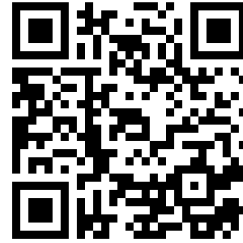




DOI 10.37491/UNZ.77.7
УДК 341.945



Михайло ЛАТИНСЬКИЙ¹

МЕХАНІЗМ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК ЯК ПІДСТАВИ ОБМЕЖЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Аналізуються питання сутності та особливостей реалізації на практиці механізму застосування застереження про публічний порядок (ordre public, public policy) як підстави для обмеження дії норм іноземного права у міжнародному приватному праві. Автор стверджує, що запровадження уніфікованого механізму застосування застереження про публічний порядок як підстави обмеження дії іноземного права відповідає інтересам як міжнародної спільноти, так і окремих держав. Джерелами визначення складових елементів механізму є нормативні акти (міжнародні й національні) та судова (арбітражна) практика. На основі їх вивчення резюмується, що механізм застосування застереження про публічний порядок є складним правовим засобом, належне функціонування якого неможливе без виконання юрисдикційним органом попередніх дій зі звернення до колізійної прив'язки та пошуку (і частково аналізу) норм матеріального права, до яких перша відсилає. Встановлено, що підставою для застосування застереження про публічний порядок, з метою обмеження дії норм іноземного права, в країні суду виступає порушення публічного порядку держави. Дискусії виникають з приводу норматив-

¹ аспірант,

Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова,
m.latynskiy@gmail.com,
<https://orcid.org/0000-0001-5355-8356>.



ного закріплення та особливостей встановлення у правозастосовній діяльності умов, наявність яких дозволяє юрисдикційному органу застосувати застереження. Вказані умови, хоча і можуть розглядатись відокремлено одна від одної, функціонують як єдине ціле, формуючи взаємопов'язану систему обмежень та принципів, покликаних гарантувати дотримання судом мінімальних змістовних та формальних вимог для застосування застереження про публічний порядок. До умов застосування застереження у випадках виключення або обмеження дії норм іноземного права традиційно належать: 1) суперечність публічному порядку не може констатуватись судом на підставі невідповідності або відмінності іноземної правової норми від положень, що становлять публічний порядок країни суду — суперечити останнім повинні наслідки застосування іноземної норми; 2) несумісність згаданих наслідків повинна бути, з одного боку, явною та, з іншого — достатньо і послідовно обґрунтованою судом або арбітражем; 3) відмінність правової, політичної або економічної систем відповідної іноземної держави від систем держави суду не може слугувати обґрунтуванням для відмови в застосуванні права іноземної держави.

Ключові слова: публічний порядок, колізійні норми, міжнародне приватне право, *lex fori*, юрисдикційний орган.

Ефективність застосування застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві пов'язана не лише з гнучкістю визначення правового змісту *ordre public*. Подібно до будь-якого іншого правового засобу реалізація застереження про публічний порядок у правозастосовній діяльності суду (арбітражу) потребує встановлення на нормативному та/або прецедентному рівні відповідного механізму, взаємоузгодженого порядку дій, вчинюваних юрисдикційним органом для прийняття рішення про необхідність чи недопустимість застосування застереження про публічний порядок у конкретній правовій ситуації.

Такий механізм повинен враховувати виключний характер застереження про публічний порядок, гарантуючи встановлення суддею (арбітром) всіх необхідних для його застосування умов. У зв'язку з цим, останні в науковій літературі розглядаються як обмеження, спрямовані на забезпечення екстраординарності застереження про публічний порядок [1, с. 91; 2, с. 208; 3, с. 4], або ж як принципи, врахування яких має гарантувати дотримання балансу приватного і публічного під час застосування застереження в контексті дії загальних механізмів колізійного права [4, с. 747; 5, с. 104].

Окремі аспекти проблематики дослідження вивчались у працях українських та зарубіжних вчених, зокрема таких представників юридичної думки, як: Є. Д. Боярський, Ф. Годосі, Ю. І. Горда, А. Дікінсон, В. І. Кисіль, С. А. Курочкін, М. М. Мальський, Ю. Г. Морозова, О. В. Новікова, А. А. Степанюк та інші. При цьому досі відсутнє узагальнене розуміння механізму застосування застереження про публічний порядок у



міжнародному приватному праві як підстави для відмови у застосовуванні положень іноземного права, до яких здійснюється відсилання згідно з колізійними прив'язками.

Таким чином, *метою цієї статті* є формулювання змісту та характерних рис механізму застосування застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві в контексті обмеження застосування юрисдикційним органом норм іноземного права.

