

УДК 341.9

Кисіль В. І.

ПИТАННЯ ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ І ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

У статті досліджуються основні підходи до наукового обґрунтування, законодавчого закріплення та застосування судами застереження про публічний порядок (ordre public) — засобу обмеження застосування іноземного права у приватних правовідносинах, ускладнених іноземним елементом, коли наслідки такого застосування можуть зашкодити засадам правопорядку країни суду.

Міркування захисту основних засад правопорядку держави вимагають встановлення у законодавстві з питань міжнародного приватного права (МПрП) спеціальних застережень щодо обмеження застосування на території даної держави іноземних законів. Річ у тому, що не завжди відсилання колізійної норми до іноземного права є достатньою підставою для застосування саме іноземного, а не національного закону. Не всім нормам іноземного права може надаватися екстериторіальна сила. Крім того, не в усіх випадках права, засновані на рішеннях іноземного суду або на іноземному акті громадянського стану, підлягають визнанню та введенню в дію.

За загальним правилом, навіть при відсиланні до іноземного права в силу колізійної норми або вибору сторін застосування такого іноземного права обмежується або виключається взагалі у випадках, коли наслідки такого застосування суперечать або можуть зашкодити місцевому "публічному порядку". Те саме можна сказати також про визнання суб'єктивних прав, які виникли під дією іноземних законів. Однак на визнанні самого факту існування категорії публічного порядку однастайність думок у доктрині МПрП припиняється. Далі погляди щодо обсягу і функцій цього поняття розбігаються, роблячи визначення його змісту та призначення однією з найскладніших проблем науки колізійного права та судової практики у цій сфері¹.

З часів виникнення вчення про публічний порядок, яке пов'язують із працями Ф. К. фон Савіні², була напрацьована достатня наукова база щодо цього питання. З іншого боку, розширення міжнародного цивільного та комерційного обігу і відповідно — збільшення кількості спорів у справах, ускладнених іноземним елементом, зумовило складнощі в роботі судів щодо тлумачення категорії публічно-

го порядку. Увага до цієї проблеми в науці МПрП, а також тенденція до перевірки рішень національних судів (та подекуди — рішень іноземних інстанцій) на відповідність місцевому правопорядку — все це зумовило доцільність та необхідність врегулювання проблеми публічного порядку на законодавчому рівні. Одними з перших законодавчих норм у цій галузі стали СТ. 30 Вступного закону до Німецького цивільного уложення (редакція 1896 р.) та СТ. 12 вступної Постанови до італійського Цивільного кодексу.

Згадані положення стали нормативним висловленням того, що нині у науці МПрП має назву "застереження про публічний порядок", тобто встановлювана законодавчим шляхом та інтерпретована судовими інстанціями норма, яка обмежує або виключає небажані, з погляду внутрішнього правопорядку та моралі, наслідки застосування іноземного права. Тут необхідно підкреслити, що розуміння цієї категорії до кодифікації було дещо абстрактнішим. Публічний порядок розглядався у доктрині як щось глобальне, ґрунтоване на нормах моралі та добрих звичаях або ж на державних інтересах. Самі по собі терміни *ordre public* та *public policy* дозволяють вивчати це явище не в контексті законодавства, а як окремий соціально-правовий феномен. Лише у німецькій літературі було використано запроваджений Цительманом термін "*Vorbehaltsklausel*", який прижився в наукових працях і сприймається саме як застереження, тобто чітка норма, а не абстрактна категорія.

Кодифікація певною мірою увиразнила процес розмежування компетенції правопорядків у МПрП, але навряд чи можна сказати, що проблема публічного порядку була розв'язана повністю. В законодавстві з'явилося чергове захисне застереження про незастосування іноземного права, але сам по-

¹ Див. Макаров А. Н. Основные начала международного частного права. — М., 1924. — С. 52.

² Там само. — С. 54.

рядок застосування цього застереження чітко визначений не був. Тлумачення змісту чинної норми законодавства здійснюється двома шляхами: доктринальним та судовим. Проблема публічного порядку, таким чином, повернулася з площини законодавства туди, звідки й вийшла — на рівень наукових розробок та судових роз'яснень. В ході цієї роботи, яка припала здебільшого на ХХ ст., й був вироблений підхід до формулювання сучасних норм про публічний порядок.

Доктрина міжнародного приватного права, здається, завжди відігравала основну роль у формуванні законодавчих положень у сфері *ordre public* та в окресленні умов їх застосування. Хоча правова наука й не в змозі дати більш-менш чітке визначення змісту цього поняття, втім, вона сприяє розробці основних підходів до тлумачення застережень про публічний порядок.

