

ГОРДА Ю. І.,аспірант кафедри цивільного права
юридичного факультету
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

УДК 341.945

**АНАЛІЗ ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСТЕРЕЖЕННЯ
ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ**

У статті здійснена спроба аналізу такого досить суперечливого інституту міжнародного приватного права, як застереження про публічний порядок, через призму теоретичного та практичного (судової практики) підходів. Автор проілюстрував можливі шляхи ідентифікації даної категорії права на прикладі судової практики судів європейських держав та США. У роботі присвячено чимало уваги практиці застосування даної юридичної конструкції Верховним Судом України.

Ключові слова: публічний порядок, ідентифікація, конфліктне право, Верховний Суд України.

В статті предпринята попытка анализа такого достаточно противоречивого института международного частного права, как оговорка о публичном порядке, через призму теоретического и практического (судебной практики) подходов. Автор проиллюстрировал возможные пути идентификации данной категории права на примере судебной практики судов европейских государств и США. В работе посвящено немало внимания практике применения данной юридической конструкции Верховным Судом Украины.

Ключевые слова: публичный порядок, идентификация, конфликтное право, Верховный Суд Украины.

In this article the author has attempted to analyze very controversial institute of international private law: public order through theoretical and practical (court practice) points of view. The writer illustrated the possible ways of identification and distinction of this categories using the example of courts practice of European and USA courts. A lot of attention was dedicated to the practical application of public order by Supreme Court of Ukraine.

Key words: public order; identification, conflicts of law, Supreme Court of Ukraine.

Вступ. Реалізація опції автономії волі та застосування іноземного права в системі міжнародного приватного права є важливим принципом останнього. Проте слід відзначити, що важливим є забезпечення охорони національного правопорядку від негативних наслідків застосування іноземного права. Засобом такої охорони є застереження про публічний порядок. Особливу увагу привертає до себе тлумачення категорії публічного порядку в національній та зарубіжній судовій практиці.

Постановка завдання. Актуальність теми дослідження зумовлена досить низьким ступенем аналізу даної проблематики – надзвичайно складно віднайти роботу яка б була присвячена виключно питанню застосування застереження про публічний порядок в судовій практиці.



Стан дослідження. Аналіз питання застосування застереження про публічний порядок у судовій практиці здійснювали низка вітчизняних та зарубіжних дослідників колізійного права. Серед них варто згадати В. І. Кисіля, А.С. Довгерта, М. М. Богуславського, Ю. І. Богатіну, П'єра Майєра та інших.

Ціллю і завданням статті є визначення критеріїв розмежування, випадків застосування застереження про публічний порядок у практичній площині, а саме в практиці застосування національними та зарубіжними судовими органами.

Результати дослідження. Система конфліктного права є тією цариною права, де будь-які різкі зміни в підходах регулювання є досить небажаними. Адже йдеться про правові механізми, які виходять за межі однієї правової системи та є дорожніми вказівниками, за допомогою яких взаємодіють не тільки різні системи законодавства, а й різні правові сім'ї. Звичайно ж принципи міжнародного приватного права покликані забезпечити максимально ефективний, зручний та зрозумілий юридичний порядок регламентування міжнародних майнових та немайнових приватних відносин. Разом із цим ціла низка конструкцій конфліктного права мають делікатну та специфічну правову природу, що зумовлюють низку запитань, спірних моментів та потребують скрупульозного аналізу. Аби переконатись у цьому, варто звернутись до категорії публічного порядку в міжнародному приватному праві.

Конструкція публічного порядку займає особливе місце в системі конфліктного права в силу своєї невизначеності в аспекті практичного застосування. На рівні теоретичних досліджень в іноземній та у вітчизняній літературі застосування застереження про публічний порядок пов'язують із винятковими випадками, коли іноземні принципи регулювання правовідносин є явно несумісними з фундаментальними принципами національного правопорядку, що призводить або може призвести до деструкції останнього.

Вищеописане розуміння застереження про публічний порядок є свого роду кліше, яке використовується практично у всіх посібниках теорії міжнародного приватного права. Парадокс полягає в тому, що з точки зору науки конфліктного права вищезгадане визначення публічного порядку є абсолютно коректним. Але як тільки воно починає знаходити своє правозастосовне місце на практиці, виникає ціла низка запитань та непорозумінь.

