

Іван Ємець

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, м. Харків

ПУБЛІЧНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК У МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРАХ ПРО ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ

Ivan Yemets

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

PUBLIC-LEGAL SIGNIFICANCE OF PUBLIC ORDER CLAUSE IN INTERNATIONAL AGREEMENTS ON LEGAL ASSISTANCE IN CIVIL CASES

The article deals with a study of modern application of a public order clause in international treaties on legal assistance in civil cases. The special attention is paid to a question of the legal contents of this clause from the point of view of the law of international treaties. It is proved that in modern international and internal law there is no clear understanding of the concept of "public order" that effects legal uncertainty in definition of the international legal bases for non-execution of an international treaty by a state in interests of observance of a public order. In article it is suggested the inexpediency to use a public order clause at bilateral international treaties, and also about existence of a legal collision between a public order clause and article 27 of the Convention on the right of international treaties.

Key words: of a public order clause, international legal assistance, international treaties on legal assistance, Convention on the right of international treaties.

Договори про міжнародну правову допомогу є одним із важливих напрямів міждержавного співробітництва в правовій сфері. Однією з особливостей міжнародних договорів про правову допомогу в цивільних справах є "застереження про публічний порядок" (*ordre public*, *public policy*, *Vorbehaltsklausel*). Застосування цього застереження і розуміння його змісту є складним і суперечливим як у правовій доктрині, так і в практиці.

Правова природа та зміст застереження про публічний порядок у договорах про правову допомогу зазвичай досліджується в працях з міжнародного приватного права, що обумовлює відповідний кут зору та пріоритети, що обирають автори. Серед українських дослідників цього питання, зокрема, можна зазначити таких, як: В. І. Кисіль, О. О. Крупчан, І. І. Тріска, В. В. Левицька та ін. Водночас оцінку застереження про публічний порядок з точки зору міжнародного публічного права в цих договорах вітчизняні дослідники майже не проводили, чого не можна сказати про представників зарубіжних наукових шкіл (О. Н. Романова, О. А. Махмудова, Т. Н. Нешатаєва).

Метою даної статті є з'ясування особливостей змісту застереження про публічний порядок у договорах про міжнародну правову допомогу, його тлумачення державами, а також міжнародно-правових наслідків застосування цього застереження з точки зору права міжнародних договорів.

Як у правовій теорії, так і в практиці відсутня чітка межа щодо віднесення правової категорії "публічного порядку" до сфери міжнародного публічного чи міжнародного приватного права. Загалом концепція публічного порядку й не є концепцією приватного права, а належить до загальноправових понять. Вона однаково може бути застосованою й у сфері публічного права. Зокрема, існує очевидний зв'язок категорії національного публічного порядку з правом міжнародних договорів. Це вимагає більш чіткого з'ясування умов її застосування в праві міжнародних договорів, зокрема під час виконання договору про правову допомогу в цивільних справах або як правової підстави його невиконання.

Відтак застереження про публічний порядок може мати приватноправовий і публічно-правовий зміст, а отже, приватноправові й публічно-правові наслідки. Не випадково у Франції, де, власне, появився вислів "публічний порядок", було запропоновано використовувати більш чітке формулювання: "публічний порядок у сенсі міжнародного приватного права". Сутність

застереження полягає в тому, щоб обмежити дію власної колізійної норми, виключивши застосування іноземного закону в разі, якщо його застосування несумісне з публічним порядком країни суду.

Не вдаючись до приватноправового змісту застереження, спробуємо зрозуміти публічно-правове значення цієї правової категорії. У договорах відповідне застереження розміщується у статтях під назвою "Відмова в правовій допомозі", "Відмова або відстрочка в наданні допомоги" чи подібних або супроводжується словами "в застосуванні права... може бути відмовлено" чи "правова допомога... не надається". Про що це свідчить? З точки зору міжнародного публічного права застереження про публічний порядок є однією з договірних підстав невиконання державою-сторонаю своїх зобов'язань за міжнародним договором. Вбачається, що з огляду на міжнародне публічне право це означає, що держава не буде визнаватися порушником міжнародного договору в разі наявності доведених нею умов, що загрожують порушити її публічний порядок.