У сучасній літературі з МПрП застереження *ordre public* розглядає в більшості випадків інститут міжнародного приватного права, який має на меті запобігання можливим суттєвим негативним наслідкам колізійного відсилання до іноземного права. З цього робиться висновок про дві важливі характеристики *ordre public*: 1) не можна говорити про застосування застереження *ordre public* за відсутності колізійного відсилання до норм іноземного права; 2) незастосування іноземного права або невизнання суб'єктивних прав, що виникли під дією іноземного закону, пов'язані з негативними наслідками такого застосування або визнання для даного правопорядку¹.

Як уже зазначалося, у доктрині МПрП немає єдиного розуміння ні змісту, ані функцій досліджуваного явища. Внаслідок неузгодженості доктринальних підходів законодавці більшості країн вдаються до надто загальних формулювань, застереження *ordre public* у законодавстві різних країн майже однакові за змістом, і лише вряди-годи в законі можна побачити більш-менш конкретну вказівку на те, що саме треба розуміти під поняттям "публічний порядок", та яким чином це застереження має застосовуватись. Як правило, роз'яснення з цього приводу дають суди, виходячи з тлумачення норм права, кваліфікації фактичного складу справи й теоретичних конструкцій.

Найбільші складнощі в літературі з МПрП й судовій практиці викликає питання визначення змісту поняття "публічний порядок". Це питання не оминали увагою відомі теоретики МПрП ХІХ та ХХ СТ. Огляд основних концепцій у цій сфері проводили автори курсів та навчальних посібників², наукових статей³ та дисертаційних праць⁴. В рамках цього дослідження доцільно коротко зупинитися лише на головних положеннях цих теорій, які знайшли відбиток у законодавстві та практиці судів.

Савіньї, який одним з перших почав розробляти проблему *ordre public* на теоретичному рівні, поділяв норми публічного порядку на дві групи. До першого різновиду він відносив норми внутрішнього публічного порядку (*l'ordre public interne*), які не можуть бути змінені угодою приватних осіб. Ці норми не застосовуються тоді, коли в силу колізійного відсилання правовідносини регулюються іншою правовою системою. Норми другого виду ґрунтуються на "суспільному інтересі" і не поступаються місцем іноземному закону за жодних обставин (*l'ordre public international*).⁵ Савіньї також говорив про неприпустимість застосування правових норм та інститутів іншої держави, які невідомі національній правовій системі, наприклад, інститут рабства, "невідомий всім державам культурного світу".⁶ В цілому, Савіньї розумів норми публічного порядку як аномалію, виняток, який порушує нормальний порядок застосування іноземного права.

Принципово іншу позицію щодо розуміння сутності публічного порядку зайняла романська школа, найвідомішим представником якої був П. Манчіні. Для романської школи, *ordre public* — це вже не аномалія, а цілком нормальне явище, ґрунтоване на принципах суверенітету і політичної незалежності. Щоправда, жоден із прихильників цієї течії не спромігся наповнити поняття "*ordre public*" конкретним змістом. Деякі вчені намагалися дати вичерпний перелік законів, які належать до публічного порядку, інші — навести загальну формулу, що дозволила б розкрити їхній зміст. Проте більшості цих теоретичних конструкцій властива внутрішня неузгодженість, і вони, фактично, не запропонували жодного більш-менш конкретного визначення⁷.

Незважаючи на те, що застереження про публічний порядок формувалося передусім у площині

¹ Див. Бабаєв М. Х. Проблемы публичного порядка в международном частном праве // Международное частное право: Современные проблемы. Книга 2.— М., 1993.— С. 192.

² Богуславский М. М. Международное частное право.— М., 1997.— С. 74—79.

³ Левитин А. Б. Вопросы публичного порядка в международном частном праве // Проблемы международного частного права.— М., 1960.— С.208—228.

⁴ Кольцов Б. И. Критика буржуазных теорий по вопросам действия коллизионной нормы в международном частном праве.— Автореф. канд. дис.— М., 1973.— С. 10—17.

⁵ Див. Вольф М. Международное частное право. М., 1948.— С. 188—190.

⁶ Див. Макаров А. Н. Вказ. праця — С. 54.

⁷ Там само.— С. 55.

доктрини МПрП, точкою відліку у формуванні самої цієї концепції стала законодавча норма, а саме — положення СТ. 6 Кодексу Наполеона, згідно з яким не можна порушувати приватними угодами суспільний порядок та добрі звичаї. Напевно поширеність французького терміна "ordre public" пояснюється саме цим фактом.

Стаття 6 французького ЦК є класичним прикладом норми внутрішнього публічного порядку, її завданням є недопущення зміни імперативних норм французького права шляхом угоди сторін. Вказана норма стосується правовідносин внутрішнього характеру і майже не зачіпає сфери інтересів МПрП. У цьому положенні немає вказівок на застосування іноземного права. Таким чином, питання публічного порядку у розумінні міжнародного приватного права не були врегульовані Кодексом Наполеона. Вирішення цих питань залишилося завданням науковців та суддів.