У зв'язку з цим є сенс вкотре коротко перерахувати основні риси публічного порядку:

- включає в себе основоположні принципи, а не конкретні норми внутрішнього національного права, принципи моралі, що закладені в базисі внутрішньодержавного правопорядку, законних інтересів суспільства і держави;
- є інструментом міжнародного приватного права, що застосовується у виняткових випадках;
- підставою застосування застереження про публічний порядок є обґрунтований висновок про те, що застосування іноземного права призведе до наслідків, явно несумісних із внутрішньо 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 не порушення останнім публічного порядку;
- компетенцію на остаточну ідентифікацію та застосування застереження про публічний порядок має тільки суд/арбітраж.

Надзвичайно важливе значення має останній вищезгаданий пункт. Адже якщо в науці будь-який інститут права має детальний аналіз та описання, але немає належного механізму його застосування на практиці, то ефект теоретичних розробок дорівнює нулю. Як і в будь-якій сфері застосування, в даному випадку спрацьовує філософська формула: критерієм істини є практика.

Аби максимально доступно та нестандартно проілюструвати суть публічного порядку в системі конфліктного права, вважаємо за доцільне звернутись до роботи проф.



Мейесса, Абла Дж. (Mayss, Abla J), який у своїй книзі «Принципи конфліктного права» зазначає таке: «... Якими не були б підстави для застосування іноземного правопорядку, виникає питання, наскільки далеко і чи взагалі повинен застосовуватися публічний порядок Англії? Іншими словами, чи буде суд Англії забезпечувати виконання договору надання послуг повії, якщо такий договір є допустимим і дійсним відповідно до іноземного правопорядку? Чи буде суд забезпечувати виконання договору у відносинах работоргівлі, зважаючи на те, що такий договір є допустимим та дійсним відповідно до принципу *lex loci solutionis*? Суд Англії відмовить у застосуванні того правопорядку, який глумиться над сенсом справедливості чи гідності. Але перед тим як вчинити таку дію, суд зобов'язаний з'ясувати, наскільки іноземне право є релевантним у цілому. Звідси бере свій початок загальний принцип конфліктного права, що норма іноземного права, яка буде прийнятною до застосування відповідно до принципу *lex causae*, може бути непринятною (ігнорована), якщо її застосування буде суперечити публічному порядку» [12, р. 50].

На наше переконання, своїми контрастними прикладами Mayss, Abla J зумів дуже вдало відобразити саме ядро та функціональне призначення застереження про публічний порядок, не вдаючись до перерахування всіх теоретичних складових категорії публічного порядку.

Якщо ж мова зайшла про Англію та її правову систему, то варто нагадати, що тлумачення та порядок застосування застереження про публічний порядок у системі конфліктного права в цій державі повною мірою на себе взяли суди. Так, публічний порядок був предметом широкого тлумачення та причиною для відмови у виконанні договорів щодо обмеження у здійсненні торгівлі (справа *Rousillon v Rousillon* – 1880); договорів щодо обмеження справедливої конкуренції (*Regazzoni v Sethia* – 1958) та цілій низці інших кейсів.

Необхідно зауважити, що Англія є далеко не єдиною державою, де суди продукують деталізовані пояснення та обґрунтування щодо принципів ідентифікації та застосування публічного порядку у відносинах з іноземним елементом.

В якості короткого підсумку усього вищенаведеного впливає ствердний висновок, що за умов складної правової природи, з урахуванням іноземного досвіду, функцію тлумачення надзвичайно каучукової, непередбачуваної і настільки ж необхідної категорії з точки зору захисту національного правопорядку – публічного порядку – повинен виконувати суд. Саме органи судової влади покликані стояти на сторожі захисту національного правопорядку і недопущення його деструкції від потенційно неприйняттого ефекту іноземного права шляхом застосування механізму застереження про публічний порядок.

