

УДК 341.63

**«ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК» ЯК ЮРИДИЧНА КАТЕГОРІЯ
В НАЦІОНАЛЬНІЙ І ЗАРУБІЖНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ**

Навроцька Ю. О.,

здобувач юридичного факультету
Харківського національного університету
імені В.Н. Каразіна

Анотація: статтю присвячено аналізу юридичної категорії «публічний порядок». У роботі вирішено питання правової природи зазначеної категорії, наявності дискусійності умов використання цієї категорії, відображається нормативно-правове наповнення категорії «публічного порядку». Здійснено аналіз історії виникнення, розуміння категорії «публічного порядку» в минулому та його взаємозв'язок в умовах сьогодення. Проаналізовано судові справи щодо використання зазначеної категорії недобросовісними боржниками, у зв'язку з чим прослідковано спробу оскарження рішень міжнародного комерційного арбітражу.

Ключові слова: публічний порядок, міжнародний комерційний арбітраж, політика права, недобросовісні боржники.

Аннотация: статья посвящена анализу юридической категории «публичный порядок». В работе раскрыты вопросы правовой природы указанной категории, наличия дискуссионности условий использования этой категории, отобразено нормативно-правовое наполнение категории «публичного порядка». Осуществлен анализ истории возникновения, понимание категории «публичного порядка» в прошлом и его взаимосвязь в современных условиях. Анализируются судебные дела по использованию указанной категории недобросовестными должниками, в связи с чем определены попытки обжалования решений международного коммерческого арбитража.

Ключевые слова: публичный порядок, международный коммерческий арбитраж, политика права, недобросовестные должники.

Annotation: the article is devoted to the analysis of the legal category «public policy». In this work the questions of the legal nature of this category are considered, the discussion of the conditions of using this category is raised, the legal status of the category «public policy» is displayed. The analysis of genesis history, understanding of the category of public policy in the past and its interconnection in the present conditions is carried out. The court cases concerning the usage of this category by unscrupulous debtors are analyzed, in connection with which there are attempts to appeal awards of international commercial arbitration.

Key words: public policy, international commercial arbitration, policy of law, unscrupulous debtors.

На сьогодні права природа публічного порядку в науковому правовому полі з одного боку є актуальною та поширеною, але з іншого боку, не є остаточно розкритою, і на питання, в яких випадках можна застосовувати зазначену категорію, який її чіткий зміст, ані наукова література, ані судова практика не дають більш-менш чіткої відповіді. Більше того, виникають навіть труднощі з можливістю дати не тільки загальне, але і будь-яке визначення [1, с. 124]. Тому дослідження цієї тематики надає можливість глибше зрозуміти, чому виникає неоднозначність визначень правової категорії публічного порядку.

Термінологічне позначення категорії «публічний порядок» в мовах різних держав різноманітні. Найближчим до українського варіанту назви «публічний порядок» є варіант з французької мови «ordre public». У країнах загального права (common law) термінологічний зміст категорії «публічний порядок» відповідає поняттю «public policy» - публічна політика. У Німеччині це «oeffentliche Ordnung» - суспільний порядок, в Італії «ordine pubblico» - публічний порядок, в Іспанії «ordino publico», в Нідерландах «offentlig orden» тощо. Незважаючи на наявність термінологічних варіацій назв «публічний порядок», його юридичне значення на міжнародному рівні є зрозумілим [2, с. 152], але науковці іронізують, що «намагатися визначити публічний порядок подібно подорожі в рухомих пісках» (Пілон) [3] або «осідлати неприборканого коня, так, що ніколи не знаєш, куди він відвезе» (суддя Вурру) [3]. У рішенні по справі Vidal v. Gidal Верховний суд США відзначив: «Питання про те, що таке публічний порядок штату і що суперечить йому, ... є одним з найбільш туманних і невизначених» [1, с. 124].