Коли йдеться про недопущення застосування іноземних законів, у доктрині використовується термін "міжнародний" або "зовнішній" публічний порядок¹. Слід зазначити, що обидва ці терміни є невдалими, оскільки вони хибно віддзеркалюють природу ordre public. З погляду МПрП, публічний порядок є суворо територіальним. У цьому сенсі СТ. 3 французького ЦК встановлює правило, згідно з яким закони благоустрою (police) та безпеки поширюються на всіх, хто проживає на території держави.

На визнанні територіального характеру публічного порядку ґрунтувалися подальші розробки цієї теми в німецькій літературі. Після невдалих спроб романської школи дати визначення ordre public через зміст його норм, німецький юрист фон Бар одним з перших почав працювати над критерієм ступеня "прив'язки" конкретного правовідношення до території країни суду. Бар наголошував, що вирішальним моментом у проблемі публічного порядку є не зміст іноземного закону чи правової вимоги, а сприяння їх здійсненню на території країни суду². Таким чином чи не вперше була сформульована негативна концепція ordre public — принцип, згідно з яким суддя не повинен сприяти застосуванню правової норми або реалізації вимоги, які є для нього неприйнятними.

Ймовірно саме ці висновки були покладені в основу більшості сучасних формулювань застереження про публічний порядок: іноземний закон не підлягає застосуванню не тоді, коли сам цей закон не відповідає вимогам місцевого правопорядку, а

лише тоді, коли наслідки такого застосування були б для цього правопорядку загрозливими. А. Н. Макаров наводить щодо цього такий приклад: у Німеччині не дозволяється полігамія. Але це не означає, що німецькі суди зобов'язані не визнавати правомірність вимоги, що випливає з полігамного шлюбу турка, на частину спадщини, що відкрилася на його користь, і яка знаходиться на території Німеччини. В цьому випадку питання про визнання полігамного шлюбу є преюдиціальним питанням, тобто підпадає під юридичне правило, за яким встановлені судом у конкретній справі відносини, викладені у вироку, судовому рішенні чи ухвалі, що набули чинності, не повинні доводитися і не можуть бути спростовані при розгляді аналогічних справ. Інша справа — вимога повернення у гарем другої дружини, яка втекла на територію Німеччини. Визнавши правомірність такої вимоги, німецький суддя безпосередньо сприяв би здійсненню вимоги, яка з погляду німецького законодавця є аморальною. Отже судді не залишається нічого іншого, як відхилити цю вимогу заради німецького публічного порядку³. Отже, фактично, публічному порядку може загрожувати не саме по собі застосування іноземного закону, а приведення до виконання заснованого на цьому законі рішення.

У джерелах радянського періоду, поряд із гострою критикою буржуазних концепцій публічного порядку зверталася увага на, буцімто, повну й чітку визначеність цієї категорії в законодавстві СРСР, яке характеризувало публічний порядок як "засади радянського устрою". Автори тодішніх наукових праць посилалися на Конституцію СРСР, яка давала визначення цього поняття за допомогою конструкцій, не позбавлених ідеологічного забарвлення⁴. Втім, не вдаючись до детального аналізу цієї формули, зазначимо, що для радянського суду, в будь-якому випадку, питання публічного порядку не мали першорядного значення. Як вказує у своїй праці А. Б. Левітін, радянський суд ставив перед собою питання, якою мірою буржуазні норми права вплинули на розглядувані судом правовідносини та чи можна, незважаючи на наявність іноземного елемента, вирішити справу, не вдаючись до іноземного закону⁵. Суд мав виходити з того, що розбіжності між буржуазною та радянською нормами викликані розбіжностями в суспільному устрої. Як наслідок цього, радянська концепція публічного порядку, скоріше, мала на меті не захист суспільних засад, а встановлення припису,

¹ Бабаев М. Х. Вказ. праця. — С. 194.

² Макаров А. Н. Вказ. праця. — С. 54.

³ Там само. — С. 57.

⁴ Левитин А. Б. Вказ. праця. — С. 224.

⁵ Там само. — С. 225.

згідно з яким суд повинен звести до мінімуму сферу застосування іноземного права.

Як можна побачити з наведеного вище, функції застереження про публічний порядок розглядаються в доктрині у двох основних варіантах: позитивному та негативному. Позитивна концепція асоціюється, передусім, зі згаданою вище СТ. 6 Цивільного кодексу Франції. Відповідно до цієї теорії, публічний порядок — це сукупність матеріально-правових імперативних норм, які підлягають застосуванню незалежно від того, чи відсилає колізійна норма до іноземного закону, чи ні.