На противагу закріпленню єдиного підходу до встановлення правового змісту категорій *ordre public interne* та *ordre public international*, запровадження уніфікованого механізму застосування застереження про публічний порядок як підстави обмеження дії іноземного права відповідає інтересам як міжнародної спільноти, так і окремих держав. Саме поступове наближення різних правопорядків у питанні визначення критеріїв та механізму застосування застереження про публічний порядок під час обмеження дії норм іноземного права дозволяє забезпечити відносну передбачуваність правового регулювання, з одного боку, мінімізуючи можливі негативні наслідки застосування публічного порядку як «найбільш непередбачуваного аспекту глобального судочинства» [6, с. 698], а, з іншого, — забезпечуючи збереження таких важливих характеристик публічного порядку, як функціональність та здатність до розвитку [7, с. 128].

Запропоноване судження є справедливим і в інших сферах застосування застереження про публічний порядок. Так, М. М. Мальський зазначає, що у зв'язку з тим, що ні міжнародним законодавством, ні національним законодавством України достатньо чітко не визначено зміст та критерії застосування категорії публічного порядку, це зумовлює низку проблем у транснаціональному виконавчому процесі, зокрема відсутність уніфікованої практики визнання та виконання рішень; відсутність передбачуваності судового процесу; втрата довіри до судової системи України та ін. [8, с. 80].

Джерелами визначення складових елементів механізму є нормативні акти (міжнародні й національні) та судова (арбітражна) практика, що загалом пов'язано з неодноразово підкреслюваним дослідниками прецедентним характером застосування застереження про публічний порядок [5, с. 133; 9, с. 17; 10, с. 70]. Такий підхід, незважаючи на висловлювання на початку минулого століття протилежних та часто ідеологічно забарвлених позицій [11, с. 73–74; 12], сьогодні можна вважати загально-визнаним. Не слід виключати й важливості доктринальних напрацювань у цій сфері, що синтезують положення правових приписів і висновки юрисдикційних органів, формуючи комплексну картину взаємодії підстав та умов застосування застереження про публічний порядок у контексті обмеження (виключення) дії норм іноземного правопорядку в країні суду (місці арбітражу) у тісному взаємозв'язку з відповідними діями та рішеннями уповноваженого органу правозастосування.

Передумовою для «активації» механізму застосування застереження про публічний порядок, з метою обмеження або виключення застосування іноземного права, є необхідність екстериторіального застосування норм іноземного права, що пов'язана з дією колізійних норм. Це твердження



впливає і з самої правової природи та змісту негативного публічного порядку як категорії міжнародного приватного права. У разі, якщо колізійна норма відсилає до іноземного права, компетентний юрисдикційний орган зобов'язаний дати оцінку наслідкам застосування останнього (та/або наслідкам визнання суб'єктивних прав, що виникли на основі норм іноземного права) з погляду їх сумісності з публічним порядком. На цьому етапі, лише після колізійного відсилання [13, с. 11], попереднього вибору застосовного права [14, с. 679; 15, с. 26; 16, с. 166] та встановлення його змісту [17, с. 215], і слід вести мову про визначення підстав та умов для застосування застереження про публічний порядок.

Так, ще П. Лагард наголошував на тому, що для застосування застереження суддя повинен:

1) звернутись, у першу чергу, до іноземного, а не національного закону;

2) дослідити конкретні обставини застосування цього іноземного закону, враховуючи виключність застереження про публічний порядок;

3) застосувати наслідки суперечності норми іноземного права публічному порядку [18, с. 2] (якщо для цього були встановлені необхідні підстави та умови — Л. М.).

А. А. Степанюк слушно резюмує, що дія застереження про публічний порядок полягає в незастосуванні колізійної норми вітчизняного права, а відтак уникнення використання небажаної матеріальної норми іноземного права, замість якої будуть залучені до правового регулювання матеріальні норми країни суду [19, с. 155] (або інше *proper law* — Л. М.).

Таким чином, механізм застосування застереження про публічний порядок є складним правовим засобом, належне функціонування якого неможливе без виконання юрисдикційним органом попередніх дій зі звернення до колізійної прив'язки та пошуку (і частково аналізу) норм матеріального права, до яких перша відсилає. Уповноважена особа повинна провести порівняльний аналіз наслідків застосування іноземного права та імперативних норм, за результатами якого, якщо приписи зарубіжного правопорядку визнаються такими, що суперечать імперативній нормі (яка є елементом публічного порядку), застосувати останню [15, с. 26]. Дж. Скармен також наголошує на тому, що перед тим як застосувати правило про публічний порядок, англійський суд повинен врахувати відповідне іноземне право в цілому, а тому розуміння публічного порядку завжди буде залежати від «розсудливості» або «совісті суду» [20, с. 698].

З іншого боку, за результатами безпосереднього застосування застереження постає нова проблема — встановлення інших матеріальних норм, що повинні регулювати спірні відносини, не порушуючи при цьому публічного порядку держави. Враховуючи сказане, припускаємо, що механізм застосування застереження можна розглядати у широкому (включаючи передумови та наслідки) та вузькому значеннях. Зосередимось на останньому з них, проаналізувавши послідовність дій, рішень, а також характер діяльності суду в контексті встановлення й обґрунтування застосування застереження.