Принцип "pacta sunt servanda" є одним з основоположних у міжнародному праві. Відповідно, право міжнародних договорів установлює максимальні правові гарантії, що здатні забезпечити дотримання цього міжнародного зобов'язання. Загальне міжнародне право фактично *майже* не містить умов, за яких держава мала б право не виконувати своїх міжнародно-правових зобов'язань, за винятком визнання договору нечинним або нікчемним. Але в цих випадках ставиться під сумнів сам факт вільного волевиявлення. Так само в міжнародному праві максимально унеможливлено вплив внутрішнього права на виконання договірних міжнародно-правових зобов'язань. Відповідно до Конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.: "Учасник не може посилається на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору" (ст. 27)¹. А. Н. Талалаєв називає норму ст. 27 "важливою складовою принципу "pacta sunt servanda"², яку включено до Конвенції з метою "виключити можливість держав посилається на своє внутрішнє право задля виправдання невиконання ними прийнятих на себе міжнародних договірних зобов'язань"³. Необхідність розглядати ст. 27 разом зі ст. 46 Конвенції зайвий раз підкреслює особливе її значення для гарантування дотримання принципу "pacta sunt servanda". Тому "застереження про публічний порядок" є одним із небагатьох випадків, коли сам міжнародний договір містить норму, що надає стороні договору визнати підставою для невиконання нею міжнародного договору "публічний порядок", що беззаперечно включає також і внутрішньодержавне законодавство. У цьому сенсі висловлені сумніви щодо відповідності "застереження" Віденській конвенції про право міжнародних договорів виглядають цілком доречними: "Відкритим лишається питання про співвідношення цього принципу з основоположним принципом, на якому базується право міжнародних договорів: pacta sunt servanda"⁴.

Але чим є насправді публічний порядок з точки зору практичної юриспруденції? Наскільки зрозумілим є договірно-правовий припис про право сторони договору відмовити у виконанні доручення з посиланням на "суперечність публічному порядку"? Правова природа договору передбачає чіткість та зрозумілість його тексту. Вчення про міжнародний договір як про джерело права з чітко висловленою згодою держав є широко визнаним у доктрині міжнародного права⁵. Наприклад, А. Н. Талалаєв пише: "Реальність волі й узгодженість державних воль у міжнародному договорі виявляються саме в його тексті"⁶. Проте недоліки тексту міжнародного договору не є рідкісними. У цьому сенсі В. Г. Буткевич зазначає, що більшість міжнародних договорів є результатом компромісу, "але часто це досягається за рахунок чіткості, ясності формулювання"⁷. Наслідком цього є зниження якості договірно-правового регулювання. Типовим прикладом такої

1 Віденська конвенція про право міжнародних договорів 1969 року (прийнята 23 травня 1969, набрала чинності 27 січня 1980). *Офіційний сайт Верховної Ради України*.
<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_a04>.

2 *Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий* (1997). Москва: Юрид. лит., 67.

3 *Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий* (1997). Москва: Юрид. лит., 69.

4 Романова, О. Н. (2011). Некоторые вопросы применения оговорки о публичном порядке как основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений. *Право в современном белорусском обществе*: сб. науч. тр. Нац. центр законодательства и правовых исслед. Республика Беларусь; Минск: Бизнесофсет, 6, 287-295.

5 Буткевич, В.Г., Мицик, В.В., Задорожній, О.В. (2002). *Міжнародне право. Основи теорії*. Київ: Либідь, 113.

6 *Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий*. (1997). Москва: Юрид.лит., 88.

7 Буткевич, В.Г., Мицик, В.В., Задорожній, О.В. (2002). *Міжнародне право. Основи теорії*. Київ: Либідь, 117.