Цим висновком протиставляється негативна концепція *ordre public*, притаманна, зокрема, німецькій школі МПрП, згідно з якою публічний порядок повинен визначатися не через внутрішні матеріальні норми, а через негативні, неприйнятні властивості іноземного закону. Звичайно, за такого розуміння публічного порядку відповідне застереження вводиться в дію тільки після колізійного відсилання до іноземного права, встановлення його змісту, тестування його на відповідність правопорядку країни суду.

Цікаво, що тлумачення СТ. 6 ФЦК подекуди викликало в доктрині непорозуміння. Всупереч традиційному "позитивному" підходу, деякі автори розглядали це положення як висловлення негативної концепції¹. Це, звичайно, рідкісне явище, яке отримало відповідну критику², але й сама по собі позитивна концепція *ordre public* також зустріла в літературі низку критичних зауважень.

М. Х. Бабаєв, наприклад, зазначає, що позитивна концепція *ordre public* разом з конкретно сформульованими нормами також охоплює певну сукупність генеральних принципів, на яких ґрунтується правопорядок даної країни. За такої ситуації механізм дії застереження *ordre public* виявляється різним у залежності від того, чи обговорюється матеріальна норма публічного порядку, чи генеральний (загальний) принцип³. У першому випадку відсилання до іноземного права взагалі немає. Іншими словами, йдеться про дію імперативних або односторонніх колізійних норм. У такому разі, навіть за наявності іноземного елемента, закон іноземної держави не досліджуватиметься судом взагалі.

Інша річ — коли йдеться про захист основних засад національного правопорядку. Якщо колізійна (двостороння) норма відсилає до права іншої

країни, суд неодмінно буде зобов'язаний встановити зміст цього права та вирішити, чи не суперечить воно місцевому правопорядку. Якщо іноземний закон буде несумісним з *ordre public* країни суду, суддя повинен відмовити у його застосуванні. Тобто тут очевидна дія негативної концепції публічного порядку.

Подібні зауваження щодо позитивної концепції *ordre public* видаються логічними, але, на наш погляд, вони не зовсім коректні, оскільки французька позитивна концепція виводиться зі СТ. 6 ФЦК, яка, як ми вже згадували, стосується внутрішнього порядку, а не справ з іноземним елементом. В цілому ж, у сенсі міжнародного приватного права, французька доктрина підходить до поняття *ordre public* ширше. Воно розглядається у двох формах: а) у вигляді застереження, що захищає від застосування іноземного закону, який порушує принципи публічного та приватного права; б) як активний принцип, який дозволяє правозастосовчому органу застосувати французьке право, незалежно від того, що закон, притаманний договору, не є французьким (*lois de police*)⁴.

Очевидно, що у випадках, коли відсилання колізійної норми до іноземного права вже відбулося, суд обов'язково має встановити зміст іноземного закону. Таким чином, залишається погодитись із висновком, що застереження про публічний порядок, у розумінні міжнародного приватного права, може бути втілене на законодавчому рівні лише у негативному варіанті⁵.

Аналіз законодавчих актів різних країн у сфері МПрП показує, що майже всі вони встановлюють застереження про публічний порядок у негативній концепції. Справді, позитивна концепція пов'язується переважно з французьким правом, але фактично навіть не має нормативного закріплення.

Застереження *ordre public* у негативному варіанті втілено у СТ. 6 Закону про МПрП Польщі, у якій йдеться про неприпустимість застосування іноземного закону в разі, якщо він суперечить основним принципам правопорядку Польщі. Стаття 12 (3) Цивільного кодексу Іспанії обмежилася стислим формулюванням: "Іноземний закон, що суперечить публічному порядку, ніколи не застосовується", хоча у доктрині висловлюються думки, що це положення мало б бути деталізованішим⁶.

Згідно зі СТ. 6 Федерального закону про МПрП Австрії, застосування іноземного закону не допус-

¹ Див. Галенская Л. Н. Международное частное право / Учебное пособие. — Л., 1983. — С. 26.

² Див. Садиков О. Н., Минаков А. И. Рецензия на учебное пособие по международному частному праву Л. Н. Галенской // Вестник Московского ун-та. Серия 11. Право, 1986. — № 2. — С. 80.

³ Бабаев М. Х. Вказ. праця. — С. 195—196.

⁴ Див. МоссДж. К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. — М., 1996. — С. 31.

⁵ Див. Бабаев М. Х. Вказ. праця. — С. 196.

⁶ Carrillo J. A. Le nouveau droit international prive espagnol // Annuaire suisse de droit international (ASDI), 1976, p. 9.

кається, якщо воно може призвести до наслідків, несумісних з основними началами австрійського правопорядку. До цього додається активний принцип, запозичений, очевидно, у французькій доктрині та втілений в Австрії на рівні законодавства: у разі дії застереження *ordre public* підлягає застосуванню відповідна норма австрійського права.