Зрозуміло, що підставою для застосування застереження про публічний порядок, з метою обмеження дії норм іноземного права, в країні суду виступає порушення публічного порядку держави. Дискусії виникають з приводу нормативного закріплення та особливостей встановлення у правозастосовній діяльності умов, наявність яких дозволяє юрисдикційному органу застосувати застереження. Вказані умови, хоча і можуть розглядатись відокремлено одна від одної, функціонують як єдине ціле, формуючи взаємопов'язану систему обмежень та принципів, покликаних гарантувати дотримання судом мінімальних змістовних та формальних вимог для застосування застереження про публічний порядок.

До умов застосування застереження у випадках виключення або обмеження дії норм іноземного права традиційно належать:

1) суперечність публічному порядку не може констатуватись судом на підставі невідповідності або відмінності іноземної правової норми від положень, що становлять публічний порядок країни суду — суперечити останнім повинні наслідки застосування іноземної норми;

2) несумісність згаданих наслідків повинна бути, з одного боку, явною («конкретною», «очевидною», «грубою», «наочною», «особливо шкідливою», «серйозною», «нетерпимою», «відразливою для публічного порядку» [21], «явно згубною для публічного блага» [22, с. 188]) та, з іншого — достатньо і послідовно обґрунтованою судом або арбітражем;

3) відмінність правової, політичної або економічної систем відповідної іноземної держави від систем держави суду не може слугувати обґрунтуванням для відмови в застосуванні права іноземної держави.

Попри загально визнаність наведених умов, вони знаходять неоднакове нормативне закріплення перш за все національних правових актах. Натомість у міжнародних документах помітна тенденція до уніфікації. Так, в актах, розроблених у рамках роботи Гаазької конференції з міжнародного приватного права, застереження про публічний порядок закріплюється такі формулювання:

1) «У кожній з Договірних Держав застосування права, визначеного цією Конвенцією, може бути виключено з мотивів публічного порядку» (ст. 6 Конвенції про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу товарів від 15 червня 1955 року [23]);

2) «У застосуванні права, визначеного відповідно до цієї Конвенції, може бути відмовлено, лише якщо таке застосування буде явно несумісним з публічним порядком» (ст. 10 Конвенції про право, що застосовується до відповідальності виробника від 2 жовтня 1973 р. [24], ст. 17 Конвенції про право, що застосовується до договорів про представництво від 14 березня 1978 р. [25], ст. 18 Конвенції про право, що застосовується до трастів та їх визнання від 1 липня 1985 р. [26], ст. 18 Конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів від 22 грудня 1986 р. [27], ст. 18 Конвенції про право, що застосовується до спадкування нерухомого майна померлих осіб від 1 серпня 1989 р. [28] та ін.).

Детальніше застереження про публічний порядок торкаються Гаазькі Принципи, що стосуються вибору права в міжнародних комерційних



договорах 19 березня 2015 р. [29]. Визначається, що суд може виключити застосування правової норми, обраної сторонами лише у випадку, якщо її застосування буде явно несумісним із фундаментальними засадами публічного порядку місця суду (ч. 3 ст. 11). При цьому закон місця суду визначає, коли суд може або повинен застосовувати або враховувати публічний порядок держави, право якої буде застосовуватись у випадку відсутності вибору права. Також ці Принципи не повинні перешкоджати арбітражному суду в застосуванні або врахуванні публічного порядку, якщо від арбітражу вимагається або він наділений правом застосовувати застереження про публічний порядок.

Таким чином, можна констатувати поступове розширення змісту умов застосування застереження про публічний порядок, кристалізацію та уніфікацію їх розуміння у Гаазьких конвенціях та інших актах, що стосуються вибору застосовного права. В офіційному коментарі до Гаазьких Принципів, що стосуються вибору права в міжнародних комерційних договорах, наголошується: якщо наведені в них обмеження застосування застереження про публічний порядок не будуть розкриті наведеним чином (забезпечуючи виключність застосування застереження), це може негативно вплинути на реалізацію принципу автономії волі сторін [29].

Ці твердження справедливі і щодо Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань від 19 червня 1980 р. [30] та наступних регламентів Європейського парламенту і Ради ЄС, зокрема Регламенту (ЄС) № 593/2008 про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань (Рим I) від 17 червня 2008 р. [31], Регламенту (ЄС) № 864/2007 щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань (Рим II) від 11 липня 2007 р. [32], Регламенту (ЄС) № 4/2009 про юрисдикцію, застосовне право, визнання та виконання рішень та співробітництво у питаннях, що стосуються аліментних зобов'язань від 18 грудня 2008 р. [33] та ін. Так, ст. 21 Регламенту Рим I встановлює, що у застосуванні вказаного цим Регламентом положення права будь-якої держави може бути відмовлено лише в тому випадку, якщо таке застосування є явно несумісним з публічним порядком країни суду.

