

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО ПРАВА

УДК 347

Е.Н. Афанасьева

КАТЕГОРИЯ «ORDRE PUBLIC» В СТРАНАХ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА

В статье рассматривается такая категория внутреннего гражданского и международного частного права, как публичный порядок. Особое внимание уделяется особенностям ее существования в странах с прецедентной системой права, анализируются различные терминологические подходы к пониманию рассматриваемого правового явления, делаются выводы о соотношении категорий «public policy» и «public order (ordre public)» в странах Civil Law и Common Law.

Ключевые слова: *нормы морали, императивные нормы, коллизия, прецедент.*

Многие авторы термин «public policy», используемый в странах общего права (Common Law), считают английским эквивалентом термина «ordre public» («public order» – публичный порядок), используемого во Франции и в странах традиционного гражданского права (Civil Law). И все же приведенные термины нельзя считать абсолютно эквивалентными. Но стоит отметить, что термин «public order» («ordre public») является более распространенным. Так, например, в ст. 6, 585 и 587 Гражданского кодекса Квебека закреплены нормы о «public policy», хотя в некоторых других статьях говорится непосредственно о «public order» [1]. Мак Клинтон также отмечал, что «публичный порядок всегда переводится на английский как public policy вопреки отсутствию безусловной эквивалентности континентальной концепции публичного порядка и понятия public policy в английском праве» [2. Р. 207].

В Докладе Комиссии Великобритании по Выбору применимого права 1990 г. указывается: «Существует общий принцип коллизионного права, в соответствии с которым наши суды не применяют иностранный закон, если это войдет в противоречие с фундаментальным публичным порядком (public policy)». Также ordre public был переведен как «public policy» в ст. 6 Гаагских Правил 1924 г.; в Римской Конвенции 1980 г. [3. Р. 503]. Интересно, что оба термина «ordre public» и «public policy» используются в английской версии ст. 16, что говорит о возможной эквивалентности этих понятий.

Грейвсон определяет публичный порядок как «неопределенную концепцию, на которую указывают суды или парламент при разрешении некоторых вопросов, руководствуясь основными задачами государства и общества в целом» [4. Р. 165].

В суждении Кастеля рассматриваемая категория понимается как «свидетельство государственной политики, отражающей общие конституционные права... чувство справедливости и общего блага», «основные государственные или моральные интересы» или «концепцию справедливости и морали» [5. Р. 164].

Многие авторы отмечают, что действительно невозможно дать точное определение публичному порядку, именно поэтому довольствуются повторением известной цитаты Кардозо: «...какой-то фундаментальный принцип правосудия, некоторая распространенная концепция нравственности, некоторые глубоко укоренившиеся традиции общественного блага» [6. Р. 202].

Ричард Спейдел описал *ordre public* в неразрывной связи с «судебными решениями, законодательством и конституциями, а также с традициями, нравственностью и понятием справедливости, господствующим в государстве» [7. Р. 201].

А. Шепард в своей работе, посвященной вопросу о публичном порядке, приводит Решение Палаты лордов в 1853 г., которым было установлено, что под публичным порядком следует понимать такой принцип, согласно которому никому не должно позволяться делать то, что способно нанести вред **основам любого общества** [8. Р. 3]. В литературе также можно встретить ссылки на еще более ранние источники, свидетельствующие о применении рассматриваемой правовой категории, так, например, в деле *Dyer* 1413 г. [9. Р. 815], где одна из клаузул была объявлена противоречащей принципам *Common Law*. В течение последующих веков находим похожие прецеденты: например, в случае *Colgate v. Bacher* [10. Р. 143], имевшем место в 1602 г., речь шла о договоре, противоречащем общественному благополучию; случай 1621 г. *Bragge v. Stanner* [11. С. 172] повествует о том, как договор, противоречащий законам, был признан ничтожным. Следующий пример относится к 1711 г. (дело *Mitchel v. Reynolds* [12. Р. 192]), где противоречие публичному порядку было рассмотрено Lord *Macclesfield* как вред всему обществу. К.Б. Полок в известном и часто цитируемом деле *Egerton v. Brownlow* [13. Р. 144] к вопросу о соотношении частного и публичного интересов отмечал, что закон гласит: лучше пусть пострадает от вреда одно конкретное лицо, нежели чем неудобства (*inconvenient*) и вред (*prejudicial*) для многих.

К. Осаке определяет публичный порядок через категорию **публичного интереса** – своеобразного необходимого ограничителя свободы договора (*superimposition of public interest over freedom of contract*) [14. С. 143].

