

Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право

УДК 341.9

Михайло Латинський *

ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК ЯК КОМПЛЕКСНА КАТЕГОРІЯ В СУЧАСНОМУ
МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

У статті досліджуються підходи до розуміння категорії публічного порядку та причини їх виникнення й еволюції в юридичній науці та практиці. Автор резюмує, що публічний порядок у сучасній доктрині міжнародного приватного права може розглядатися одночасно як інститут міжнародного приватного права, інститут законодавства, правовий засіб колізійного регулювання (застереження), принцип міжнародного приватного права та вчення в рамках доктрини міжнародного приватного права.

Ключові слова: публічний порядок, міжнародне приватне право, колізійні норми, *ordre public*, застосування зарубіжного права.

Латинський М. Э. Публичный порядок как комплексная категория в современном международном частном праве.

В статье исследуются подходы к пониманию категории публичного порядка и причины их возникновения и эволюции в юридической науке и практике. Автор резюмирует, что публичный порядок в современной доктрине международного частного права может рассматриваться одновременно как институт международного частного права, институт законодательства, правовое средство коллизионного регулирования (оговорка), принцип международного частного права и учение в рамках доктрины международного частного права.

Ключевые слова: публичный порядок, международное частное право, коллизионные нормы, *ordre public*, применение иностранного права.

Latynskiy M. E. Public policy as a complex category in modern private international law.

The article explores approaches to understanding the category of public policy and the reasons for their emergence and evolution in legal science and practice. The author summarizes that public policy in the modern doctrine of private international law can be viewed simultaneously as an institution of private international law, an institution of legislation, a legal means of conflict of laws regulation (as a clause), the principle of private international law and doctrine within the framework of the lore of private international law.

Keywords: public policy, private international law, conflict of laws rules, *ordre public*, application of foreign law.

Постановка проблеми. Розуміння публічного порядку в сучасній доктрині МПрП складається під впливом загальних уявлень про публічний порядок у праві. А вже сьогодні це поняття використовується не лише наукою МПрП та правозастосовчою практикою при розгляді і вирішенні спорів з іноземним елементом, але й в інших аспектах, які інколи мають навіть позаправовий контекст. Тому першочерговим завданням є окреслення рамок щодо розуміння публічного порядку в сучасному міжнародному приватному праві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останніми роками відзначається посилення інтересу науковців до ключових категорій міжнародного приватного права, однією з яких, безумовно, виступає вчення про публічний порядок (*public policy, ordre public*). Дослідженню вказаної проблематики присвячені праці таких українських та зарубіжних вчених, як: А. В. Асосков, Є. В. Бабкіна, В. В. Балдинюк, Є. Д. Боярський, В. І. Жеков, В. І. Кисіль, М. Лодж, О. М. Нагуш, О. В. Перова, С. О. Юлдашев та ін. При цьому комплексного вивчення публічного порядку як багатоаспектної категорії досі немає.

Таким чином, завданням статті є проведення вичерпного наукового аналізу сутності публічного порядку в сучасній доктрині МПрП та причин його виникнення.

Виклад основного матеріалу дослідження. Аналіз сучасних правових, політологічних та соціологічних джерел дозволяє зробити висновок, що поняття «публічний порядок» використовується у таких значеннях:

публічний порядок як стан впорядкованості державно-правових відносин у галузі реалізації державної політики (передусім у сфері адміністративно-розпорядчих відносин) [1, с. 43; 2, с. 11];

публічний порядок як імперативне правило, що виключає реалізацію домовленостей сторін, закріплених у приватноправовому контракті;

публічний порядок як принцип, на основі якого оцінюється можливість застосування зарубіжного права;

публічний порядок як принцип, на основі якого оцінюється можливість реалізації приписів юрисдикційних актів зарубіжних судових та арбітражних установ.