Кодекс міжнародного приватного права (Кодекс Бустаманте) від 20 лютого 1928 р. [34] формулює застереження про публічний порядок подібним чином, хоча і не містить вказівки на явність (очевидність) порушення. У ст. 8 Кодексу визначено, що права, які надаються відповідно до правил цього Кодексу, мають повну екстериторіальну дію у Договірних державах, крім випадків, коли будь-який з їх результатів або наслідків суперечить нормі міжнародного публічного порядку.

За результатами вивчення нормативних положень, що закріплюють умови застосування застереження про публічний порядок у національному законодавстві європейських держав, можна виділити такі підходи:

1) умови застосування застереження не закріплюються, встановлюється лише вказівка на суперечність застосування норм іноземного права публічному порядку як підстави звернення до застереження (ч. 3 ст. 12 Цивільного кодексу Іспанії [35], ст. 12 Закону Угорщини «Про міжнародне



приватне право» [36], ст. 1099 Цивільного кодексу Республіки Білорусь [37], ч. 1 ст. 21 Цивільного кодексу Португалії [38]);

2) закріплення лише несумісності наслідків (результату) застосування норм іноземного права з публічним порядком (ст. 6 Закону Австрії «Про міжнародне приватне право» [39], ст. 17 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» [40], ст. 7 нового Закону Польщі «Про міжнародне приватне право» [41]);

3) втілення в нормативних приписах двох ключових умов: явної несумісності публічному порядку наслідків застосування іноземного права (ст. 6 Вступного закону до Німецького цивільного уложення [42], абз. 1 ст. 45 Кодексу міжнародного приватного права Болгарії [43], ст. 6 Цивільного кодексу Нідерландів [44], § 4 Закону Чехії «Про міжнародне приватне право» [45], ч. 1 ст. 21 Закону Бельгії «Про кодекс міжнародного приватного права» [46], ст. 6 Закону Хорватії «Про міжнародне приватне право» [47]);

4) доповнення попередніх двох умов вказівкою на те, що відмова в застосуванні права іноземної держави не може ґрунтуватися лише на відмінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від держави місця суду (ч. 2 ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право» [48], ч. 2 ст. 1193 Цивільного кодексу Російської Федерації [49]).

Деякі з наведених норм актів внутрішнього законодавства торкаються й деяких інших принципів та особливостей застосування застереження про публічний порядок. До прикладу, ст. 6 Вступного закону до Німецького цивільного уложення (*EGBGB*) додатково визначає, що будь-яка норма іноземного права тим більше не застосовується, якщо її застосування несумісне з основними правами. Коментуючи положення ст. 6 *EGBGB* Ганс-Юрген Зоненберген визначає, що воно дозволяє суддям утриматись від застосування правил зарубіжного правопорядку, які мали б бути застосовані у відповідній справі на користь національних фундаментальних принципів, саме за дотримання наведених умов [50]. Стосовно ж зазначених у статті фундаментальних прав, підкреслюється, що їх порушення в розумінні ст. 6 відбувається лише за суттєвої внутрішньої важливості конфлікту і лише в таких справах національні цінності та принципи повинні володіти пріоритетом над зарубіжними правовими актами [51, с. 93].

Кодекс міжнародного приватного права Болгарії йде навіть далі, визначаючи в абз. 2 ст. 45 критерії оцінки несумісності іноземної норми публічного порядку країни суду: враховуються обставини ступеня зв'язку відносин з болгарським правовим порядком та важливістю наслідків застосування іноземного права. Лише після встановлення вказаної несумісності застосовується інше відповідне положення цього ж іноземного права, а якщо такого немає — положення болгарського права, якщо це необхідно для регламентації відносин. Такі ж вимоги щодо встановлення невідповідності іноземної правової норми встановлені ч. 2 ст. 21 Закону Бельгії «Про кодекс міжнародного приватного права». Положенням § 4 Закону Чехії «Про міжнародне приватне право» визначаються й наслідки



застосування застереження, серед яких — невизнання відповідних відносин, що виникли закордоном або відповідно до іноземного права. В. І. Кисіль звертає увагу й на ст. 19 Федерального Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право», яка передбачає, що суддя повинен враховувати іноземний публічний порядок. Така ситуація, цитуючи вченого, можлива, наприклад, «коли третя держава в галузі договорів встановлює спеціальні норми, які стосуються валюти, імпорту чи експорту [17, с. 217].

Хоча не можна говорити про встановлення на основі вищевикладеного однозначних закономірностей формування передумов та причин закріплення того чи іншого підходу, окремі висновки все ж можуть бути зроблені.

По-перше, в деяких випадках відсутність законодавчого закріплення умов застосування застереження про публічний порядок пов'язується з відносною давністю прийняття нормативного акта (Іспанія, Португалія), коли процеси наближення правового регулювання питань звернення до публічного порядку ще не набули сучасних форм, а доктрина міжнародного приватного права не здійснювала настільки значного впливу на законотворення.