У Законі ФРН про нове регулювання МПрП 1986р. є чимало винятків з принципу пріоритету двосторонніх колізійних норм, особливо коли законодавець вважає за необхідне залишити за собою право застосування національного закону з внутрішньополітичних причин (позитивне застереження про публічний порядок) або тоді, коли він має намір обмежити застосування іноземного права через вимоги публічного порядку (негативне застереження). В законі це наявне у вигляді застережень на користь осіб, пов'язаних з ФРН або застосування права ФРН навіть за відсутності осіб, пов'язаних з ФРН (наприклад, СТ. 17 (3) 2 (матеріальне утримання одним подружжям іншого при розлученні), СТ. 23 (згода на визнання батьківства, усиновлення тощо). З іншого боку, в законі є чимало матеріальних норм, які прямо регулюють взаємини, що мають зв'язок з іншою державою, скажімо, СТ. 16 (майновий режим подружжя). Важко судити про обґрунтованість усіх цих винятків і можливість їх практичного втілення. Деякі з цих норм повторюють відомі приписи про захист публічного порядку.

У німецькому праві взагалі важко знайти чітке визначення категорії публічного порядку, яка виключає застосування іноземного закону, якщо таке застосування (або, згідно з новою редакцією Вступного закону (ВЗ) до НЦУ,— наслідки такого застосування) суперечить добрим звичаям і цілям німецького права (СТ. 6 ВЗ НЦУ). Імперський суд Німеччини ще у рішенні від 28 червня 1918р. дав своє тлумачення цього застереження, констатувавши, що до нього можна вдаватися у випадках, коли розбіжності між політичними і суспільними поглядами, що стали підставою для іноземного і німецького закону, настільки суттєві, що застосування іноземного закону може підірвати засади німецького політичного та економічного життя¹. Очевидно, що в сучасних умовах міжнародних відносин такий підхід, що ґрунтується на неприйнятті су-

спільно-політичних відмінностей різних правопорядків, є застарілим.

Узагальнення сучасної німецької доктрини і практики у сфері *ordre public* приводить до висновку, що порушення публічного порядку існує, коли порушується будь-яка норма, що встановлює основні принципи суспільного й економічного життя в імперативному плані, і стосовно якої особи не можуть розпоряджатися².

Цікавим є підхід законодавця Угорщини до розв'язання проблеми публічного порядку. Застереження ч. 1 СТ. 7 угорського Закону про МПрП 1979 р. виключає застосування іноземного закону, який порушує угорський публічний порядок. Але далі ч. 2 цієї статті встановлює, що не слід відмовлятися від застосовування іноземного закону лише на тій підставі, що суспільно-економічна система іноземної країни є відмінною від угорської. Замість незастосовуваного іноземного закону приписується застосовувати закон Угорщини. Сутність такого регулювання полягає в тому, що суддя може застосувати категорію *ordre public* лише тоді, коли застосування іноземного права суперечить соціальним та моральним принципам Угорщини або ж порушує імперативні норми угорського правопорядку. В літературі зазначається, що основною сферою застосування застереження про публічний порядок є сфера особистого статусу та сімейні взаємини³. Наприклад, угорські суди не визнають норм права іноземних держав, які забороняють розлучення. Коли суд зустрічається з такою нормою, вона має бути відхилена, а замість неї — застосоване право Угорщини.

Застереження про публічний порядок у негативній концепції містяться у СТ. 4 Закону про міжнародне приватне право та процес Югославії 1982 р., ст. 32 Цивільного кодексу Греції 1980 р., ст. 22 Цивільного кодексу Парагваю 1985 р. та багатьох інших законодавчих актах з питань МПрП. Відоме воно й китайському законодавству⁴. У статті 150 Загальних принципів цивільного права КНР зазначено, що застосування іноземних законів або міжнародних звичаїв не повинно порушувати публічні та соціальні інтереси Китайської Народної Республіки. Крім того, СТ. 9 Принципів передбачає, що угоди, які порушують закони та публічні інтереси КНР є нікчемними.

¹ Див. *Мосс Дж. К.* Вказ. соч.— С. 29—30.

² Див. *Белов А.П.* Публічний порядок: законодательство, доктрина, судебная практика // *Право и экономика* — 1996 — №19—20.— С. 89.

³ *Csanadi P.* Current Trends of Private International Law in the Central-East European States with a Special Reference to the Hungarian Law // *Current Trends of Conflicts of Laws in Central-Eastern Europe.*— Trieste — May, 18—19, 1984.— P. 117—118.

⁴ Див. *Богуславский М. М.* Проблемы международного частного права в законодательстве и договорно-правовой практике КНР // *Советское государство и право*, № 1, 1987.— С. 103.