У першому значенні публічний порядок увібрав у себе аспекти різних галузей діяльності та відображає комплексне розуміння в контексті державно-правового устрою окремої країни. У цьому відношенні найбільш близьким, на наш погляд, до розуміння публічного порядку є Мартін Лодж, який визначив публічний порядок як заснований на національних соціальних, політичних, культурних та інших особливостях устрій конкретної країни (спільноти), що дозволяє його членам задовольняти свої власні інтереси, зберігаючи свою внутрішню ідентичність, з одного боку, та, будучи відкритими до сприйняття зовнішніх впливів, з іншого [3, с. 278–280]. З такої точки зору публічний порядок є результатом еволюції певної національної спільноти, яка на відповідному етапі організувалася в державно-правове утворення, делегувавши повноваження по управлінню та забезпеченню її співжиття, спеціально створеним для цього органам (державним чи комунальним). Основною функцією таких органів якраз і є забезпечення сталості розвитку та самоідентичності такої спільноти й підтримання існуючого стану її розвитку і функціонування. Звісно, уряди, поряд із функцією «служіння», часто намагаються досягати власних політичних цілей, однак це не повинно здійснюватися за рахунок нівелювання та ігнорування (або взагалі порушення) базових соціальних цінностей та потреб такої спільноти. У такому разі ми маємо справу з порушенням публічного порядку. Аналогічним чином розвиток та еволюція життєвих процесів такої спільноти не повинні відбуватися за рахунок грубого імплементації «чужих» зовнішніх моделей, які конфронтують із внутрішнім публічним порядком. Адже це викликає соціальну напругу, яка виливається в конфлікт і протистояння, а це не сприяє процесам розвитку.

Таке тлумачення публічного порядку в ряді країн знаходить свою реалізацію навіть у судових рішеннях. Наприклад, у справі *Marbury v. Madison* суд дійшов висновку, що публічний порядок був підставою для скасування наказів міської адміністрації [4]. Те ж саме можна спостерігати у справах *U.S. v. Procter & Gamble Co.* [5], *Owen v. City of Independence* [6], *Malley v. Briggs* [7] та інших.

Три інших значення публічного порядку пов'язані зі здійсненням державної політики у сфері охорони й підтримання правопорядку. Тобто, досить умовно можна стверджувати, що публічний порядок як інструмент обмеження здійснення договірних прав та обов'язків за контрактами, застосування іноземного права та виконання рішень іноземних судів та арбітражів лежить у площині реалізації державою та її органами правотворчої, правоохоронної та правозахисної функції. Враховуючи таку багатогранність публічного порядку, ученим-юристам завжди було досить складно сформулювати дефініцію цього терміну, а існуючі визначення часто не враховують усіх аспектів публічного порядку як поняття юридичного, однак полігалузевого за своїми проявами. Класичним визначенням публічного порядку, широко цитованим у західній юридичній літературі та прецедентній практиці, була і на сьогодні продовжує залишатися дефініція, сформульована Лордом Труро у справі *Egerton v. Brownlow*: «публічний порядок – це «принцип права», згідно з яким жоден суб'єкт не може законно робити те, що має тенденцію до того, щоб завдати шкоди суспільству, або спрямоване проти громадського блага, який можна називати [...] політикою права або публічним порядком в розумінні реалізації права (*administration of the law*)» [8].

Розвиваючи думки Лорда Труро, вчені продовжували формулювати визначення, які з тією чи іншою відмінністю зводилися до того ж змісту, який Лорд Труро влучно сформулював у 1853 році. Наприклад, відомий дослідник публічного порядку П. Вінфілд визначає публічний порядок у праві як «принцип юридичного правотворення або тлумачення, заснований на поточних потребах громади (суспільства)» [9, с. 92].

