



Kazakhstan Chamber of Arbitration

050008, Қазақстан Республикасы, Алматы қ., Тимирязев к., 15 «Б», офис 3, тел: +7 (727) 313-10-61, e-mail: info@palata.org  
050008, Республика Казахстан, г. Алматы, ул. Тимирязева 15 «Б», офис 3, тел: +7 (727) 313-10-61, e-mail: info@palata.org  
050008, Republic of Kazakhstan, Almaty, 15 B Timiryazev st., office 3, tel: +7 (727) 313-10-61, e-mail: info@palata.org

№ 100002 29.10.2024.

Вице-министру юстиции  
Республики Казахстан  
г-же Мерсалимовой Л.К.

Уважаемая Лаура Канатовна!

Арбитражная палата Казахстана (далее – АПК), рассмотрев Ваш запрос относительно п. 2 Нормативного постановления Конституционного Суда Республики Казахстан от 13 сентября 2024 г. за № 51-НП «О рассмотрении на соответствие Конституции Республики Казахстан пункта 3 статьи 52 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже», поступивший в АПК по электронной почте 15 октября 2024 г., настоящим сообщает следующее.

Понятие «публичный порядок» является одним из наиболее широких и наиболее неопределенных оценочных понятий в международном частном праве (далее – МЧП). Применение или неприменение оговорки о публичном порядке отдается целиком на усмотрение суда.

Согласно п. 1 ст. 1090 Гражданского кодекса иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка Республики Казахстан (публичному порядку Республики Казахстан). В этих случаях применяется право Республики Казахстан.

То есть публичный порядок определяется как основы правопорядка.

Под публичным порядком Республики Казахстан в подпункте 1) ст. 2 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 г. «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) также понимаются основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан. Такое определение публичного порядка полностью соответствует п. 1 ст. 1090 ГК.

Оговорка о публичном порядке широко распространена в международном частном праве. Она в тех или иных вариациях содержится в законодательстве практически всех стран, имеющих кодификации по международному частному праву, в том числе содержалась в законодательстве СССР и Казахской ССР.

В качестве одного из первых примеров применения оговорки о публичном порядке исследователи приводят решение римского судьи во II в., когда он вынужден был отказать в признании египетского закона (папируса II в.), поскольку последний противоречил представлениям римлян о размере и юридическом статусе приданого<sup>1</sup>.

Однако впервые четкое закрепление оговорки о публичном порядке получила в учениях постглоссаторов.

<sup>1</sup> См. об этом: Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010. С. 9.

В частности, известный третий принцип голландского постглоссатора Ульрика Губера гласит: «Суверены будут действовать в силу вежливости таким образом, что права, приобретенные в пределах юрисдикции одного государства, сохраняют свою силу везде при условии, что они не причиняют ущерба власти и правам этого государства». В заключительной части этого принципа явственно прослеживается идея неприменения иностранного права в случае его противоречия публичному порядку этой страны<sup>2</sup>.

Оговорка о публичном порядке в тех или иных вариациях содержится в законодательстве практически всех стран, имеющих кодификации по МЧП. Понятие публичного порядка (*ordre public*, *public policy*) является довольно неопределенным, применение его отдается целиком на судейское усмотрение. Оговорку о публичном порядке называют «предохранительным клапаном», каучуковым параграфом» и т.п.

Оговорка о публичном порядке может быть применена, когда применение иностранного права противоречило бы основам правопорядка РК, правовым принципам, породило бы последствия, недопустимые с точки зрения нашего правосознания.

Можно выделить некоторые характерные черты оговорки о публичном порядке:

1) наличие неких установленных норм, правил, требований, которые являются основополагающими для существования и поддержания всей социальной структуры данного общества;

2) мораль и представления о нравственности, господствующие в данном обществе;

3) относительно территориальный характер, что означает, что в каждом государстве складывается свой публичный порядок;

4) стремление любой системы, к которым относится также государство, к самосохранению. В каждом государстве самосохранение осуществляется путем особых механизмов, (системы норм), подчиняющих частный интерес публичному<sup>3</sup>.