термінологічної недосконалості є, на нашу думку, "застереження про публічний порядок" у договорах про правову допомогу в цивільних справах.

Проблема полягає в закріпленні в міжнародному договорі чітко невизначеної і до кінця незрозумілої правової підстави невиконання міжнародного договору. Непоодинокі дослідження та оцінки концепції "публічного порядку" в різних країнах свідчать саме про це. Як зазначає О. Крупчан, "зміст категорії "публічний порядок" нерідко розкривається через такі само невизначені, як вона сама, категорії: "суспільно-політичний лад", "суспільна безпека", "добрі наміри", "основи суспільного устрою", "правові основи", "національна безпека" і "національний суверенітет" тощо"¹. А. Aust, торкаючись цього вельми складного питання в монографії, присвяченій сороковій річниці Конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., і пояснюючи в цьому зв'язку поняття публічного порядку в системі common law, стверджує, що концепція "публічного порядку" розвивається через судову практику і "стосується правових актів, які визнаються судом шкідливими для суспільного блага, і це може змінюватися з плином часу. І це зовсім не є політикою певного британського уряду"². Про вельми широкі межі розуміння поняття "публічний порядок" писав Дж. Чешир у своєму знаменитому курсі міжнародного приватного права. Він, зокрема, звертав увагу на існування декількох підходів до розуміння публічного порядку, називаючи "континентально-європейську доктрину публічного порядку" та "англійську доктрину". Про "континентально-європейську доктрину публічного порядку" він казав як про надто широко сформульовану, і небезпека цього полягає в тому, що "вона буде служити надто легким приводом для застосування lex fori, підриваючи таким чином основну функцію міжнародного приватного права". "Англійську доктрину публічного порядку" Дж. Чешир хоч і вважав дещо кращою, але і вона "вселяє деякі підозри"³. Можна стверджувати, таким чином, що саме поняття змісту публічного порядку є переважно доктринальним, не має чіткого законодавчого закріплення і тому є досить складним і навіть суперечливим.

Але найбільш небезпечним у "застереженні про публічний порядок" є небезпека його наповнення замість юридичного політичним змістом, що суперечить розумінню міжнародного договору за п. 1а ст. 2 Конвенції про право міжнародних договорів 1969 р.: "договір" означає міжнародну угоду, укладену між державами в письмовій формі й регульовану міжнародним правом, незалежно від того, чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох пов'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування". Ця небезпека не є уявною. Йдеться про існуючу в деяких державах тенденцію до так званого розширеного тлумачення категорії "публічний порядок", на що звертають увагу фахівці як з міжнародного публічного права, так і міжнародного приватного права. Показовими є і практичні приклади такого підходу. Так, значний резонанс і занепокоєння учасників зовнішньої торгівлі з юридичними особами з Російської Федерації викликала відмова арбітражних судів виконати рішення Міжнародного Арбітражного Суду при Міжнародній Торговельній Палаті про стягнення з відкритого акціонерного товариства "Красный Якорь" з міста Нижній Новгород майже 45 000 доларів США боргу на тій підставі, що це буде суперечити публічному порядку Росії, оскільки може призвести до банкрутства стратегічного господарюючого товариства.

У чому, на нашу думку, полягає небезпека розширеного тлумачення "публічного порядку". Передусім таке розширене тлумачення виходить далеко за межі "правового порядку" в певну площину невизначеності. Так, за словами Ю. Г. Морозової, до змісту публічного порядку часом включають основи економічного або політичного ладу держави⁴. В. В. Саюнов звертає увагу на застосування в договорах про правову допомогу понять "основи правопорядку" и "основи моральності" та вбачає, що "їх важко застосовувати на практиці з огляду на їх невизначеність"⁵. З цим важко не погодитись. Можна, зокрема, звернутися і до практики Європейського суду з прав

1 Крупчан, О. (2011). Міжнародні стандарти категорії «публічний порядок» у сфері міжнародного комерційного арбітражу та її визначення у законодавстві та правозастосовній практиці України. *Право України*, 1. <<http://www.info-prensa.com/article-825.html>> (2015, травень, 15).