Формула *ordre public* у негативному варіанті була зафіксована навіть у законодавстві тих країн, правові системи яких перебувають під значним впливом французького права. Наприклад, СТ. 30 Цивільного кодексу Габона від 29 липня 1972р. встановлює, що всі положення іноземного законодавства, які суперечать публічному порядку, не застосовуються в Габоні. Подібне положення міститься у СТ. 24 Цивільного кодексу Алжіру від 26 вересня 1975 р.

Цікавим є розв'язання проблем публічного порядку у швейцарському Законі про МПрП 1987 р. Безпосередньо *ordre public* присвячена СТ. 17 цього Закону, згідно з якою застосування норм іноземного права виключається, якщо це могло б призвести до результату, несумісного із швейцарським публічним порядком. Але крім цього швейцарська кодифікація МПрП чи не вперше на рівні національного законодавства приділила увагу зворотному аспектові проблеми публічного порядку: питанням застосування імперативних норм третіх держав¹. Зазвичай застереження про публічний порядок виступає як обмеження застосування іноземного закону в разі загрози порушення засад правопорядку країни суду. Як правило, національний публічний порядок забороняє застосування небажаних іноземних норм. Однак, стаття 19 швейцарського Закону передбачає, що суддя повинен враховувати іноземний публічний порядок. Така ситуація можлива, наприклад, коли третя держава в галузі договорів встановлює спеціальні норми, які стосуються валюти, імпорту чи експорту. У судовій практиці Швейцарії ще замало прецедентів, які б підтверджували доцільність СТ. 19, але подібні справи, як зазначає Е. Джейм, мали місце у практиці Федерального суду ФРН. Йшлося про договір страхування, який стосувався експорту деяких предметів нігерійського мистецтва, експорт яких заборонено публічним правом Нігерії з метою захисту культурного надбання країни. Федеральний суд врахував норму публічного права Нігерії, незважаючи на те, що законом, який підлягав застосуванню, був закон ФРН². Саме такий тип іноземних приписів має на увазі закон Швейцарії, передбачаючи, що суддя повинен звертати увагу на публічне право третьої держави.

Стаття 8 румунського Закону про МПрП від 22 вересня 1992 р. виключає застосування іноземного закону, який порушує публічний порядок у розумінні МПрП Румунії та передбачає, що в таких випадках застосуванню підлягає румунський закон³.

Інакше підійшли до проблеми публічного порядку розробники закону про МПрП Луїзіани. У кодифікації цього штату, яка містить положення у сфері МПрП, норми про публічний порядок немає взагалі. Коментатори Закону 1991 р. зазначали, що застереження про публічний порядок є стандартною нормою більшості кодифікацій МПрП. Але, незважаючи на це, Рада Інституту права штату Луїзіана відхилила пропозицію щодо включення цього застереження у закон про МПрП, мотивуючи це тим, що проект закону і без того був достатньо, а можливо — і надто гнучким, і включення до нього "додаткового" застереження про незастосування іноземного права було б непотрібним та, на думку деяких членів Ради, навіть небезпечним⁴.

У країнах англо-американської правової сім'ї до застереження про публічний порядок звертаються не так часто, як у континентальних країнах. З одного боку, це пов'язано з тим, що доктрина і практика цих країн і передусім — Англії, йде шляхом застосування до питань розлучення, опіки і піклування, усиновлення тощо місцевих законів⁵. З іншого боку, у цих правових системах дається вельми вузьке тлумачення змісту публічного порядку. У провідному прецеденті з цього питання англійський суддя вирішив, що для відмови у застосуванні якоїсь норми іноземного закону необхідно, щоб таке застосування суперечило "засадам моралі, яка вважається такою, що домінує в цій країні, незалежно від статутного права"⁶. Таким чином, публічний порядок в англо-американській доктрині розглядається окремо від положень законодавства. Виходячи з такого визначення, Апеляційний суд визнав юридичну силу договору про позику, укладеного для участі в азартних іграх, незважаючи на те, що за англійськими законами такий договір вважався недійсним⁷.

Звичайно, такий підхід майже повністю виключає можливість законодавчого закріплення застереження про публічний порядок. В англо-аме-

¹ Докладніше про цю проблему див. Жильцов А. Н. Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Законодательство и экономика. — 1997. — № 23 / 24. — С. 37—48.

² Jayme E. Considerations historiques et actuelles sur la codification du droit international prive // Recueil des cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1982. — The Hague / Boston / London, 1983. — P. 85.

³ Див. Capatina O. La reforme du droit international prive romain // Revue critique de droit international prive. — 83 (I)-janv. — mars 1994. — P. 168.

⁴ Див. Symeonides S. Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction: The Louisiana Experience. — Baton Rouge, 1993. — P. 478.

⁵ Див. Dicey and Morris. Conflict of Laws. — 12th ed. — London. — Sweet & Maxwell, 1993. — P. 41—42.

⁶ Див. Мосс Дж. К. Вказ. праця. — С. 30.