Категорія публічного порядку зобов'язана своїм народженням французькому праву. Л.А. Лунц зазначає, що посилання на незастосовуваність того чи іншого іноземного закону внаслідок його суперечності «моралі», «добрим звичаям» зустрічаються з часів постглоссаторів (XIV століття), але загальна концепція «публічного порядку» вперше склалася у французькому праві [4, с. 269]. Вираз «публічний порядок» було вперше вжито в Кодексі Наполеона в 1804 році, стаття 6 якого встановлювала: «Не можна скасувати шляхом приватних угод закони, які стосуються публічного порядку і добрих звичаїв» [1, с. 127]. Разом з тим, англійські юристи категорію «публічного порядку» переплітали з політикою права (policy of the law). Вони зазначали, що поняття публічного порядку є невизначеним, незадовільним та каучуковим, але ж, у ньому закладені елементи консерватизму. Тобто такий м'який механізм визначав залишення конкретної норми, але її застосування змінювалося зі зміною тих принципів, які в певний час керували суспільною думкою. «Схожість слів – «policy» і «public policy» – допомагало англійським юристам розчиняти «публічний порядок» в «політиці права» для того, щоб у разі потреби наголошувати то на одній, то на

іншій стороні. У різні періоди історії Англії зазначене поглинання поняттям «політики права» застереження про «публічний порядок» виражало різне» [1, с. 132]. Що стосується характеристики категорії публічного порядку американськими юристами, то Kuhn, наприклад, поділяв на три групи всі випадки, коли ця категорія підлягала застосуванню. Перша група – випадки, коли застосування іноземного закону завдало б удару моралі всього цивілізованого людства. Як приклади згадуються договори, спрямовані на заохочення таких явищ як конкубінат, проституція, атеїзм, підбурювання на злочини за винагороду тощо. Друга група – випадки, коли іноземний закон суперечить міцно встановленій нормі місцевого публічного порядку. Критерієм, каже він, служить не мораль, а значення, що надається державою публічному порядку. Як приклади наводить він борги у грі та ін. Але сам Кун говорить, що в цих випадках суди надають просто більшого значення примусовому характеру певних законів, отже, вважають їх імперативними законами. Третя група – випадки, коли застосування або визнання сили іноземного закону тягне за собою заподіяння шкоди або було б несправедливим стосовно держави або її громадян. Зокрема, це договори з метою уникнення податків, договори зі злочинцями проти держави, договори із збанкрутілим боржником на шкоду інтересам місцевих кредиторів та ін [1, с. 133-134].

Отже, спроби позначити юридичну категорію «публічного порядку» здійснювалися давно, але ці спроби закінчувалися на її широкому тлумаченні, а чіткі межі застосування такої категорії були відсутні, що дозволяло використовувати її на вигідних для певних осіб умовах, тобто так чи інакше, категорія «публічного порядку» ототожнювалася з «каучуковістю».

Переходячи до сучасного розуміння категорії «публічного порядку», зазначимо цікаве спостереження щодо використання такої категорії за радянські часи, коли вона мала лише теоретичне значення, оскільки в літературі не зафіксовано жодного випадку застосування цієї категорії у практиці радянських судів. Але ж станом на сьогодні наявна зовсім протилежна ситуація, коли зазначена категорія увібрала в себе негативний відтінок стосовно використання як такого аргумента, який дуже часто зустрічається у справах щодо оскарження рішень міжнародного комерційного арбітражу, у зв'язку з чим привертає надмірну увагу як практиків, так і теоретиків [5, с. 11-23]. У сучасній науковій літературі досить докладно описано, чому законодавці розвинених держав не вважають за потрібне намагатися давати публічному порядку вичерпну (або хоча б невичерпну) дефініцію: це, перш за все, гнучкість правового обороту [6, с. 271], що здатний обійти будь-яку описову дефініцію і винятковий характер застосування цієї категорії [7, с. 616], яка виключає посилання на неї в абсолютній більшості звичайних суперечок, що стосуються всього лише сплати грошей і обігу товарів, і які не становлять собою особливої небезпеки для державних устоїв і громадської безпеки [8, с. 41].