По-друге, звернувшись до наведеного вище нормативного закріплення умов застосування застереження про публічний порядок у законодавстві Німеччини, Болгарії та Бельгії, можна сформулювати деякі рекомендації щодо розуміння явної несумісності іноземної правової норми з публічним порядком. Так, мають значення важливість (значимість) і характер наявного спору для встановлення його несумісності з основами правопорядку країни суду, обставини, що вказують на ступінь його зв'язку з *lex fori*, серйозність наслідків застосування норми права іншої держави.

У світлі цього слід погодитись з А. Н. Жильцовим, який стверджує, що за своїм функціональним призначенням механізм публічного порядку виконує роль коригування механічного застосування традиційних методів колізійних прив'язок, які ґрунтуються на абстрактних з'єднувальних факторах, за допомогою яких визначення застосовного права відбувається заздалегідь без урахування наслідків, що можуть виникнути внаслідок застосування іноземного права в конкретній справі [52, с. 96].

По-третє, як резюмує Є.Д. Боярський, обмеження щодо неможливості застосування застереження про публічний порядок на основі відмінностей у правових, політичних або економічних системах між державами, на законодавчому рівні, окрім України, існує лише у кількох постсоціалістичних країнах (серед яких, крім вказаної нами Російської Федерації, — також Вірменія, Киргизька Республіка, Республіка Казахстан, Республіка Узбекистан), що, на думку дослідника, «скоріше свідчить про те, що в більшості держав світу органи правозастосування не були схильні реалізувати певні зовнішньополітичні інтереси держави і культура застосування застереження про публічний порядок була більш високою». З цього можемо зробити висновок про факультативний характер цієї умови, її ро-



зуміння та врахування *a priori* в сучасних умовах розвитку міжнародного приватного права розвинених держав.

Висловлена позиція тісно пов'язана й із загальним розвитком цивілізованих взаємовідносин між державами. У світлі цього Ю. Г. Морозова до принципів застосування застереження про публічний порядок відносить також презумпцію початкової справедливості й застосовності іноземної норми, що засновується на «поважному» ставленні до всіх правових інститутів інших країн та до іноземного права взагалі. Логічним наслідком цього принципу, на думку вченої, якраз постає неможливість застосування застереження винятково через відмінності політичної або економічної систем держави, а також оцінки конкретних положень (змісту) іноземної норми [5, с. 107].

Загалом, слід констатувати розроблення на доктринальному та прецедентному рівнях допоміжних критеріїв для встановлення умов застосування застереження про публічний порядок, поруч з кореспондуючими їм принципами. О. М. Нагуш, відштовхуючись від висновку про, перш за все, соціальну, а не правову природу категорії публічного порядку, стверджує, що в кожному конкретному випадку вирішення питання про застосування іноземного права має здійснюватись з погляду категорій всієї системи внутрішньодержавних відношень: як зачіпаються інтереси держави, який вплив здійснюється на ці інтереси, чи можна внаслідок такого впливу вивести систему з рівноваги та ін. [53, с. 261]. Відповісти на ці запитання можливо якраз шляхом встановлення, чи є наслідки застосування іноземних норм права явно несумісними з публічним порядком країни суду.

При цьому характеристика наслідків застосування норми права іноземної держави як «явно несумісних» з публічним порядком сама по собі є такою, що не піддається чіткому визначенню чи класифікації. У кожному конкретному випадку, залежно від предмета спору, застосовуваних норм (інститутів) права та інших обставин, правозастосовний орган самостійно визначатиме, чи має місце вказана явна несумісність. Так, у контексті застосування застереження про публічний порядок у справах щодо захисту від недобросовісної конкуренції, Б. Ю. Ребриш вказує на те, що «з погляду відповідності іноземного законодавства основам права України, вітчизняний суд, враховуючи обставини справи, має самостійно оцінити, наскільки значним є каральний характер цивільно-правової відповідальності порушника щодо відповідальності, передбаченої в нашій державі» [54, с. 69–70]. У літературі встановлення наслідків дії іноземного права для визначення необхідності застосування застереження розглядається також як принцип «оцінки шкоди» від застосовного права для інтересів правопорядків, які зіштовхуються у правовідносинах [55, с. 119–120].

Необхідно знову наголосити на тому, що мова йде про явну несумісність результатів вибору та дії іноземної норми, а не її змісту як такого. Ф. Москоні підкреслює, що «під мікроскопом» слід розглядати не іноземну правову норму у світлі її відповідності чи суперечності основним принципам країни суду, а *наслідки*, до яких призведе застосування цієї норми [56, с. 61]. Розвиваючи цю думку, С. В. Крохалев висловлює позицію,



що лише наявність в іноземному праві положення, яке суперечить публічному порядку, ще не означає, що застосування такого положення буде автоматично виключатись — потрібно, щоб «шокуючий характер» такого припису отримав своє конкретне втілення. При цьому автор додає, що інколи може виявитись, що хоча іноземний закон сам по собі не суперечить національному публічному порядку, але його застосування в обставинах конкретної справи виявляється з ним несумісним [57, с. 224]. Явна несумісність повинна бути доведена та належно обґрунтована юрисдикційним органом. На думку І. Н. Звягіної, така вимога явної несумісності зобов'язує суд вимагати докази, щоб переконатися, що вона має безсумнівний характер, гарантуючи безсумнівну впевненість суддів у тому, що застосування норм іноземного права призведе до результату, недопустимого з погляду української правосвідомості [58, с. 27].