⁷ Там само.

риканській доктрині *public policy* є категорією загального, а не статутного права. При цьому, однак, суди у країнах цієї сім'ї досить рідко вдаються до застосування застереження про публічний порядок. Найчастіше, як відомо, до нього зверталися у першій половині XX ст. у зв'язку з невизнанням радянських законів про націоналізацію. Після зняття цієї проблеми питання публічного порядку у практиці країн англо-американської сім'ї права втратило свою актуальність.

Підхід більшості розглядуваних законів про МПРП до формулювання застереження про публічний порядок був у цілому сприйнятий розробниками проекту ЦК України. Відповідно до СТ. 1559 проекту ЦК, іноземне право не підлягає застосуванню, якщо його застосування призводить до результату, явно несумісного з основами правопорядку (публічного порядку) України. У таких випадках підлягає застосуванню право України, якщо обставини справи не вказують на застосування права країни, яке має тісніший зв'язок з даними правовідносинами. При цьому додається положення, запозичене скоріш за все з Закону про міжнародне приватне право Угорщини 1979 р. (СТ. 7 ч. 2) з певним уточненням, згідно з яким відмова у застосуванні іноземного права не може ґрунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від правової, політичної або економічної системи України.

Слід пам'ятати, що застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві застосовується переважно для досягнення двох цілей: а) відмова у застосуванні іноземного закону; б) відмова у визнанні та виконанні іноземного судового чи арбітражного рішення, якщо наслідки такого застосування чи виконання є потенційно небезпечними для місцевого правопорядку. В обох випадках положення щодо *ordre public* фактично застерігає від створення прецеденту, в якому була б обґрунтована та реалізована вимога, явно несумісна з засадами правопорядку даної держави. Але в першому випадку ми маємо справу з визначенням закону, компетентного регулювати ту чи іншу справу, тобто з вирішенням колізійного питання. У другому ж випадку йдеться про виконавче провадження, тобто про питання процесуального характеру. Таким чином, застереження про публічний порядок виступає у двох функціях: а) як умова дії колізійної норми; б) як захист від виконання небажаного рішення іноземного суду чи арбітражу.

У цивільному законодавстві України станом на кінець XX СТ. застереження *ordre public* не було, оскільки відповідне положення СТ. 571 Цивільного кодексу 1964 р. було скасовано у 1993 р. На сьогоднішній день, коли у пострадянських країнах окрес-

лилася тенденція до врегулювання питань *ordre public* на законодавчому рівні, українські суди все ще дуже мало знайомі з практикою застосування цього застереження в контексті вилучення дії іноземних законів. Найчастіше суди зустрічаються з категорією публічного порядку тоді, коли йдеться про визнання та виконання на території України іноземних судових та арбітражних рішень, у яких може бути відмовлено, якщо виконання певного рішення є несумісним з публічним порядком України.

Це загальне правило було втілено у Нью-Йоркській конвенції про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., до якої приєдналася Україна, та у СТ. 36 Закону України "Про міжнародний комерційний арбітраж". Стосовно невиконання з міркувань публічного порядку рішень іноземних державних судів загальної юрисдикції та арбітражних (господарських) судів колишніх соціалістичних країн Європи, які діють на підставі закону, а не угоди сторін, законодавство України не містить спеціальних приписів, але зазначає (СТ. 427 Цивільного процесуального кодексу), що порядок визнання та виконання таких рішень встановлюється міжнародними договорами України (це передусім двосторонні та регіональні договори про правову допомогу), які можуть містити застереження *ordre public*.

Нині у доктрині наявні спроби визначення змісту поняття "публічний порядок". Зокрема А. П. Белов намагається шляхом узагальнення практики деяких країн світу щодо застосування застереження *ordre public* у сфері міжнародного комерційного арбітражу навести перелік випадків, у яких рішення третейських судів не підлягають визнанню й виконанню як такі, що суперечать публічному порядку'. Слід зазначити, що законодавство в цій сфері більшості держав світу, які приєдналися до Нью-Йоркської конвенції, виходить з того, що суд може відмовити у задоволенні клопотання про виконання рішення з міркувань публічного порядку. При цьому, як відомо, стаття V Конвенції складається з двох частин: 1) підстави, з яких клопотання може бути відхилено з ініціативи сторони-боржника (цей перелік є вичерпним); 2) випадки відмови у задоволенні клопотання, якщо суд вирішить, що спір за підвідомчістю не підпадає у сферу арбітражного провадження або рішення є несумісним з публічним порядком країни виконання. З огляду на це, навіть за умови визначення кола законів та інститутів, що мають стосунок до публічного порядку, багато питань залишаються відкритими: наскільки широко можна тлумачити "невідповідність" рішенням засадам місцевого правопорядку? Якщо тестування рішення на відповідність публічному поряд-

ку належить до компетенції суду, чи має право сторона-боржник вказати судові на факт порушення *ordre public*? Чи має взагалі сторона-боржник право оскаржувати клопотання про визнання рішення на тій підставі, що воно, мовляв, суперечить публічному порядку?