2 Aust, A. (2011). *Modern Treaty Law and Practice*. New York. Cambridge University Press, 56.

3 Чешир, Д., Норт, П. (1982). *Международное частное право*. Москва: Прогресс, 157.

4 Морозова, Ю.Г. (2000). Отказ в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: основания публичного характера. *Вестник ВАС РФ*, 7, 146.

5 Саюнов, В.В. (2011). Оговорка о публичном порядке как основание признания сделки недействительной. <conf.sfu-kras.ru/sites/mn2010/pdf/10/91a.pdf> (2015, травень, 15).

людини, який наполягає на неможливості єдиного загальноєвропейського розуміння поняття "мораль"¹. Але в Ухвалях від 8 червня 2004 р. № 225-О² і від 8 червня 2004 р. 226-О³ Конституційний Суд Російської Федерації, наприклад, дійшов висновку, що застереження про "основи моральності" не є невизначеними і забезпечують однакове розуміння і застосування відповідних положень законодавства. За словами О. Н. Романової, "у багатьох договорах про правову допомогу застереження про публічний порядок конкретизується"⁴, що на практиці суттєво його розширює. Як приклад можна навести Угоду про правову допомогу між Республікою Білорусь і Китайською Народною Республікою від 11 січня 1993 р., де в п. 5 ст. 21 зазначено, що у визнанні й виконанні судового рішення може бути відмовлено, якщо визнання чи виконання рішення може завдати шкоди суверенітету, безпеці або суспільному порядку Сторони, до якої звернуто клопотання. О. А. Махмудова на підставі аналізу застосування "застереження про публічний порядок" зазначає: "Застосування застереження повинно спиратися не на політичні інтереси, а на правові основи"⁵. Л. П. Ануфрієва додає, що "публічний порядок не можна уявляти у вигляді якоїсь абстракції, відірваної від чинного законодавства, принципів права, а також у цілому правових норм конкретної держави"⁶. Подібної думки дотримується О. Крупчан, зазначаючи, що в багатьох країнах "намагаються розкривати зміст категорії «публічний порядок» через такі само невизначені, як вона сама, категорії... межі яких розмиті, визначення яких неконкретні, а в деяких випадках не піддаються конкретизації, та які несуть на собі тягар морально-етичного навантаження. Їх точне й об'єктивне сприйняття, а також використання на практиці проблематичні"⁷. Однак, на думку Т. Н. Нешатаєвої, розширювальний підхід нині є все-таки найбільш поширеним: елементами сучасного національного правопорядку (публічного порядку) зазвичай називають: 1) основоположні принципи національного права; 2) основоположні принципи моралі, що є характерними для суспільства і які отримали своє відображення в релігійних, історичних традиціоналістських соціальних нормах⁸.

Врешті, дослідники цього питання роблять одночасно суто протилежні висновки. Та сама О. Н. Романова, з одного боку, беззаперечно приєднується до критиків "розширеного тлумачення змісту публічного порядку", а з іншого – погоджується з тим, що "норми моралі, так само, як і економіко-політичні фактори, беззаперечно, впливають на побудову правової системи держави"⁹, таким чином, погоджуючись, по суті, з включенням моралі й політичної економії до складу публічного порядку.

Беручи до уваги вищезазначене, можна погодитись з авторами, які задаються питанням про доцільність або доречність посилання про публічний порядок у двосторонніх міжнародних

1 *Handyside v. the United Kingdom* (Application no. 5493/72), Judgement, Strasbourg, 7, December 1976.

<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{)> (2015, травень, 15).

2 *Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Ново-Уфимский нефтеперерабатывающий завод» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 169 Гражданского Кодекса Российской Федерации и абзацем третьим пункта 11 статьи 7 Закона Российской Федерации «О налоговых органах Российской Федерации» (определение)* 2004 (Конституционный Суд Российской Федерации). <<http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=5762>> (2015, травень, 15).