В Україні категорія «публічного порядку» регламентується нормами ст. 34 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», ст. 228 Цивільного кодексу України, в яких міститься загальне уявлення про категорію, яка досліджується. Однак п. 12 Постанови Пленуму Верховного суду України № 12 від 24.12.99 року «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» містить більш конкретизоване визначення, а саме: *«Під публічним порядком у цьому та інших випадках, коли не заподіяння йому шкоди обумовлює можливість визнання й виконання рішення, 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)»*. Пункт 18 Постанови Пленуму Верховного суду України від 06.11.2009 року № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» також конкретизує за допомогою визначення *переліку правочинів, які є нікчемними як такі, що порушують публічний порядок, визначений статтею 228 ЦК України*. Здійснивши аналіз норм чинного законодавства України, можна зробити висновок про недостатнє детальне тлумачення категорії «публічного порядку». Б.Р. Карабельников зазначає, що ненаповнення конкретним змістом близької до публічного порядку правової конструкції як, наприклад, «основи правопорядку» відповідає сформованим світовим тенденціям, які закріплені не тільки в національному законодавстві, а й у міжнародних джерелах міжнародного приватного права (Римська конвенція про право, яке застосовується до договірних зобов'язань 1980 р., Гаазька конвенція про право, яке застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу 1986 р.). Тобто включення в закон категорії, яка не має вичерпного визначення, пов'язане з тим, що зміст цієї категорії постійно змінюється. В цьому і є небажання законодавця давати поняттю «публічний порядок» чітке визначення [5, с. 11-23]. Таким чином, вчений говорить про те, що на сьогодні в світі наявна тенденція негативної концепції «публічного порядку», яка виключає застосування несумісної з основами національного правопорядку норми іноземного права, і при цьому утримується від чіткого дефініціювання того, що має вважатися порушенням публічного порядку держави. В.І. Кисіль виділяє низку елементів, що здебільшого входять до змісту і можуть бути характеристикою такого поняття, як «основи правопорядку» України: 1) основні фундаментальні принципи національного права України, які охоплюють такі імперативні норми публічного, приватного та процесуального права, що становлять скелет правопорядку в Україні; 2) загальноновизнані принципи моралі та справедливості, важливі для українського правопорядку і панівні в українському суспільстві; 3) законні інтереси українських фізичних та юридичних осіб, української держави та українського суспільства, захист яких є основним завданням української правової системи; 4) загальноновизнані принципи та норми міжнародного права, які є частиною української правової системи і особливо міжнародно-правові стандарти прав людини. Як правильно зазначає вчений, «через неузгодженість доктринальних підходів законодавці більшості країн вдаються лише до загальних формулювань, тому застереження *ordre public* так нагадують одне одного в різних законодавствах» [9]. М.М. Мальський вказує, що на основі законодавчого закріплення поняття «публічний порядок» у законодавстві України, можна припустити, що, за задумом законодавця, принцип публічного порядку повинен стояти на захисті головних суспільних інтересів у разі виникнення спорів з іноземним елементом та визнання і виконання іноземних

судових рішень національними судовими установами. Однак таке доволі широке та неконкретизоване визначення не дає змоги ефективно використовувати принцип «публічного порядку» в правозастосовній практиці, що часто призводить до необґрунтованого невизнання рішень іноземних судів з цих підстав. Той факт, що різні держави мають різні концепції власної державної політики, означає ризик того, що одна держава може відмовити в визнанні арбітражного рішення, яке інші держави розглядатимуть як дійсне. М.М. Мальський вважає, що необхідно законодавчо конкретизувати не лише зміст публічного порядку, але й підстави відмови визнання і виконання арбітражних рішень під час визнання і виконання іноземних рішень у міжнародних угодах, на основі яких гармонізувати національне законодавство держав-учасниць [10, с. 79-84]. За підрахунками відомого фахівця в галузі міжнародного арбітражу професора А.-Я. Ван ден Берга, за 45 років застосування Нью-Йоркської конвенції в опублікованій практиці провідних світових правових систем було лише вісім випадків, коли суди розвинених держав відмовлялися в приведенні до виконання рішень міжнародних арбітражів з посиланням на публічний порядок, і навіть ці випадки пов'язані в основному або з застосуванням застарілих і тепер скасованих норм права, або з очевидними процесуальними помилками, допущеними арбітрами в ході процесу [11, с. 37]. Важливим для дослідження є також звернення до практичних прикладів використання публічного порядку недобросовісними боржниками та спроб оскарження рішень міжнародного комерційного арбітражу. Наприклад, у справі № 761/30394/13-ц суд, посилаючись на пункт 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 грудня 1999 року № 12 зазначив, що не можна посилатися на публічний порядок, якщо сторона, що виступає проти постановленого арбітражного рішення вважає, що арбітри припустилися помилки у застосуванні закону, застосували неправильний закон чи неправильно оцінили фактичні обставини справи, оскільки суд, що розглядає клопотання, не вправі вивчати такі доводи, тому, що буде спробою перегляду арбітражного рішення по суті, що не допускається Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Нью-Йоркською Конвенцією 1958 року «Про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень».