Справді, пропонується, зокрема, не визнавати іноземні арбітражні рішення, які "обмежують або усувають втручання у арбітражне провадження державного суду" ¹. Але ця теза суперечить принципів незалежності арбітражу, компетенція якого (як у багатьох випадках, і процедура провадження) визначається угодою сторін, а не законом. Припускається, що не підлягають визнанню з міркувань публічного порядку рішення, винесені при відсутності дієздатності якоїсь із сторін, з порушенням процедури, встановленої сторонами, рішення, винесені за недійсними арбітражними угодами тощо ². Але всі ці факти не можуть бути встановлені судом *ex officio*, вони підлягають обов'язковому доведенню стороною-боржником відповідно до ч. 1 СТ. V Конвенції. Очевидно, всі спроби дати більш-менш вичерпний перелік норм публічного порядку не є безперечними.

Питання про визнання та виконання іноземних рішень в Україні вирішують суди загальної юрисдикції, отже роз'яснення з приводу застосування категорії публічного порядку в таких справах дав Верховний суд України, вдавшись до спроби визначити зміст цього поняття у Постанові Пленуму ВСУ № 12 від 24 грудня 1999 р. "Про практику розгляду судами клопотань про визнання та виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених в порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України". Визначення публічного порядку міститься у ч. 8 пункту 12 цієї Постанови. ВСУ посилається на договір про правову допомогу між Україною та Монголією і зазначає: "Під публічним порядком у цьому та інших випадках, коли незаподіяння йому (публічному порядку — *В. К*) шкоди обумовлює можливість визнання і виконання рішення, належить розуміти правопорядок держави, визначені принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканості й основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)" ³.

Взагалі питання публічного порядку у міжнародному приватному праві досить складне й багатоаспектне, і його досить важко раз і назавжди ви-

рішити як у доктрині, так і в законодавстві та в судовій практиці. На нашу думку, це викликано передусім самою сутністю публічного порядку, який визначається історичними, соціально-економічними, політичними, етнокультурними та іншими факторами розвитку кожної конкретної правової системи. Оскільки ці умови є різними в залежності від геополітичного становища країни та змінюються з плином часу, майже неможливим виявляється сформулювати на рівні доктрини якийсь єдиний підхід до визначення змісту і функцій *ordre public* як соціально-правового явища.

Що ж стосується законодавчого застереження про публічний порядок, воно має на меті узагальнення доктринальних розробок і повинно у найзагальнішій формі втілювати правило щодо захисту національного правопорядку від можливих негативних наслідків застосування іноземного закону або визнання й виконання іноземного судового (арбітражного) рішення.

У сучасній доктрині та практиці застереження про публічний порядок найчастіше сприймається не як правило, а як виняток, тому воно підлягає обмежувальному тлумаченню. Ймовірно, це застереження найчастіше застосовуватиметься у таких сферах, як питання особистого статусу та сімейного права — з метою недопущення порушення основних прав та свобод людини. Менш вірогідним уявляється звернення до цього застереження у випадках, коли йдеться про міркування національної безпеки, питання оподаткування, валютного контролю тощо. Зокрема, зазначається, що у сфері зовнішньоторговельних операцій з продукцією військового призначення інтереси держави-продавця мають забезпечуватися не так застереженням про публічний порядок, як імперативними нормами матеріального права ⁴.

Аналіз світового досвіду законодавчих процесів у сфері публічного порядку засвідчив, що законодавці більшості країн світу схильні закріплювати це застереження у негативному варіанті (виключення застосування іноземних законів, що суперечать основам правопорядку країни суду). Такий підхід виявився оптимальним з погляду судової практики. Він дозволяє тлумачити поняття публічного порядку, виходячи з концепції права конкретної країни. З іншого боку, цей підхід свідчить про тенденцію до уніфікації підходів до регулювання питань *ordre public* на світовому рівні.

¹ Там само.

² Там само.

³ Див. Юридичний вісник України.— 2—8 березня 2000 р.— С. 29.

⁴ Див. Кудашкин В. В. Соотношение императивного и диспозитивного регулирования внешнеторговых сделок в сфере военно-технического сотрудничества // Журнал российского права.— 2001.— № 1.— С. 34.

V. I. Kysil

**THE ISSUES OF PUBLIC POLICY AND THE LEGISLATION
ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW**

The article is devoted to the basic approaches to scientific substantiation, legislative regulation and application by courts of the public policy (ordre public) clause — a means intended to restrict application of foreign laws in private legal relations containing a foreign element where the effects of such application may be harmful for the rule of law of the forum.