Английские юристы Дж. Чешир, П. Норт и Дж. Фосетт определяют публичный порядок как «совокупность **моральных, экономических и социальных принципов**, представляющих **особый интерес**, который надлежит защищать без каких-либо исключений» [15. Р. 123]. Они делают акцент на том, что концепция публичного порядка в международном частном праве несколько шире, чем во внутреннем гражданском праве.

К примеру, в деле *Vervaecke v. Smith* 1983 г. [16. Р. 164], где Лорд Саймон объявил: «Суд будет менее охотно обращаться к концепции публичного порядка, когда речь идет о чисто муниципальных правовых вопросах». По мнению Чешира и Норта, «public policy» может использоваться в Англии в качестве основания для отказа в признании иностранного права (i), где его исполнение «... посягнет на некоторые моральные, социальные или экономические принципы... святыню святых в глазах Англии»; или (ii) оскорбит «... некоторые особенности внутренней политики». В то время как в первом случае зарубежное право не будет применимым во всех случаях, в последней ситуации неприменение закона может быть обеспечено только в случае, если основное

законодательство является английским [3. Р. 129]. П. Картер также видит «public policy» привлеченным к английскому коллизионному праву с оглядкой на «(1) содержание иностранных норм (на их противоречивость внутреннему законодательству); (2) ущерб национальным интересам конкретного судебного иска; (3) справедливость в отношении сторон в конкретном случае; и (4) на соответствие принципам морали» [17. Р. 7].

А. Гуарнери, исследуя вопросы публичного порядка с точки зрения Common Law (прецедентного права), в один ряд с понятием «публичный порядок» ставит понятие «нравственность», говоря о сложности разграничения недействительных договоров, противоречащих каким-то отдельным нормам закона, от тех, которые противоречат **нравственности** и публичному порядку [18. Р. 170].

Безусловно, так же как и в случае с публичным порядком, в отношении public policy можно отметить известную концептуальную неопределенность, сложность дать конкретное догматическое определение, тем не менее, когда возникает спор о действительности отдельных договоров, появляется и необходимость в поиске такого определения. В этой связи Дж. Скармэн дал следующую дефиницию категории «public policy» в английском коллизионном праве: «Понимание публичного порядка всегда будет зависеть от «рассудительности» или «совести суда», английский суд откажется применить закон, который оскорбляет его чувство справедливости и приличия. Но прежде чем он применит правило о публичном порядке, он должен учесть соответствующее иностранное право в целом» [19. Р. 698]. У. Тетли по этому поводу отметил: «Скармэн не только устанавливает жесткое ограничение публичного порядка (он должен быть «оскорблен»), но и указывает на необходимость рассмотрения всего иностранного права» [20. Р. 107].

Сэр У. Холдсуорт утверждает: «Такое устройство законов, как Common Law, которое развивалось постепенно с ростом нации, неизбежно приобрело некоторые неколебимые и стабильные принципы, которые в сфере public policy, как и в других сферах, должны быть способными к подавлению нежелательных проявлений, даже в условиях изменяющейся правовой обстановки» [21. Р. 55]. Сами суды больше предпочитают применять уже существующие доктрины к новым ситуациям, чем создавать новые источники public policy, на этот счет Д. Прентис сказал следующее: «...это единственная область, где есть прецеденты ‘hunt in packs of two’» [22. Р. 837].

В американской доктрине, как считает У. Леви [23. Р. 58], на основании многочисленных решений американских и иностранных судов было выработано общее определение публичного порядка: «Public policy выражает осознание людьми морали, приличий, благопристойности, справедливости, честности. Public policy представляет собой дух, пропитывающий законодательную систему, общие принципы, на которых основан общественный порядок». При этом нарушение public policy последует при нанесении значительного ущерба фундаментальным понятиям «справедливости и пристойности» [24. Р. 509], а также высшей добродетели. На третьем заседании ЮНСИТРАЛ прозвучало еще одно определение *ordre public*: «Это очень общая концепция, которая определяется как вся совокупность политических, экономических и

моральных принципов, понимаемых как необходимые для поддержания данной социальной структуры» [23. Р. 58].

Верховный суд Калифорнии при вынесении решений ссылается на «принятые в государстве стандарты морали и общий интерес (общую заинтересованность) граждан». Суд Нью-Йорка считает, что public policy можно определить исходя из социальных и нравственных критериев сообщества. Из решений Верховного Суда США следует, что public policy «можно найти в очевидных этических и нравственных стандартах» [23. Р. 55].