Висновок

В Україні і в зарубіжних країнах юридичній категорії «публічний порядок» приділяється багато уваги, однак, незважаючи на це, на сьогодні все ж таки виникає чимало питань, що залишаються без відповіді. По-перше, судова практика щодо застосування категорії «публічного порядку» залишається неоднозначною, тобто її розуміння безпосередньо суддями не завжди має успішний результат. По-друге, у судовій практиці нашої держави є багато справ, у яких недобросовісний боржник всіяко намагається уникнути приведення до виконання рішення міжнародного комерційного арбітражу і для цього формує свою правову позицію не за допомогою міцних аргументів та реальних фактів, а намагається використати категорію «публічного порядку», ніби вхопившись за соломинку, лише з метою оскарження рішення міжнародного комерційного арбітражу, при чому сформована позиція не має жодного відношення до змісту категорії «публічного порядку». Не зважаючи на інше розуміння і зміст поняття публічного порядку на початку позаминулого століття, коли воно вперше з'явилося в Кодексі Наполеона, в порівнянні з його сучасним розумінням, така характерна риса як каучуковість притаманна йому і сьогодні. В доктрині також виділяють національний і міжнародний публічний порядок. Для національного публічного порядку характерні такі основні риси як незалежність, цілісність, самостійність, недоторканість, конституційні права, свободи, гарантії, тобто це той базис, який має бути непорушним та гарантованим для держави і суспільства. В залежності від соціальних, культурних та інших факторів, публічний порядок конкретної держави може відрізнятися від такого в іншій державі, тобто кожна країна має власну державну політику. Порівняно з національним публічним порядком, міжнародний публічний порядок має більш вузьке значення, оскільки застосовується в міжнародному комерційному арбітражі, маючи міжнародні обов'язки. У міжнародному праві, як вже було досліджено вище, категорія публічного порядку залишається чітко не визначеною, звідки і виникають перепони у використанні цієї категорії у правозастосовній практиці. «Основою для розмежування внутрішнього (національного) і міжнародного публічного порядку є сфера їх застосування. Саме вона визначає особливості публічного порядку, що діє в кожній зі сфер, зокрема відмінності у змісті та механізми дії, і ці терміни значною мірою є умовними» [12, с. 120].

ЛІТЕРАТУРА

1. Корецький В.М. Оговорка о публичном порядке в англо-американской судебной практике по делам, затрагивающим интересы СССР / В.М. Корецкий // Ученые записки. – 1939. – Вып. 1. – С. 124–189.
2. Крупчан О. Міжнародні стандарти категорії «публічний порядок» у сфері міжнародного комерційного арбітражу та її визначення у законодавстві та правозастосовній практиці України. / О. Крупчан // Право України. – 2011. – № 1. – С. 152.
3. Крохалев С.В. Международный коммерческий арбитраж и публичный порядок. Краткий обзор французской доктрины и судебной практики / С.В. Крохалев // Международный коммерческий арбитраж. – 2004. – № 3. – С. 80–105.
4. Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. – М., 2002. – С. 269.
5. Карабельников Б.Р. Оговорка о публичном порядке в новейшей практике российских и зарубежных судов / Б.Р. Карабельников // Международный коммерческий арбитраж. – 2006. – № 1. – С. 11–23.
6. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. – М., 1970. – С. 271.
7. International Arbitration Checklists / L.W. Newman, G. Hanessian (eds.). Juris Publishing, 2004. – P. 187; Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. 3rd ed. Sweet & Maxwell, 1999. – P. 616.
8. Окончателъный доклад по публичному порядку 2002 г. Ассоциации международного права // Международный коммерческий арбитраж. – 2004. – No 3. – С. 41.
9. Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за заг. ред. А.С. Довгерта, В.І. Кисіля. – К.: Алерта, 2012. – 376 с.
10. Мальський М. М. Публічний порядок у транснаціональному виконавчому процесі / М. М. Мальський // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2015. – № 827. – С. 79-84.