3 *Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Уфимский нефтеперерабатывающий завод» на нарушение конституционных прав и свобод статьей 169 Гражданского Кодекса Российской Федерации и абзацем третьим пункта 11 статьи 7 Закона Российской Федерации «О налоговых органах Российской Федерации» (определение)* 2004 (Конституционный Суд Российской Федерации). <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_49667/> (2015, травень, 15).

4 Романова, О.Н. (2011). Некоторые вопросы применения оговорки о публичном порядке как основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений. *Право в современном белорусском обществе*: сб. науч. тр. Нац. центр законодательства и правовых исслед. Республика Беларусь. Минск: Бизнесофсет, 6, 287-295.

5 Махмудова, О.А. Принцип оговорки о публичном порядке (на примере Азербайджана и Турции). <education.law-books.ru/shop/5.../5-9-10-18.doc> (2015, травень, 15).

6 Ануфрієва, Л.П. (2000). *Международное частное право. В 3-х т. Т. 1: Общая часть*. Москва: БЕК, 225.

7 Крупчан, О. (2011). Міжнародні стандарти категорії «публічний порядок» у сфері міжнародного комерційного арбітражу та її визначення у законодавстві та правозастосовній практиці України. *Право України*, 1. <<http://www.info-pressa.com/article-825.html>> (2015, травень, 15).

8 Нешатаєва, Т.Н. (2004). *Международное частное право и международный гражданский процесс*: учебный курс: в 3 ч. Москва: ОАО «Изд. дом "Городец"», 78.

9 Романова, О.Н. (2011). Некоторые вопросы применения оговорки о публичном порядке как основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений. *Право в современном белорусском обществе*. Республика Беларусь. Минск: Бизнесофсет, 6, 287-295.

договорах¹ і навіть вважають, що "застосування застереження порушує свободу волевиявлення сторін"², з висловленими думками про те, що застереження про публічний порядок повинно застосовуватися в сучасних умовах "більш обмежено"³. У цілому доречною виглядає думка О. Н. Романової про те, що "виконання... державами взятих на себе міжнародних зобов'язань повинно базуватися на основоположному принципі міжнародного права *pacta sunt servanda*: кожний чинний міжнародний договір є обов'язковим для його учасників і вони повинні добросовісно його виконувати (ст. 26 Віденської конвенції ООН «Про право міжнародних договорів» від 23 травня 1969 р.). Учасник не може посилається на положення свого внутрішнього права як на підставу для невиконання ним договору (ст. 27 Віденської конвенції від 23 травня 1969 р.). Таким чином, "держава, яка прийняла на себе зобов'язання за міжнародним договором, повинна виконати ці зобов'язання незалежно від положень свого законодавства"⁴.

Таким чином, можна стверджувати, що відсутність у сучасному міжнародному та внутрішньодержавному праві чіткого розуміння змісту поняття "публічний порядок" спричиняє правову невизначеність у з'ясуванні міжнародно-правових підстав невиконання державою окремих норм міжнародного договору з огляду на необхідність дотримання публічного порядку. Цілком очевидно є наявність правової колізії між застереженням про публічний порядок у договорах про міжнародну правову допомогу в цивільних справах і ст. 27 Конвенції про право міжнародних договорів. У цьому сенсі сумніви щодо відповідності застереження згаданих Конвенції виглядають цілком доречними.