Тлумачення публічного порядку та імперативних норм Верховним судом України

Не вбачаємо жодної практичної доцільності в тому, аби вкотре звертатися до полеміки визнання чи не визнання судової практики джерелом права в Україні. Керуючись виключно практичною доцільністю, можна ствердно говорити про те, що акти вищих судових інстанцій, а тим більше Верховного суду України (далі – ВСУ), в обов'язковому порядку беруться до уваги судами всіх інстанцій, і саме вони визначають вектор та забезпечують монолітність судової практики в цілому, принаймні, повинні були б забезпечувати таку монолітність.

У зв'язку з даною обставиною на особливу увагу заслуговує Постанова Пленуму ВСУ від 24.10.2008 № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів». Так, у п. 9 Постанови суд вказав, що відносини між засновниками (учасниками) господарського товариства щодо формування його органів, визначення їх компетенції, процедури скликання загальних зборів та визначення порядку прийняття рішень на зборах регулюються положеннями ЦК України та Закону про господарські товариства. За своїм змістом ці норми є імперативними, а їх недотримання порушує публічний порядок.



Тобто ВСУ вказав на неможливість підпорядкування іноземному правопорядку відносин щодо формування та діяльності господарських відносин у силу того, що дані норми є імперативними. Такий підхід є досить типовим і для західноєвропейських країн та пов'язаний із захистом конкретних державних інтересів. Дане формулювання означає, що законодавство, яке визначає порядок формування органів господарських товариств, зареєстрованих на території України, становить особливий інтерес для держави, і ці національні норми не можуть бути усунені, замінені іноземним правопорядком. Таким чином ВСУ визначив неможливість застосування до даних правовідносин як колізійного методу, так і принципу автономії волі в силу їх імперативності.

Проте далі з незрозумілих причин ВСУ висловив позицію, що недотримання імперативних норм (щодо формування органів управління господарських товариств) призводить до порушення публічного порядку. Внаслідок такого умовиводу два сепаративні, незалежні інститути конфліктного права були поєднані та застосовані до одних і тих самих правовідносин. Із тлумачення суду випливає, що порушення імперативних норм автоматично призводить до порушення публічного порядку. Таке твердження є помилковим та призводить до змішування категорій публічного порядку та імперативних норм у системі конфліктного права і спотворює їх правову суть.

Варто нагадати, що імперативні норми та застереження про публічний порядок є абсолютно незалежними та самодостатніми інститутами міжнародного приватного права. Дані інструменти мають одну й ту саму спрямованість – недопущення застосування іноземного правопорядку з метою захисту національного правопорядку. Але ситуації, в яких вони повинні застосовуватися, є різними.

Подібність концепції публічного порядку і теорії імперативних норм дійсно має місце.

Разом із цим ідея публічного порядку, на відміну від інституту імперативних норм, стосується не конкретних норм законодавства, а основних принципів правопорядку конкретної правової системи.

Ідентифікація судом тільки принципової різниці між національним законом та іноземним у підходах регулювання одних і тих же відносин не може слугувати достатньою підставою для застосування застереження про публічний порядок. Такий варіант розвитку подій призвів би до заперечення можливості застосування іноземного права в цілому. Тому доцільно розглядати та говорити не про загальні відмінності в регулюванні правовідносин різними правопорядками, а про виняткові випадки, коли застосування іноземного правопорядку призведе до результату, явно несумісного з основоположними принципами національного правопорядку, та до підривання фундаменту останнього.

Повертаючись до п. 9 вищезгаданої Постанови № 13 ВСУ, зазначимо: стає очевидно, що ВСУ визначав конкретні норми законодавства, що повинні імперативно бути застосовані незалежно від колізійної прив'язки чи принципу автономії волі. І дійсно, законодавчі положення щодо відносин між засновниками (учасниками) господарського товариства щодо формування його органів, визначення їх компетенції, процедури скликання загальних зборів та визначення порядку прийняття рішень на зборах мають особливе значення для функціонування економічної системи держави. Тому ВСУ, визначивши особливу значущість національних норм, що регулюють дане коло правовідносин, абсолютно логічно вказав на їх імперативність. Тим самим це автоматично виключило можливість застосування принципу автономії волі в даній сфері корпоративних правовідносин і, як наслідок, – застосування іноземного правопорядку.