Таким чином, учені та юристи-практики принаймні одностайні у тому, що публічний порядок є принципом права, мета якого полягає у тому, щоб охороняти відносини та правопорядок, встановлений і запроваджений у межах певної спільноти (країни та/або групи країн чи інших державно-правових утворень). Як влучно відзначила сучасний дослідник публічного порядку Ю. Г. Морозова, більшість правових норм, будучи елементами правової системи окремої держави, є продуктом та результатом низки національних, моральних, ідеологічних, соціальних та інших особливостей формування конкретної спільноти. А тому такий устрій не може враховувати особливості, притаманні іншій спільноті, яка формувалася під впливом відмінних, часто протилежних національних, моральних, ідеологічних, соціальних та інших особливостей формування. Тому в механізмі правозастосування правова норма, яка реалізовується в умовах іноземного правового поля, може стати «чужорідним тілом, яке не вписується у правопорядок цієї іноземної країни» та може потягнути за собою порушення і дестабілізацію його базових засад [10, с. 33]. Складність полягає лише у тому, що якщо в рамках публічного права при врегулюванні публічно-правових відносин базові фундаментальні засади, які складають основу публічного порядку, визначити простіше в силу імперативного характеру норм, що регулюють такі відносини, то при регулюванні приватноправових відносин та вирішенні приватноправових спорів такі базові засади часто визначити досить складно. Більше того, враховуючи те, що вирішення приватноправових спорів засновується на принципах змагальності та диспозитивності, сторони та їх представники, діючи в інтересах клієнтів, та, намагаючись перемогти у спорі, доволі часто вкладають у зміст публічного порядку те, що насправді не властиве цьому поняттю, та не належить до фундаментальних засад державного, соціального й іншого устрою. Проте, беручи до уваги, що при врегулюванні приватноправових відносин публічний порядок завжди передбачає необхідність здійснення прав та обов'язків за «іноземними» контрактами, застосування іноземних правових норм чи реалізацію юрисдикційних актів іноземних судів або арбітражів, у юриспруденції, а передусім в науці МПРП, уже склалося більш-менш чітке уявлення про публічний порядок як юридичну категорію, його зміст та правові наслідки застосування.

Як відомо, перші спроби дослідити публічний порядок у межах міжнародного приватного права традиційно пов'язують з іменами Дж. Сторі, Ф. К. фон Савінї та Р. Манчіні. Джозеф Сторі публічний порядок пов'язував з інтересами нації та її суверенітетом. Іноземне втручання, вважав вчений, навіть у межах визнання іноземного права, є втручанням у суверенітет країни. Суверенітет лежить в основі повноважень, наданих нації в сучасних міжнародних відносинах, і його сутність охоплює повний та абсолютний контроль над внутрішніми справами країни [11, с. 235–236].

Видатний німецький юрист Фрідріх Карл фон Савінї публічний порядок вивчав через дослідження колізій, пов'язаних із застосуванням законодавства декількох держав [12, с. 54]. Такі колізійні проблеми, на думку вченого, повинні вирішуватися через двосторонні колізійні норми, і застосування визначеного таким чином права є невід'ємним обов'язком держав, покладеним на них внаслідок існування «міжнародної спільноти націй, які вступають у взаємовідносини між собою». Разом із тим існують винятки, що зумовлені причинами морального характеру та необхідністю захисту публічного інтересу. Фрідріх К. фон Савінї виділяв дві категорії таких винятків, зокрема:

закони, які за своєю природою є суто позитивними, імперативними, а тому несумісними з тією свободою правозастосування, яка не враховує обмежень окремих держав;

правові інститути іноземної держави, існування яких не визнається в іншій державі та які, таким чином, не мають права на захист у своїх судах [13, с. 34].

Саме в межах другої групи винятків і виявляється сучасне розуміння публічного порядку, а також простежується перша в міжнародному приватному праві спроба поділу

норм публічного порядку на норми внутрішнього публічного порядку (*ordre public interne*) та міжнародного публічного порядку (*ordre public international*). Зазначені та низка інших висновків на сьогодні дозволяють справедливо вважати вченого родоначальником доктрини публічного порядку в європейському МПрП [14, с. 285].

Значний внесок у розвиток публічного порядку зробив також Паскуале Манчіні, сформулювавши власні ідеї щодо вирішення колізій законів та застосування «*ordre public*» у своїх працях. Відповідно до його теорії існує окремий набір правил, створених для захисту публічного порядку, і такі правила застосовуються стосовно кожного, хто перебуває на території держави, незважаючи на національний закон особи [15, с. 16–64]. Таким чином, П. Манчіні веде мову про імперативний характер публічних законів та законів публічного порядку (*droit public et lois d'ordre public*) – норм, що виражають основоположні моральні й економічні ідеї держави – які не можуть бути порушені іноземними державними актами та судовими рішеннями, вимогами або угодами приватного характеру [16, с. 131]. Пізніше погляди названих вчених були розвинуті іншими дослідниками континентальної Європи: у Франції – А. Вейсом, Ю. Валері та А. Пілле; у Бельгії – Ф. Лареном та А. Ролін; у Нідерландах – Т. Ассером та Д. Йозефусом Джиттою; Е. Цительманном і Л. Вон Баром – у Німеччині, а також італійськими (П. Есперсон, П. Фіоре) та швейцарськими вченими (Ч. Брочер і Ф. Мейлі).

