можливим застосування застереження про публічний порядок як захисного механізму у відношенні до lex mercatoria.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання співвідношення та взаємодії публічного порядку й lex mercatoria нині не знайшло належної уваги в роботах дослідників міжнародного приватного права.

**Виклад основного матеріалу.** 1. *Lex mercatoria в системі сучасного конфліктного права.* Теорія lex mercatoria вже тривалий час не може віднайти свого перманентного місця в системі міжнародного приватного права. Одні дослідники цю концепцію нещадно критикують, інші стверджують, що lex mercatoria є надзвичайно ефективним та перспективним регулятором міжнародних комерційних відносин.

Відповідно до Принципів європейського контрактного права (Principles of European contract law, далі – PECL), розроблених Комісією з європейського контрактного права (Commission on European Contract Law): «У міжнародних договорах сторони, які бажають підпорядкувати їхні правовідносини міжнародним прийнятим принципам, якщо сторони не можуть дійти до згоди щодо того, яке національне право обрати, вони можуть підпорядкувати договірні правовідносини під дію *lex mercatoria*. Нерідкими випадками є ситуації, коли сторони підпорядковують правовідносини під дію *lex mercatoria*, не називаючи безпосередньо назву «*lex mercatoria*», а вказують на підпорядкування договірних відносин «загальним принципам права», «міжнародним усталеним принципам» або подібним формулюванням. Де арбітр, який буде розглядати спір вищезгаданих правовідносин та відшукувати такі принципи? Він може відчувати, що знає загальноприйнятий підхід, або він може відчувати, що в змозі зберегти загальну суть справедливості, проте це ненадійний спосіб вирішення спору. Якщо в договорі буде наявне застереження про застосування міжнародних усталених принципів, життя арбітра стане набагато легшим, і невизначеність, породжена внаслідок застосування такої фрази, буде скорочено. Одне з першочергових завдань PECL полягає в забезпеченні такого застереження, що є прийнятним у межах Європи і яке може бути застосоване прямо арбітром у передбаченому випадку, – по суті сучасного європейського *lex mercatoria*» [11, с. 24].

Саме такий варіант вступу, на нашу думку, є доцільним, щоб проілюструвати ступінь сприйняття *lex mercatoria* міжнародним співтовариством. Авторитетність Комісії з європейського контрактного права (далі – Комісія) не може піддаватися сумніву, а позиція Комісії така: PECL є частиною європейського *lex mercatoria*.

Слід згадати про те, що в цілому PECL конкурують ще з одним елементом *lex mercatoria* – принципами УНІДРУА. Обидві групи принципів були підготовлені в схожій манері, вони слугують спільним цілям. Проте існує дві фундаментальні відмінності між цими групами принципів:

- 1) принципи PECL покликані гармонізувати європейське право, а принципи УНІДРУА мають більш глобальнішу спрямованість;
- 2) принципи УНІДРУА – проект, що пов'язаний із міжнародними комерційними договорами, а принципи PECL є принципами загального договірного права [8].

Щоб окреслити в найзагальніших рисах поняття *lex mercatoria*, пропонуємо звернутись до роботи А. Гольдштейн «The New Law Merchant», де зазначається, що, незважаючи на відмінності в політичних, економічних, правових системах світу, нове право торгівлі швидкими темпами розвивається в міжнародній торгівлі. Настав час визнання факту існування автономного комерційного права, яке зародилося та існує незалежно від національних систем права [9, с.12].

Вищезгадана думка не розкриває всіх тонкощів правової природи *lex mercatoria*, проте вказує на таке:

- 1) *lex mercatoria* є «тілом» права;
- 2) *lex mercatoria* незалежне від системи національного права;
- 3) *lex mercatoria* покликане регулювати міжнародні комерційні (торгові) відносини.

Необхідно пам'ятати, що універсального визначення, як і єдиного підходу до розуміння категорії в цілому щодо *lex mercatoria*, не існує.

Так, професор К. Шмиттгофф щодо правової природи *lex mercatoria* зазначає: «Сучасна торгівля потребує автономного міжнародного торгового права, заснованого на уніфікованих правилах, що визнаються всіма країнами. Таке регулювання зробить локалізацію міжнародних торгових операцій в національних юрисдикціях зайвим. Це буде новим *lex mercatoria*» [13, р. 20]. Окрім того, К. Шмиттгофф чітко ідентифікував два джерела міжнародного торгового права: міжнародне законодавство й міжнародні торгові звичаї. Під міжнародним законодавством розумілися норми права, розроблені на міжнародному рівні, які б могли бути прийняті державами в односторонньому порядку. Міжнародні торгові звичаї складаються з торгової усталеної практики, що є продуктом діяльності різних організацій таких, як Міжнародна торгова палата тощо.