11. Ван ден Берг А.-Я. Почему некоторые арбитражные решения не могут быть принудительно исполнены? / Доклад на 17-й Конференции Международного совета по коммерческому арбитражу (ИССА). Пекин. Май 2004 // Международный коммерческий арбитраж. – 2005. – № 1. – С. 37.

12. Крохалев С.В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе / С.В. Крохалев. – СПб.: Изд. Дом С.-Петербур. гос. ун-та, Изд-во юрид. фак. С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. – 472 с.

УДК 342.922

РЕАЛІЗАЦІЯ ПОСАДОВОЇ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДЕЛІКТОЗДАТНОСТІ У СФЕРІ ПРАВ ДИТИНИ У ЧИННОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ПРО АДМІНІСТРАТИВНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Навроцький О. О.,

аспірант юридичного факультету
Харківського національного
університету імені В. Н. Каразіна

Анотація: у статті проаналізовано чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення на предмет відбиття у його нормах засад посадової адміністративної деліктоздатності у сфері порушення прав дитини. Констатується, що інститут адміністративної відповідальності як дієва гарантія дотримання прав дитини в умовах сьогодення залишається такою, що явно не встигає за основними новітніми трендами розвитку правового статусу дитини. Зокрема, встановлено, що КУпАП не містить окремого розділу щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення прав дитини, а адміністративну відповідальність посадових осіб за порушення прав дитини у чинному Кодексі не систематизовано.

Ключові слова: права дитини, адміністрування прав дитини, адміністративна відповідальність за порушення прав дитини, посадова адміністративна деліктоздатність у сфері прав дитини.

Аннотация: в статье проанализирован действующий Кодекс Украины об административных правонарушениях на предмет отражения в его нормах основ должностной административной деликтоспособности в сфере нарушения прав ребенка. Констатируется, что институт административной ответственности как действующая гарантия соблюдения прав ребенка в условиях сегодняшнего дня остается такой, что явно не успевает за основными новейшими тенденциями развития правового статуса ребенка. В частности, установлено, что КУоАП не содержит отдельного раздела относительно привлечения к административной ответственности за нарушения прав ребенка, а административная ответственность должностных лиц за нарушение прав ребенка в действующем Кодексе не систематизирована.

Ключевые слова: права ребенка, администрирование прав ребенка, административная ответственность за нарушение прав ребенка, должностная административная деликтоспособность в сфере нарушения прав ребенка.

Annotation: the article analyzes the current Code of Ukraine on Administrative Offenses for the purpose of reflecting in its norms the principles of official administrative delinquency in the sphere of violations of the rights of the child. It is stated that the institution of administrative responsibility as an effective guarantee of observance of the rights of the child in the conditions of today remains such that it obviously does not keep pace with the main new tendencies in the development of the legal status of the child. In particular, it has been established that the Code of Administrative Offenses does not contain a separate section on bringing to administrative responsibility for violations of the rights of the child, and the administrative responsibility of officials for violating the rights of the child in the current Code is not systematized.

Key words: child's rights, administration of child's rights, administrative responsibility for violation of child's rights, official administrative delinquency in the sphere of violations of children's rights.

У сучасних умовах проблематика прав дитини зазнає суттєвої трансформації: відбувається формування нових доктринальних підходів щодо прав дитини, поступово оновлюється чинне законодавство, формується правозастосовна практика, у тому числі й судова. Разом із тим, інститут адміністративної відповідальності як дієва гарантія дотримання прав дитини в умовах сьогодення залишається такою, що явно не встигає за основними новітніми трендами розвитку правового статусу дитини [1].

Зрозуміло, що певні заходи з оновлення законодавства про адміністративну відповідальність вживаються. Зокрема, раніше було внесено низку змін та доповнень до Кодексу Української РСР стосовно притягнення до адміністративної відповідальності батьків та осіб, що замінюють їх обов'язки щодо виховання дітей, продажу спиртних напоїв та доведення неповнолітніх до стану сп'яніння. Це було зроблено у зв'язку з проведенням з 1985 року посиленої боротьби з п'янством та алкоголізмом, у зв'язку з цим було приділено особливу увагу на