References

1. Anufrieva, L. P. (2000). *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. V 3-kh t. T. 1: Obshchaja chast'*. Moskva: BEK.
2. Aust, A. (2011). *Modern Treaty Law and Practice*. New York: Cambridge University Press.
3. Butkevich, V. G., Micik, V. V., Zadorozhnyj, O. V. (2002). *Mizhnarodne pravo. Osnovi teorii*. Kiiv: Libid'.
4. Cheshire, D., Nort, P. (1982). *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo*. Moskva: Progress.
5. *Handyside v. the United Kingdom* (Application no. 5493/72), Judgement, Strasbourg, 7, December 1976. <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{)> (2015, травень, 15).
6. Krupchan, O. (2011). Mizhnarodni standarti kategorii «publichnyj porjadok» u sferi mizhnarodnogo komercijnogo arbitrazhu ta ii viznachennja u zakonodavstvi ta pravozastosovnij praktici Ukraini. *Pravo Ukraini*, 1. <<http://www.info-prensa.com/article-825.html>> (2015, traven', 15).
7. Makhmudova, O. A. Princip ogovorki o publichnom porjadke (na primere Azerbajdzhana i Turcii). <education.law-books.ru/shop/5.../5-9-10-18.doc> (2015, traven', 15).
8. Monastyrskij, JU. EH. (1998). *Ponjatje «ordre public» v mezhdunarodnom chastnom prave. Rossijskij ezhegodnik mezhdunarodnogo prava*. Sankt-Peterburg.
9. Morozova, JU. G. (2000). Otkaz v priznanii i privedenii v ispolnenie inostrannykh sudebnykh i arbitrazhnykh reshenij: osnovanija publichnogo kharaktera. *Vestnik VAS RF*, 7, 146.
10. Neshataeva, T. N. (2004). *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo i mezhdunarodnyj grazhdanskij process: uchebnyj kurs: v 3 ch*. Moskva: OAO «Izd. dom "Gorodec"».
11. *Ob otkaze v prinjatii k rassmotreniju zhaloby otkrytogo akcionernogo obshchestva «Novo-Ufimskij neftepererabatyvajushchij zavod» na narushenie konstitucionnykh prav i svobod stat'ej 169 Grazhdanskogo Kodeksa Rossijskoj Federacii i abzacem tret'im punkta 11 stat'i 7 Zakona Rossijskoj Federacii «O nalogovykh organakh Rossijskoj Federacii» (opredelenie) 2004* (Konstitucionnyj Sud Rossijskoj Federacii). <<http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=5762>> (2015, traven', 15).
12. Romanova, O. N. (2011). Nekotorye voprosy primenenija ogovorki o publichnom porjadke kak osnovanija dlja otkaza v priznanii i privedenii v ispolnenie inostrannykh sudebnykh reshenij. *Pravo v sovremennom belorusskom obshchestve*. Respublika Belarus'; Minsk: Biznesofset, 6, 287-295.
13. Sajunov, V. V. (2011). Ogovorka o publichnom porjadke kak osnovanie priznanija sdelki nedejstvitel'noj. <conf.sfu-kras.ru/sites/mn2010/pdf/10/91a.pdf> (2015, traven', 15).
14. *Venskaja konvencija o prave mezhdunarodnykh dogovorov. Kommentarij* (1997). Moskva: Jurid. lit.
15. Videns'ka konvencija pro pravo mizhnarodnykh dogovoriv 1969 roku (priijnata 23 travnja 1969, nabrala chinnosti 27 sichnja 1980). *Oficijnij sajt Verkhovnoi Radi Ukraini*. <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_a04>.

1 Махмудова, О.А. Принцип оговорки о публичном порядке (на примере Азербайджана и Турции). <education.law-books.ru/shop/5.../5-9-10-18.doc> (2015, травень, 15).

2 Махмудова, О.А. Принцип оговорки о публичном порядке (на примере Азербайджана и Турции). <education.law-books.ru/shop/5.../5-9-10-18.doc> (2015, травень, 15).

3 Монастырский, Ю.Э. (1998). Понятие «ordre public» в международном частном праве. *Российский ежегодник международного права*. Санкт-Петербург, 158.

4 Романова, О.Н. (2011). Некоторые вопросы применения оговорки о публичном порядке как основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений. *Право в современном белорусском обществе*. Минск: Бизнесофсет, 6, 287-295.