Важливо звернути увагу на роботу О. Ландо, який був головою Комісії європейського договірної права (Commission on European contract law). Так, О. Ландо стверджує, що сторони в міжнародних договорах час від часу домовляються не використовувати національне право жодної з країн. Натомість домовляються про використання звичаїв міжнародної торгівлі, правил, що були створені для таких цілей, як УНІДРУА та PECL, та правил, що є найбільш уживаними в державах, залучених до міжнародної торгівлі. Якщо ж суддя чи арбітр не можуть знайти вказівники для вирішення спору в цих правилах, вони повинні керуватися найбільш прийнятним та справедливим для конкретного кейсу правом. Під час цього процесу арбітр буде розглядати право кількох правових систем, роботи правознавців та рішення арбітражів. Цей процес, який частково пов'язаний із селективним та творчим процесом застосування права, може бути названим процесом застосування *lex mercatoria*. Також О. Ландо зазначає, що неможливо визначити вичерпний перелік усіх елементів *lex mercatoria*. До таких елементів слід віднести міжнародне публічне право, право міжнародних організацій, звичаї й усталену практику міжнародних договорів, звіти рішень міжнародних комерційних арбітражів теж є джерелами *lex mercatoria* [10, с. 74].

Підсумовуючи, необхідно вказати:

- 1) автори, які підтримують існування концепції *lex mercatoria*, розглядають це право як автономну систему права, що є самодостатнім засобом регулювання міжнародних комерційних операцій.

- 2) науковці, що критично ставляться до категорії *lex mercatoria* як окремої системи в силу її невизначеності та непередбачуваності, вважають, що рішення, прийняте арбітром, базуючись на принципах *lex mercatoria*, не завжди є можливим.

Наша позиція є такою, що, незважаючи на низку спірних моментів, *lex mercatoria* об'єктивно слугує кращим цілям розумності, доцільності та ефективності регулювання транснаціональних правовідносин. Факт ефективності *lex mercatoria* підтверджується тим, що бізнес-середовище все активніше застосовує його в міжнародних комерційних договорах [8].

2. *Публічний порядок у системі конфліктного права*. Через відсутність єдиного універсального визначення категорії публічного порядку вважаємо за доцільне навести такі визначення:

1) найважливіші інтереси держави чи суспільства та фундаментальні юридичні основи, на яких базуються економічний та моральний порядок у суспільстві; сукупність правил, що є достатньо важливими для того, щоб було дозволено поставити їх вище індивідуальної волі; принципи, які лежать в основі побудови всієї соціальної структури держави [12, с. 58];

2) закони, збереження яких є необхідним у матеріальних чи моральних інтересах суспільства [4, с. 45];

3) закони, які видані для охорони загального економічного, морального, релігійного інтересу, чи закони, що встановлюють фундаментальні основи, на яких ґрунтується організація суспільства [2, с. 22–23].

Прийнято брати до уваги такі фундаментальні фактори, що впливають на формування публічного порядку:

1. Публічний порядок базується на усталених правилах, нормах, вимогах, які є основоположними для існування й підтримки всієї соціальної структури цього суспільства. Ці правила не тільки виступають у ролі регуляторів, а й продукують деякі постійні зв'язки, що дозволяють у процесі соціальної взаємодії забезпечувати цілісність соціального суспільства, яке ми можемо ідентифікувати, наприклад держава. У такому випадку державу можна розглядати як динамічну саморегулятивну систему, що діє в зовнішньому середовищі, наприклад у світовому співтоваристві. Елементами цієї системи в цивільно-правовому зрізі суспільних відносин виступають приватні суб'єкти (громадяни та їх об'єднання). Їхня узгоджена взаємодія на основі загальновизнаних норм і стандартів поведінки, дозволяє продукувати інтегративну якість системних зв'язків, забезпечуючи цілісність соціуму [1].

2. Будь-яка система прагне до стабілізації, певного ступеня упорядкованості. Стихійне вираження цього процесу реалізувалося в духовних традиціях родоплемінного устрою життя, у неписаних, передаючись із покоління в покоління, етичних законах, моралі, моральності, природному праві, культурних традиціях. Таким чином, можна допустити, що формування публічного порядку проходило на базі ціннісної системи, в основі якої лежали принципи природного права, звичаї, релігійні норми, моральні установки. Ці начала в силу натуральної природи людини (природного права) або проникнення в самосвідомість людини (мораль, релігія) до цього часу є найбільш глибоким і сильним регулятором спільного життя в суспільстві. Саме вони відображають уявлення суспільства про добро й зло, справед-

ливість, повагу, честь, гідність, милосердя, гуманізм [6, с. 20]. Саме ті принципи, що постають із них у загальному вигляді, підтримують і санкціонують суспільні устрої, форми ведення побуту та спілкування [7, с. 378–378]. Таким чином, мораль та уявлення про моральність, що сформувалася в цьому суспільстві, є другою відмінною рисою публічного порядку.