Безпосередньо пов'язаним з наведеними твердженнями є й принцип недопустимості відмови в застосуванні іноземного права з мотивів суперечності публічному порядку на підставі простих відмінностей у матеріальному праві зарубіжного та національного правопорядків (або ж на підставі відсутності відповідної правової норми у *lex fori* [59, с. 203]). На це в рішенні у справі *Régie Nationale des Usines Renault SA v Maxicar SpA* вказує Суд ЄС (Європейський суд справедливості), посилаючись на положення ст. 29 та ч. 3 ст. 34 Брюссельської конвенції з питань юрисдикції та примусового виконання судових рішень щодо цивільних та комерційних спорів від 27 вересня 1968 р. [60].

Іншим аспектом є відмова суду у визнанні судового або арбітражного рішення й, таким чином, прав та обов'язків, що з нього випливають. В. І. Кисіль зазначає, що фактично публічному порядку може загрозувати не саме по собі застосування іноземного закону, а приведення до виконання заснованого на цьому законі рішення [17, с. 214]. У рішенні від 2 квітня 2009 р. в справі *Gambazzi v Daimler Chrysler Canada Inc* [61] Суд ЄС у контексті визнання та виконання рішення, ухваленого в іншій договірній державі, прийшов до висновку, що звернення до застереження про публічний порядок можливе, лише якщо таке рішення явно порушує фундаментальні принципи або права, що визнаються фундаментальними в межах публічного порядку. Наведене формулювання («явне порушення») може бути поширене й на обґрунтування незастосування норм іноземного права з мотивів публічного порядку.

Підбиваючи підсумки, вважаємо, що ключовим питанням в механізмі застосування застереження про публічний порядок виступає встановлення характеру *наслідків дії норм іноземного права* в країні суду, а саме їх «явної несумісності» з публічним порядком. Обидві вимоги — несумісність та її характеристика як грубої, очевидної є пов'язаними та повинні встановлюватись юрисдикційним органом саме в нерозривній єдності. Про це свідчать й висновки інших дослідників, що, аналізуючи зміст ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», визначають необхідність наявності усіх вказаних у ній умов для застосування застереження про публічний порядок [62, с. 88–89], хоча, на нашу думку, на сьогодні в розвинених державах вимога про недопустимість обґрунтування



застосування застереження на підставі відмінностей правової, політичної або економічної систем не піддається сумніву, а тому не потребує нормативного закріплення.

Для встановлення явної несумісності наслідків застосування іноземної правової норми публічному порядку юрисдикційний орган повинен враховувати природу, характер і важливість відповідних правовідносин для *lex fori*, обставини, які свідчать про ступінь їх зв'язку з правом країни суду, в кожній конкретній справі обґрунтовано передбачати, наскільки серйозними та значущими для публічного порядку стануть наслідки застосування норми права іншої держави. Рішення про застосування застереження повинно бути досконало аргументованим та не може ґрунтуватися на відмінностях у матеріальному праві зарубіжного та національного правопорядків, відсутності належної для регулювання правовідносин норми в рамках вітчизняного права.

Список використаних джерел

1. *Боярський С. Д.* Обмеження застосування колізійних норм у міжнародному приватному праві України. Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 219 арк.
2. *Mills A.* The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. 2008. № 4, Issue 2. P. 201–236. URL : <https://doi.org/10.1080/17536235.2008.11424339>.
3. *Dickinson A.* The Role of Public Policy and Mandatory Rules within the Proposed Hague Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts. *Sydney Law School Research Paper*. 2012. № 12/81. URL : <http://bit.ly/3jydjG1>.
4. *Lorenzen E. G.* Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws. *Yale Law Journal*. 1924. Vol. 33, No. 7. P. 736–751. <https://doi.org/10.2307/788137>.
5. *Морозова Ю. Г.* Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2001. 158 л.
6. *Ghodoosi F.* The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements. *Nebraska Law Review*. 2015. № 94. P. 685–736. URL : <http://bit.ly/3aSX9n5>.
7. *Курочкин С. А.* Нарушение публичного порядка как основание для отмены решений третейских судов, международных коммерческих арбитражей и отказа в их признании и приведении в исполнение. *Третейский суд*. 2008. № 4. С. 118–128.
8. *Мальський М. М.* Публічний порядок у транснаціональному виконавчому процесі. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. *Юридичні науки*. 2015. № 827. С. 79–84.
9. *Franzina P.* Sovereign Bonds and the Conflict of Laws: A European Perspective. *Forthcoming in Studi in onore di Luigi Costato*. 2013. P. 1–23. URL : <http://bit.ly/2Ooq4b5>.
10. *Горда Ю. І.* Аналіз тлумачення та застосування застереження про публічний порядок через призму судової практики. *Право і суспільство*. 2015. № 1. С. 68–74.
11. *Брун М. И.* Публичный порядок в международном частном праве. Петроград : Сенатская типография, 1916. 97 с.