По сути, в Common Law рассматриваемая категория определена «обычаями» и «прецедентами» более, чем законами и кодексами: ее история здесь – «это история движения... повествование мобильного (изменчивого, подвижного) правосудия и мобильных судей» [25. Р. 116]. Интересное мнение на счет различий в понимании публичного порядка в традиционном гражданском и прецедентном праве высказал французский ученый П. Легран: «Юрист традиционного гражданского права (Civil Law) заботится о порядке... в то время как юрист Common Law постоянно действует на уровне беспорядочных деяний (disordered facts): заботится о беспорядке» [26. Р. 17].

Суммируя существующие доктринальные суждения и законодательные правила, рассмотренные выше, можно сделать вывод о том, что «сфера действия public policy в Англии намного скромнее, чем у корреспондирующей континентальной категории публичного порядка» [27. Р. 173] – *ordre public*. Дисси и Моррис также отмечали: «Public policy» взяла на себя гораздо менее заметную роль в английском коллизионном праве, чем в соответствующих учениях и законодательстве зарубежных стран» [28. Р. 88], но на практике функция рассматриваемых категорий в сущности идентична. Ощутимая разница заключается в том, что нормы о публичном порядке в странах Civil Law создаются специальными законодательными органами и закрепляются в законах и кодексах, а в системах Common Law творение норм о публичном порядке осуществляется судьями при рассмотрении конкретных дел.

Литература

1. *The Quebec Civil Code* 1991 (S.Q. 1991. P. 64), arts. 8, 9, 317, 431, 757, 1373, 1411, 1413, 1499, 2632, 2639, 2866, 3081, 3155(5).
2. *Mc Clean*. De Conflict legum. Perspectives on Private International Law at the turn of the Century. General Course on Private International Law, 282 RCADI. 2000. 890 p.
3. *Cheshire & North*. 12 Ed. 1992. 1027 p.
4. *Graveson*. 7 Ed. 1974. 288 p.
5. *Castel*. Canadian Conflict (para. 94), 3 Ed. 1994. 389 p.
6. *Loucks v. Standard Oil Co.* 224. N.Y. 99 at p. 111, 120 N.E. 198. 404 p.
7. *Speidel R.E.* Extra-territorial Assertions of the Direct Action Statute: Due Process, Full Faith and Credit and the Search for Government Interest, 53 Northwestern U.L. Rev. 179. 1958. 330 p.
8. *Sheppard A.* Interim report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards. 87 p.
9. *Dyer* (1413) Anon., Y.B. Hen. V, Pasc. No. 2 of 1413. 2078 p.
10. *Colgate v. Bachelier* (1602) Cro. Eliz. 872. 430 p.
11. *Bragge v. Stanner* (1621) Plam. 402 p.
12. *Mitchel v. Reynolds* (1711) 1P. Wms. 181 (4), ib. 300 p.
13. *Egerton v. Brownlow* (1853) 4 H.L.C. 860 p.
14. *Осакве К.* Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения // Журнал российского права. 2006. С. 131–143.

15. *Cheshire*. North & Fawcett. Private International Law. Oxford, 1999. 586 p.
16. *Vervaecke v. Smith*, [1983] A.C. 145. 340 p.
17. *Carter P.B.* The role of Public Policy in English Private International Law, 42 I.C.L.Q. 1, 1993. 124 p.
18. *Guarneri A.* Ordine pubblico e common law. Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile, a cura di Rodolfo Sacco, XIII, Torino: UTET, 1995. 990 p.
19. *Scarman J.* Re Fuld's Estate (№ 3). 1968. 870 p.
20. *Tetley W.* International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime, Montréal: Yvon Blais. 1994. 270 p.
21. *Sir W.* Holdsworth. History of English Law. Vol. III. 140 p.
22. *Prentice D.D.* Chitty on contracts. Vol. 1, 28th Ed. London, 1999. 1003 p.
23. *Lewi W.* The international ordre public // Revue de Droit international prive. 1994. № 1. P. 51–63 (123 p.).
24. *Kessedian C.* La reconnaissance et L'execution des jugements en droit international prive aux Etats-Unis. Paris, 1987. 870 p.
25. *Goodrich P.* Languages of Law from Logics of Memory to Nomadic Masks. London, 1990. 217 p.
26. *Legrand P.* Sens et non-sens d'un code civil europeen, in Reveu internationale de droit compare, n. 4, octobre-dicembre. 1996. 115 p.
27. *Shelkopyas N.* The application of EC Law in Arbitration Proceedings. Groningen, 2003. 238 p.
28. *Dicey and Morris*. 12 Ed. 1993, at Rule 2. 259 p.