Підсумуючи наведені міркування щодо публічного порядку, слід відзначити, що більшість учених того часу розглядали публічний порядок 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» [17, с. 212]. Лише німецька доктрина використовувала термін «*Vorbehaltsklausel*», обґрунтований та запроваджений Е. Цительманном, який сприймався не як щось абстрактне, а як конкретна правова норма у вигляді нормативного правила про незастосування іноземного права [18, с. 319–430].

Європейські кодифікації кінця XIX – початку та середини XX століття закріпили публічний порядок як норму права у вигляді застереження (англ. «*public policy exception*», франц. «*l'exception ordre public*», нім. «*vorbehaltsklausel*»). Разом із тим порядок застосування та критерії для визначення норм, які складають публічний порядок, знову ж таки належало встановлювати з допомогою судового чи доктринального тлумачення. А тому, попри велику роботу навколо пошуку таких критеріїв, яка була проведена вченими, законодавцями та суддями різних країн у XX столітті, досі не сформовано єдино прийнятного та чіткого бачення умов застосування застереження про *ordre public*. У кожному випадку основне питання, з яким стикається правозастосовчий орган – обсяг поняття «публічний порядок». Водночас деякі базові загальні принципи реалізації публічного порядку, спільні для більшості держав, все ж можна виділити.

По-перше, питання публічного порядку виникають у зв'язку із відмінностями у національних системах права та необхідністю екстериторіального застосування іноземного права або виконання рішень іноземних судів чи арбітражів на території іноземних держав.

По-друге, публічний порядок використовується у двох випадках: 1) з метою обмеження або виключення застосування іноземного права; 2) з метою відмови у визнанні та приведенні до виконання рішень, постановлених іноземним судом чи арбітражем.

По-третє, застосування публічного порядку з метою обмеження або виключення застосування іноземного права завжди пов'язане із дією колізійних норм; публічний порядок як інститут обмеження дії іноземних правових норм отримує реалізацію лише у разі, якщо до таких правових норм відсилає відповідна колізійна норма, яка підлягає застосуванню до конкретних відносин, ускладнених іноземним елементом.

По-четверте, обмеження (виключення) застосування іноземного права завжди є результатом правозастосування, який базується на тому, що правозастосовчий орган, оцінюючи наслідки застосування іноземного права та/або «визнання суб'єктивних прав, що виникли під дією іноземного закону» [17, с. 213], доходить висновку, що таке застосування та/або визнання несумісне з основами правопорядку, прийнятими в країні, де має відбутися таке застосування чи визнання прав.

По-п'яте, зміст терміну «публічний порядок» у законодавстві різних країн зводиться переважно до того, що це основи правопорядку, які стосуються основних засад побудови та функціонування державної влади, а також порядку здійснення, охорони і захисту основних прав, свобод та інтересів суб'єктів права й настання несприятливих наслідків у зв'язку з допущеними правопорушеннями.

По-шосте, суб'єктом застосування застереження про публічний порядок може бути суд або інший юрисдикційний орган, наділений компетенцією визначення та застосування іноземного права на підставі колізійних норм та обмеження у такому застосуванні (арбітраж, третейський суд). Це положення особливо важливе з огляду на поширений у літературі підхід, що єдиним суб'єктом застосування застереження про публічний порядок є суд [19, с. 2–4].

Висновки. Підсумовуючи сказане, слід відзначити, що публічний порядок (*public policy, ordre public*) у сучасній доктрині МПрП може розглядатися в кількох значеннях: 1) як інститут міжнародного приватного права; 2) як інститут законодавства; 3) як правовий засіб колізійного регулювання (застереження); 4) як принцип МПрП; 5) як вчення в рамках доктрини МПрП.