12. *Макаров А. Н.* Основные начала международного частного права. Москва : Юридическое издательство Наркомюста РСФСР, 1924. 151 с.
13. *Балдинюк В. В.* Забезпечення застосування колізійної норми: кваліфікація, зворотне відсилання, обхід закону в міжнародному приватному праві. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2008. 21 с.
14. *Guedj T. G.* The Theory of the *Lois de Police*, A Functional Trend in Continental Private International Law — A Comparative Analysis with Modern American Theories. *The American Journal of Comparative Law*. 1991. Vol. 39, No 4. P. 661–697. <https://doi.org/10.2307/840737>.
15. *Kessedjian C.* Public Order in European Law. *Erasmus Law Review*. 2007. Vol. 1. Issue 1. P. 25–36.
16. *Новикова О. В.* Оговорки о публичном порядке и сверхимперативных нормах в английской доктрине международного частного права : дисс ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2011. 219 с.
17. *Кисіль В. І.* Питання публічного порядку і законодавче регулювання в міжнародному приватному праві. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія»*. 2001. Том 19, Спеціальний випуск (у 2-х част.). Частина 1. С. 212–220.
18. *Lagarde P.* Ordre public. *Encyclopedie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit International*. 1998. Vol. III. № 47. P. 1–57.
19. *Степанюк А. А.* Застосування колізійних норм щодо спадкування в міжнародному приватному праві. Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2002. 206 арк.
20. *Scarman J.* Re Fuld's Estate (№ 3). 1968. 870 p.
21. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. IBA Study on Public Policy. 2015. *International Bar Association*. URL : <http://bit.ly/39Ed6Lz>.
22. *Poon N.* Striking a Balance between Public Policy and Arbitration Policy in International Commercial Arbitration. *Singapore Journal of Legal Studies*. 2012. July. P. 185–195.
23. Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods. *Hague Conference on Private International Law*. URL : <http://bit.ly/3p9JcGd>.
24. Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability. *Hague Conference on Private International Law*. URL : <http://bit.ly/2Z3XRZ0>.
25. Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency. *Hague Conference on Private International Law*. URL : <http://bit.ly/3cW2z3e>.
26. Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. *Hague Conference on Private International Law*. URL : <http://bit.ly/3q7IISi>.
27. Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods. *Hague Conference on Private International Law*. URL: <http://bit.ly/3cVnymT>.
28. Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons. *Hague Conference on Private International Law*. URL : <http://bit.ly/3p5u10W>.
29. Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. *Hague Conference on Private International Law*. URL : <http://bit.ly/3qiNTiJ>.



30. Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980. *EUR-Lex*. URL : <http://bit.ly/2YYLPQP>.
31. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). *EUR-Lex*. URL : <http://bit.ly/3rBsBNb>.
32. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). *EUR-Lex*. URL : <http://bit.ly/3a0YIA1>.
33. Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. *EUR-Lex*. URL : <http://bit.ly/3tKYWTC>.
34. Кодекс міжнародного приватного права (Кодекс Бустаманте) (Гавана, 20 лютого 1928 р.). *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL : <https://bit.ly/2MT1PkG>.
35. Spanish Civil Code (approved by Royal Decree of July 24, 1889). *Noticias Departamento*. URL : <http://bit.ly/38x9QS7>.
36. Magyar Közlöny 2017. évi 54. Szám. *Magyar Közlöny*. URL : <http://bit.ly/2uFNazx>.
37. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 г. № 218–З. *Национальный центр правовой информации Республики Беларусь*. URL : <https://bit.ly/3q9MRFE>.
38. Гражданский кодекс Португалии 1966 года. *Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»*. URL : <http://bit.ly/2uGfLFX>.
39. Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz). *JUSLINE Österreich*. URL : <http://bit.ly/31XXShT>.
40. Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 in effect as from 1st January 2019. *andreasbucher-law.ch*. URL : <http://bit.ly/2vFKKEKp>.
41. Act of 4 February 2011 on Private International Law. *Mateusz Pilich — Private International Law*. URL : <http://bit.ly/2SwOipn>.
42. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. *Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*. URL : <http://bit.ly/3bIKPFq>.
43. Bulgarian Private International Law Code. *International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies*. URL : <http://bit.ly/2SufG14>.
44. Civil Code of the Netherlands. *Dutch Civil Law (DCL)*. URL : <http://bit.ly/2SMFXXk>.
45. The Act dated 25th January 2012 governing private international law. *Ministerstvo spravedlnosti České republiky*. URL : <https://bit.ly/36XBNnq>.
46. Law of 16 July 2004 holding the Code of Private International Law. *Interamerican Association of Private International Law Professors*. URL : <https://bit.ly/3tGJoQU>.
47. Закон Хорватии о международном частном праве (от 04.10.2017 г.). *Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»*. URL : <https://bit.ly/2On9R5X>.
48. Про міжнародне приватне право. Закон України від 23.06.2006 р. № 2709–IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 32. Ст. 422.
49. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 3. *Консультант Плюс*. URL : <https://bit.ly/3aMHyp7>.
50. *Sonnenberger H.-J. Münchener Kommentarzum BGB. München, Verlag C.H. Beck. 2010.*