Разом із цим суд помилково вказав на те, що недотримання цих норм призводить до порушення публічного порядку. Адже дані інститути конфліктного права є самодостатніми, та застосування концепції імперативних норм вже виключає можливість застосування іноземного правопорядку і не потребує додаткового заходу у вигляді застосування застереження про публічний порядок. Більше того, застосування застереження про публічний



порядок є можливим тоді, коли застосовувана норма іноземного права призведе до результату, явно несумісного з національним публічним порядком. Тобто національному правопорядку буде нанесено деструктивний вплив щодо фундаментальних принципів, засад. При застосуванні застереження про публічний порядок йдеться про несумісність іноземного права з національними принципами правового регулювання.

Коли мова йде про застосування застереження про публічний порядок, то іноземне право не застосовується в силу невідповідності його положень фундаментальним принципам національного права, а не конкретній нормі (як у випадку з імперативними нормами). Тобто іноземне право несе в собі загальний деструктивний вплив на національне право і в силу цього не може бути застосоване. При таких обставинах не ідентифікується внутрішня конкретна імперативна норма(и) (як це було зроблено ВСУ), а фіксується факт несприйняття самого підходу до розуміння врегулювання відносин іноземним правопорядком. Порушення публічного порядку не призводить до автоматичного порушення імперативних норм і навпаки.

Усе вищенаведене ілюструє той факт, що ВСУ помилково вказав на порушення публічного порядку при недотриманні імперативних норм щодо формування органів управління господарських товариств, що зареєстровані на території України.

Вважаємо за доцільне наголосити на тому, що законодавства багатьох країн намагаються розкрити зміст категорії «публічний порядок» через такі ж невизначені категорії: «суспільно-політичний лад», «суспільна безпека», «добрі наміри», «основи суспільного устрою», «правові основи», «національна безпека» і «національний суверенітет» тощо. Тобто точне й об'єктивне сприйняття категорій, межі яких розмиті, визначення яких неконкретні, а в деяких випадках не піддаються конкретизації, та які несуть на собі тягар морально-етичного навантаження, а також їх використання на практиці проблематичні.

Звідси виникає проблема, що вимагає свого нормативно-правового вирішення і стосується як внутрішньодержавної, так і міжнародної правотворчості, коли міжнародні документи, міжнародні арбітражі й національні суди з публічно важливих питань відсилають до категорії «публічний порядок», не визначивши при цьому її поняття, склад, ознаки й інші необхідні характеристики, залишаючи все це на суб'єктивне сприйняття і розсуд судів чи інших органів конкретної держави. Тому кожна країна формує власний підхід і відношення до визначення й розуміння категорії «публічний порядок» [7, с. 45].

Варто зауважити, що тлумачення категорії публічного порядку ВСУ здійснив у постанові Пленуму від 24 грудня 1999 р. № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України». Так, у п. 12 цієї постанови зазначено, що під публічним порядком належить розуміти «правопорядок держави, визначальні принципи і засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)».

Опосередковані ознаки публічного порядку можна і потрібно виводити через призму п. 18 постанови Пленуму ВСУ від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними». Так, зазначено, що правочинами, які посягають на публічний порядок, є ті, що посягають на суспільні, економічні та соціальні основи держави, зокрема: правочини, спрямовані на використання всупереч закону комунальної, державної або приватної власності; правочини, спрямовані на незаконне відчуження або незаконне володіння, користування, розпорядження об'єктами права власності українського народу: землею як основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, її надрами, іншими природними ресурсами (ст. 14 Конституції України); правочини щодо відчуження викраденого майна; правочини, що порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених



в обігу об'єктів цивільного права тощо. Усі інші правочини, спрямовані на порушення інших об'єктів права, передбачені іншими нормами публічного права, не є такими, що порушують публічний порядок.

Тлумачення публічного порядку судовими інстанціями в іноземних державах на прикладі Російської Федерації.

У Російській Федерації (далі – «РФ») у квітні 2013 р. Президія Вищого арбітражного суду РФ опублікувала прийнятий ще в лютому того ж року Інформаційний лист № 156 щодо огляду практики про застосування практики із застосування арбітражними судами застереження про публічний порядок.