3. Третьою рисою є його відносно територіальний характер. Інакше кажучи, у кожному соціумі (у цьому випадку державі) складається свій публічний порядок. Пов'язано це з тим, що основоутворюючі й продукуючі єдність соціальних груп зв'язки можуть істотно відрізнитись один від одного. Так, у дисертаційній роботі Ю. Богатіна згадує прислів'я: «Что не город, то норев; что не деревня, то обычай». Держава, відображаючи культурні, національні, релігійні особливості суспільства, особливості конкретного історичного розвитку політичної організації, виражає єдині морально-концептуальні принципи, які вироблені її громадянами [5, с. 45]. Ці принципи можуть не співпадати (а інколи прямо суперечити) із цінностями, які існують в іншому державному утворенні. Цей факт безпосереднім чином проектується й у кінцевому варіанті проявляється в правових системах держав. Усталеним є підхід правознавців школи природного права, що будь-яке право несе в собі моральну складову. Проте уявлення про категорію морального та аморального в кожного суспільства є різними. Крім того, система права відображає систему фізичних властивостей держави, її клімату, якості ґрунту, геополітичного розташування, кількості населення, образу ведення побуту, ступеня свободи, релігії населення, торгівлі тощо. Крім права й моралі, політична, економічна, соціальна підсистеми як вираження публічного порядку також можуть мати національну специфіку. Причинами таких особливостей є географічне розташування певної групи людей.

4. Четверта характерна риса публічного порядку, сформованого в державі, – це спрямованість до самозбереження. Цей процес забезпечується шляхом особливих механізмів (системи норм), що підпорядковують приватний інтерес публічному. Ідеться про законне обмеження приватного інтересу з метою захисту публічного інтересу. Сама поява та існування держави передбачає уповноваження держави правом обмеження приватного інтересу задля загального блага публічного інтересу [3, с. 47]. Водночас публічний порядок як сукупне об'єднання одиничних інтересів повинен захищатися тільки тоді й тією мірою, у якій це необхідно для інтересу елемента його системи, для якого воно сформовано.

Фундаментальними ознаками публічного порядку є такі:

– включає в себе основоположні принципи, а не конкретні норми внутрішнього національного права, принципи моралі, що закладені в базисі внутрішньодержавного правопорядку, законних інтересів суспільства й держави;

– є інструментом міжнародного приватного права, що застосовується у виключних випадках;

– підставою застосування застереження про публічний порядок є обґрунтований висновок того, що застосування іноземного права призведе до наслідків, явно несумісних із національними принципами права;

– наслідком дії застереження про публічний порядок є незастосування іноземного права, а застосування внутрішнього національного права або права, що має найбільш тісний зв'язок, за умови непорушення останнім публічного порядку;

– компетенцію на остаточну ідентифікацію та застосування застереження про публічний порядок має суд/арбітраж.

**Висновки.** Окресливши правову природу *lex mercatoria* та публічного порядку, можна співвіднести площини існування цих категорій та визначити системи координат їх взаємодії. Одним із центральних питань, яке розглядається в статті є питання щодо того, чи може суд (арбітр міжнародного комерційного арбітражу) не застосувати (відмовити в застосуванні) до міжнародних приватних відносин *lex mercatoria* на підставі того, що *lex mercatoria* порушує публічний порядок. Інакше кажучи, чи може *lex mercatoria* порушувати публічний порядок?

Розглядаючи це питання через призму українського законодавства, необхідно звернутися до ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», де визначено, що норма *права іноземної держави* не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України.

По-перше, ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право» сформульована таким чином, що дає можливість застосування застереження про публічний порядок виключно стосовно *норм права іноземної держави*. Як описано вище, *lex mercatoria* не є правом (системою норм права) жодної з держав, а являє собою транснаціональні норми, що вироблені міжнародним комерційним співтовариством із метою найбільш справедливого та ефективного вирішення міжнародних торгових спорів. Беззаперечно, *lex mercatoria* запозичило чимало принципів регулювання правовідносин із внутрішніх національних систем права та певною мірою є їх симбіозом. Проте за своєю правовою природою *lex mercatoria* ≠ праву іноземної держави. Отже, за формальними ознаками через призму українського законодавства суддя не може відмовити в застосуванні *lex mercatoria*, посилаючись на застереження про публічний порядок.