51. Arnold R., Meindl E. The EU Charter of Fundamental Rights and Public Policy in International Arbitration Law. *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. 2011. Vol. I. P. 87–105.
52. Zhilsov A. N. Mandatory and Public Policy Rules in International Commercial Arbitration. *Netherlands International Law Review*. 1995. Vol. 42, Issue 1. P. 81–119. <https://doi.org/10.1017/s0165070x00003387>.
53. Нагуш О. М. Доктрини публічного порядку у міжнародному приватному праві: ретроспективний аналіз. *Правова держава*. 2012. № 15. С. 258–263.
54. Ребриш Б. Ю. Застереження про публічний порядок та застосування іноземного законодавства у справах щодо захисту від недобросовісної конкуренції. *Право і суспільство*. 2017. № 1. С. 63–72.
55. Шулаков А. А. Принципы голландской коллизионной доктрины и законодательство США и европейских стран по международному частному праву. *Lex Russica*. 2016. № 11 (120). С. 117–125.
56. Mosconi F. Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules. *Recueil des Cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. 1989. Vol. 217. P. 19–203. https://doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9780792310471.009_214.
57. Крохалев С. В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции. Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15. Екатеринбург, 2005. 253 л.
58. Звягіна І. Н. Питання публічного порядку під час визнання та надання дозволу на виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу в Україні. *Приватне та публічне право*. 2018. № 1. С. 25–28.
59. Nutting C. B. Suggested Limitations of the Public Policy Doctrine. *Minnesota Law Review*. 1935. № 19. P. 196–209.
60. Régie nationale des usines Renault SA v MaxicarSpA (Case C-38/98) [2000] ECR I-2973, para. 29. *CURIA*. URL : <http://bit.ly/37Cjt0I>.
61. Judgment of the Court (First Chamber) of 2 April 2009. Marco Gambazzi v DaimlerChrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company. *EUR-Lex*. URL : <http://bit.ly/3rPY9zl>.
62. Nagush O. N. Public policy clause in private international law. *Вісник ОНУ ім. І. І. Мечникова. Правознавство*. 2014. Т. 19, Вип. 4 (25). С. 84–90.

Надійшла до редколегії 23.09.2020

Mykhailo LATYNSKYI

Leonid Yuzkov Khmelnytskyi University of Management and Law

Mechanism of Application of the Public Policy Clause as a Ground for Limitation of the Application of Foreign Law in Private International Law

The article analyzes the essence and peculiarities of the implementation in practice of the mechanism of application of the public policy clause (ordre public) as a basis for limiting the effect of foreign law in private international law. The author argues that the introduction of a unified mechanism for the application of the public policy clause as a basis for restricting the effect of foreign law is in the interests of both the international community and individual states. The sources for determining the constituent elements of the mechanism are regulations (international and national) and judicial (arbitration) practice. Based on their study, it is summarized that the mecha-



nism of application of the public policy clause is a complex legal remedy, the proper functioning of which is impossible without the jurisdiction to take preliminary action to invoke the conflict of laws the first sends to.

It is established that the basis for the application of the public policy clause in order to limit the effect of foreign law in the country of the court is a violation of public policy. Discussions arise about the normative consolidation and the peculiarities of establishing conditions in law enforcement activities, the existence of which allows the jurisdictional body to apply such reservations. These conditions, although they may be considered in isolation, function as a whole, forming an interconnected system of restrictions and principles designed to ensure that the court complies with the minimum substantive and formal requirements for the application of the public policy clause. The conditions for applying the reservation in cases of exclusion or restriction of foreign law traditionally include: 1) contradiction of public policy cannot be stated by the court on the basis of inconsistency or difference of foreign law from the provisions of public policy; 2) the incompatibility of the mentioned consequences must be, on the one hand, obvious and, on the other hand, sufficiently and consistently substantiated by a court or arbitration tribunal; 3) the difference between the legal, political or economic systems of the relevant foreign state from the systems of the court state cannot serve as a justification for refusing to apply the law of a foreign state.

Keywords: public policy, conflict rules, private international law, lex fori, jurisdictional body.