Як інститут міжнародного приватного права публічний порядок складає сукупність норм права, дія яких спрямована на обмеження (виключення) застосування іноземного права та/або актів іноземних судових органів чи арбітражів у випадку, коли їх реалізація суперечить основним засадам правопорядку країни місця суду.

Публічний порядок може також розглядатися як інститут законодавства, тобто як сукупність правових норм, що врегульовують відносини, пов'язані із застосуванням застереження про публічний порядок та правовими наслідками такого застосування.

Щодо третього значення публічного порядку як правового засобу колізійного регулювання слід відзначити, що у цьому контексті публічний порядок варто розглядати як конкретний механізм, який дозволяє суду (арбітражу) виключити застосування іноземного права та/або відмовити у визнанні й приведенні до виконання іноземного судового рішення чи рішення арбітражу (застереження). При цьому публічний порядок, втілюючись у нормі права – застереженні, виступає засобом правового регулювання, який врегульовує відповідні відносини на основі механізму обмеження дії іноземного права чи відмови у визнанні та виконанні іноземних судових (арбітражних) рішень, надаючи правозастосовчому органу повноваження для застосування таких обмежень.

Як принцип МПрП публічний порядок означає базові, вихідні засади правопорядку, порушення яких через застосування іноземного права чи визнання та виконання рішень іноземних судів (арбітражів) є неприпустимим.

Публічний порядок як вчення в рамках доктрини МПрП – це сукупність вчень, концепцій, поглядів, гіпотез, положень і висновків про сутність публічного порядку в МПрП, механізм його правового регулювання та порядок застосування відповідних правових норм, а також наслідки такого правозастосування.

Список використаних джерел:

1. Dye Thomas R. *Understanding public policy*. Englewood Cliffs. N.J.: Prentice Hall, 1992. 383 pp.

2. Вільгушинський М.Й. Категорія «публічна влада» у сучасній інтерпретації: нотатки до наукової дискусії. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2013. № 3. С. 8–13.

3. Martin Lodge. *Comparative Public Policy. Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*. Ed. By Frank Fischer, Derald J. Miller, Mara S. Sidney. New York: CRC Press, 2007. P. 273–288.

4. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>

5. *United States v. Procter & Gamble Co.*, 356 U.S. 677 (1958). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/677/>

6. *Owen v. City of Independence*, 445 U.S. 622 (1980). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/622/case.html>

7. Malley v. Briggs, 475 U.S. 335 (1986). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/475/335/>
8. Egerton v. Earl of Brownlow: HL (1853). URL: <http://swarb.co.uk/egerton-v-earl-of-brownlow-hl-1853/>
9. Winfield P.H. Public policy in the English Common Law. *Harvard Law Review*. 1928. Vol. 42. P. 92–93.
10. Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2001. 158 с.
11. Story J. Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic. Boston : C. C. Little and J. Brown, 1846. 877 pp.
12. Макаров А. Н. Основные начала международного частного права. М. : Книгодел, 2005. 151 с.
13. Savigny F. C. von A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time. Edinburgh: T. & T. Clark, 1869. 435 pp.
14. Dolinger J. Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. The Hague : Martinus Nijhoff Publishers, 2000. Vol. 283. P. 187–512.
15. Mancini P.S. Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università de Torino nel dì 22 gennaio 1851. *Jayme E. Della nazionalita*. Turin : Eredi Botta, 1851. P. 16–64.
16. Pillet A. De L'ordre Public en Droit International Privé. Paris, Sirey/Grenoble, Joseph Allier ; 1890. 391 pp.
17. Кисіль В. І. Питання публічного порядку і законодавче регулювання в міжнародному приватному праві. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія»*. К. : Academia, 2001. Том 19, Спеціальний випуск : у двох частинах. Частина 1. 299 с.
18. Zitelmann E. Internationales Privatrecht. Leipzig: Duncker & Humblot, 1912. 1108 p.; Zitelmann E. Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologischjuristische Untersuchung. Leipzig : Duncker & Humblot, 1879. 642 p.
19. Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. М.: Волтерс Клувер, 2004. 160 с.

*** Латинський Михайло Едуардович – аспірант Хмельницького університету управління та права.**

Стаття надійшла до редакції 1 серпня 2018 р.