Примеры применения оговорки о публичном порядке связаны в основном с личным статусом граждан, с нарушением естественных прав человека (например, о нарушениях прав детей неарийской расы, положений о рабстве, торговле наркотиками и т.п.).

Несомненно, при применении таких норм практически во всех странах, в том числе и в Казахстане, будет задействована оговорка о публичном порядке.

Значительную часть случаев применения оговорки о публичном порядке занимают непризнание норм иностранного права в области семейных отношений (например, нормы о многоженстве, расторжении брака по мусульманскому праву и т.п.), при наследовании по завещанию. В имущественной сфере оговорка о публичном порядке практически не применяется.

В законодательстве многих стран содержатся ссылки на противоречие публичному порядку, но нигде не дается четких указаний о том, какие именно ситуации, связанные с применением иностранного права, могут рассматриваться как противоречие публичному порядку.

Сложность и, более того, нецелесообразность попытки законодателя дать исчерпывающее описание случаев, когда применение иностранного права признавалось бы противоречащим публичному порядку, связаны с тем, что в законе невозможно заранее предусмотреть все варианты коллизий между отечественным и иностранным правом, которые могут возникнуть на практике.

Об экстраординарности применения в мировой судебной практике такого основания, как противоречие публичному порядку, говорит и тот факт, что «известнейший специалист в области международного арбитража проф. А.-Я. Ван ден Берг насчитал за 45 лет применения Нью-Йоркской конвенции в опубликованной судебной практике ведущих мировых правовых систем лишь восемь случаев, когда суды развитых государств отказывали в приведении в исполнение решений международных арбитражей со ссылкой

<sup>2</sup> Там же. С. 463-464; См. также: Вольф М. Международное частное право. М. 1948. С. 188.

<sup>3</sup> См.: Богатина Ю.Г. Указ. соч. С. 30-33.

на публичный порядок, и даже эти случаи чаще всего связаны либо с применением устаревших и теперь отмененных норм права, либо с очевидными процессуальными ошибками, допущенными арбитрами в ходе процесса<sup>4</sup>.

Одно ясно: неприменение иностранного права на основе нарушения публичного порядка возможно только в «исключительных случаях». Поэтому каждый такой случай должен серьезно обосновываться и не может сводиться к любому нарушению, пусть даже и серьезному, норм национального права.

В пункте 34 Нормативного постановления Верховного Суда от 2 ноября 2023 года № 2 «О некоторых вопросах применения судами арбитражного законодательства» закреплено следующее:

«Установление судом, что арбитражное решение противоречит публичному порядку Республики Казахстан или спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан является безусловным основанием к отмене арбитражного решения.

Выяснение наличия или отсутствия оснований, предусмотренных п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже, входит в круг обстоятельств, подлежащих уточнению судом, независимо от того, что сторона, обратившаяся в суд с заявлением об отмене арбитражного решения, не ссылается на данное основание.

Основы правопорядка – это установленные государством основополагающие нормы об общественном, экономическом и социальном устройстве общества, направленные на соблюдение и уважение такого устройства, обеспечение соблюдения правовых предписаний и защиту прав и свобод граждан.

Применение института публичного порядка возможно в исключительных случаях, не подменяя иных оснований для отмены арбитражного решения и оснований отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений, предусмотренных Законом об арбитраже.

Суду при отмене арбитражного решения по данному основанию следует мотивировать, какие основополагающие нормы, составляющие основы правопорядка, были нарушены, каким образом решение арбитража и дальнейшее его исполнение будет противоречить публичному порядку».

Разработка данного пункта Нормативного постановления была сопряжена с рядом дискуссий относительно разъяснения понятия «публичный порядок».

В одном из вариантов проекта Нормативного постановления предлагалось следующее понимание публичного порядка:

«Под публичным порядком понимаются нарушения основополагающих принципов экономической, политической и правовой системы Республики Казахстан, которые будут иметь последствия в виде нанесения ущерба суверенитету или безопасности государства, затронут интересы больших социальных групп либо нарушат конституционные права и свободы физических и юридических лиц».