По-друге, логічним є питання щодо того, чи за своєю природою *lex mercatoria* може не відповідати публічному порядку держави, зокрема України. Адже коли йдеться про *lex mercatoria*, то, як уже згадувалося, *lex mercatoria* дорівнює «загальним принципам права», «міжнародним усталеним принципам торгового права» тощо. Оскільки *lex mercatoria* є вираженням найбільш справедливих, чесних, ефективних та зручних для учасників комерційного обороту норм, то, на наш погляд, за своєю природою *lex mercatoria* не тільки не може порушувати публічний порядок, а повинно

братись до уваги під час тлумачення тих ціннісних орієнтирів, на основі яких формується публічний порядок.

Отже, можемо стверджувати, що основними принципами *lex mercatoria* є такі:

- 1) договори повинні виконуватися (*pacta sunt servanda*);
- 2) договори повинні виконуватися добросовісно (*bona fide*);
- 3) настання форс-мажорних обставин може слугувати підставою для невиконання зобов'язань;
- 4) експропріація повинна супроводжуватись адекватною компенсацією;
- 5) недійсність договорів, що порушують добрі звичаї, тощо.

Ці принципи є уособленням кристалічної справедливості, тому не можуть призводити до наслідків, явно несумісних із внутрішнім правом держави, зокрема України. Тому *lex mercatoria* не може тлумачитися як право, що є несумісним із національним правопорядком, а його застосування порушує публічний порядок.

#### *Література:*

1. Богатина Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика / Ю. Г. Богатина [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawmix.ru/commlaw/125>.
2. Брун М. И. Введение в международное частное право / М. И. Брун. – Петроград, 1915. – 228 с.
3. Гоббс Т. Сочинения / Т. Гоббс. – М.: Мысль, 1991. – 532 с.; Локк Дж. Два трактата о правлении / Дж. Локк // Локк Дж. Сочинения : в 3 т. / Дж. Локк. – М., 1988– . – Т. 3. – 1988. – С. 47.
4. Гойбарг А. Г. Предисловие / А. Г. Гойбарг // Перетерський І. О. Очерки международного частного права РСФСР / І. О. Перетерський. – М., 1924. – С. 3–45.
5. Дмитриева Г. К. Мораль и международное право / Г. К. Дмитриева. – М., 1991. – 251 с.
6. Общая теория государства и права. Академический курс : в 2 т. / под ред. М. Н. Марченко. – 1998– . – Т. 2 : Теория права. – 1998. – 491 с.
7. Философский энциклопедический словарь. – 2-е изд. – М., 1989 – 467 с.
8. Mansoor Z. Principles of European contract law: an autonomous *lex mercatoria* or part of a universal *lex mercatoria*? / Z. Mansoor // Private Law. – 2013. – Vol. 6. – № 1. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.inderscience.com/storage/f610111128793425.pdf>.
9. Goldstajn : The New Law Merchant. – JBL. – 1961. – P. 12.
10. Lando O. The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration / O. Lando. – ICLQ. – 1985. – 749 p.
11. Lando O. The Commission on European Contract Law / O. Lando // Principles of European Contract Law. – P. I ; P. II.
12. Lewi W. The international order public / W. Lewi // Revue de Droit international prive. – 1994. – № 1. – P. 58.
13. Schmitthoff C. M. Commercial Law in a Changing Economic Climate / C. M. Schmitthoff. – 2nd ed. – 1981. – 120 p.

**Горда Ю. И. Оговорка о публичном порядке vs. lex mercatoria в международном частном праве**

**Аннотация.** В статье исследуются вопросы правовой природы публичного порядка, lex mercatoria и взаимодействия данных категорий.

**Ключевые слова:** публичный порядок, lex mercatoria, взаимодействие, соотношение.

**Gorda Y. Public order vs. lex mercatoria in the system of international private law**

**Summary.** There is a trend of applying lex mercatoria as a regulator of transnational relationships by participants of international private law. Nevertheless, a law nature of lex mercatoria provokes a lot of discussions and controversial moments in the sphere of conflict of laws. Some scientists state that lex mercatoria is a new universal, the most progressive and effective system of law. From the other side, a huge number of specialists of international private law argue that lex mercatoria is a soft law and it is not a completed system of law, moreover it is too difficult to “catch” it. That is why a procedure of applying lex mercatoria as a law instrument of international private relationships is an absurd.

Theory of public order is discovered by a lot of authors but it still has debatable character. The most important features of public order are noted in this paper.

The main point of this article is to explore a law nature of interaction public order and lex mercatoria in the system of conflict of laws. The author tries to discover theoretical Ukrainian and foreign literature connected with abovementioned questions. In the conclusion the writer attempts to represent his own point of view related to braking public order by lex mercatoria.

**Key words:** public order, lex mercatoria, interaction, international private law.