Чимало корисних правових орієнтирів щодо визначення публічного порядку було прописано в даному листі. На деяких із них є необхідність зупинити свою увагу. Так, у п. 1 Інформаційного листа сформульована широка дефініція публічного порядку – фундаментальні правові начала (принципи), котрі мають вищу ступінь імперативності, універсальності, особливої суспільної значимості, складають основу для побудови економічної, політичної, правової системи держави. Вказується й на те, що дії, які наносять шкоду суверенітету чи безпеці держави, зачіпають інтереси великих соціальних груп, порушують конституційні права і свободи приватних осіб, є такими, що порушують публічний порядок.

Досить цікаве положення закріплено п. 2 Інформаційного листа, де стверджується, що протидія корупції є основою не тільки вітчизняного, але й міжнародного правопорядку, оскільки заходи щодо попередження та боротьби з корупційними правопорушеннями закріплено на рівні міжнародних договорів. Тому примусове виконання рішення іноземного арбітражу, що передбачає стягнення неустойки за невиконанням договором, що був укладений в результаті комерційного підкупу, суперечить публічному порядку РФ.

Варто звернути увагу і на два фундаментальні принципи, про які Суд згадав у контексті застосування застереження про публічний порядок: (А) сторона, що заявляє про порушення публічного порядку, повинна обґрунтувати наявність такого порушення; (Б) визнання та виконання іноземного судового чи арбітражного рішення не може порушувати публічний порядок РФ тільки на тій підставі, що в РФ відсутні норми, аналогічні нормам застосованого іноземного права.

Висновки. Теоретичні підходи до розуміння публічного порядку в системі конфліктного права є досить усталеним. Разом із цим, як показує досвід іноземної судової практики, вищі органи судової влади беруть на себе тягар детального тлумачення та окреслення правових орієнтирів при ідентифікації категорії публічного порядку. Вважаємо, що є необхідність у наданні ВСУ якщо не окремого роз'яснення, присвяченого тлумаченню публічного порядку, то хоча б постанови, де б одним із питань розкривалися принципи застосування та ідентифікації застереження про публічний порядок українськими судами. Адже, як проілюстровано вище, практика застосування застереження про публічний порядок самим ВСУ викликає низку запитань.

Список використаних джерел:

1. Ануфриева Л.П. Международное частное право : Общая часть : учебник : в 3 т. – М. : БЕК, 2001. – Т. 1. – С. 219.
2. Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. – М. : Устав, 2010. – 408 с.
3. Богуславский М.М. Международное частное право / М.М. Богуславский. – М. : Юрист, 2004. – 604 с.
4. Довгерт А. С. Международное частное право : Общая часть: учебник / А.С. Довгерт, В.И. Кисиль. – Киев, 2012. – С. 217–219.
5. Казаченко С.В. Противоречие публичному порядку как особая категория оснований вмешательства государства в международный коммерческий арбитраж /



С.В. Казаченко [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/protivorechie-publichnomu-poryadku-kak-osobaaya-kategoriya-osnovaniy-vmeshatelstva-gosudarstva-v-mezhdunarodnyu-kommercheskiy>.

6. Крупчан О. Міжнародні стандарти категорії «публічний порядок» у сфері міжнародного комерційного арбітражу та її визначення у законодавстві та правозастосовній практиці України / О. Крупчан [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.info-prensa.com/article-825.html>.

7. Морозова Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве (понятие и современный порядок применения) : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Ю.Г. Морозова. – М., 2001. – 158 с.

8. Павлова Н. Основание для применения оговорки – нарушение фундаментальных ценностей / Н. Панова [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.eg-online.ru/article/202551/>

9. Про практику розгляду судами корпоративних спорів : Постанова Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2008 р. № 13 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-08>.

10. Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений : Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 156 // Вестник ВАС РФ. – 2013. – № 5. – С. 42–47.

11. Mayer, Mandatory Rules of Law in International Arbitration, 2 Arb. Intl 274, 274–75 (1986).

12. Mayss, *Abla J Principles of conflict of laws*–3rd ed – (Principles of law series). The Glass House, Wharton Street, London WC1X 9PX, United Kingdom, 1999. – P. 50.