Такое понимание не соответствовало положениям статьи 1090 ГК. Оно было заимствовано из Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20.02.2013 года №156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных и арбитражных решений». Указанное понимание является спорным и даже опасным, поскольку излишне широкое понимание публичного порядка вызывает массу вопросов как с теоретической, так и с практической точек зрения. Что означает «нанесение ущерба суверенитету или безопасности государства», «затронут интересы больших социальных групп»? Как это будет оцениваться? Слишком высок риск возникновения негативных последствий, поскольку, используя это понятие, суды могли начать массово отменять арбитражные решения.

---

<sup>4</sup> Там же. С. 336-337.

Поэтому разработчики отказались от такого подхода.

В связи с тем, что такое основание для отмены арбитражного решения и отказа в его принудительном исполнении как противоречие публичному порядку носит экстраординарный характер и в международной практике применяется довольно редко, мы предлагали при перечислении примеров применения публичного порядка применить подход, использованный в Приложении к Информационному письму Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 года № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений»<sup>5</sup>. В этом Приложении Высший Арбитражный Суд РФ поступил «от противного», то есть привел примеры судебной практики, когда суды неверно применяли такое основание как противоречие публичному порядку, с кратким обоснованием, почему использованное судом в конкретном деле основание не является противоречием публичному порядку.

Конкретные примеры, когда судами при отмене арбитражных решений было неправильно применено такое основание, как публичный порядок, были приведены в Обобщении судебной практики о признании, исполнении и отмене арбитражных решений за 2019-2022 годы, принятом Верховным Судом Республики Казахстан 10 февраля 2023 года<sup>6</sup>. При подготовке этого Обобщения Верховным Судом было изучено 253 материала. Примечательно, что согласно указанному Обобщению в судебной практике по противоречию публичному порядку судебные акты за указанный период по результатам рассмотрения заявлений о выдаче исполнительного листа не выносились<sup>7</sup>.

В Нормативном постановлении Конституционного Суда Республики Казахстан от 13 сентября 2024 года № 51-Н «О рассмотрении на соответствие Конституции Республики Казахстан пункта 3 статьи 52 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» было закреплено следующее положение:

«Под публичным порядком Республики Казахстан, нарушение которого влечет отмену судом арбитражного решения, понимаются основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан (подпункт 1) ст. 2 Закона об арбитраже). Следовательно, используемая терминология отождествляет публичный порядок и основы правопорядка, при котором нарушение первого может проявляться в посягательстве на любые элементы основ правопорядка, признанных таковыми в законодательных актах Республики Казахстан.

Принимая во внимание принципы арбитражного разбирательства (автономия воли сторон, независимость, справедливость и другие), предлагается скорректировать отмеченную терминологию с целью обеспечения ее формальной определенности и ясности.

Конституционный Суд полагает, что дефиниция «публичный порядок Республики Казахстан» должна основываться на понятных критериях, позволяющих со всей определенностью отличать правомерное поведение от противоправного, исключая возможность произвольной интерпретации положений закона».

На наш взгляд, Конституционный Суд РК допустил серьезную ошибку. Понятие «публичный порядок» – оценочное понятие, которое применяется по-разному в различных странах. Содержание его может меняться в зависимости от развития государства и исторической обстановки. Это очень широкое понятие и оно должно определяться максимально широко. Понятие «основы правопорядка» вполне соответствует и отражает сущность понятия «публичный порядок». Все попытки определить его более детально, предпринимаемые учеными и законодателями различных стран, заканчивались неудачей.

Об этом же пишет А. Калдыбаев:

<sup>5</sup> [https://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_144311/99e2aae02efe1499103e38398c34fee649e0c8e1/](https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144311/99e2aae02efe1499103e38398c34fee649e0c8e1/)

<sup>6</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан. № 3. 2023 год. С. 78-81.

<sup>7</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан. № 3. 2023 год. С. 109.

«Неясно, как Правительство, а именно Министерство юстиции, справится с раскрытием оценочной дефиниции «публичный порядок» и даст понятные критерии определения нарушения публичного порядка. Над этим столетиями ломают головы лучшие умы мира и так и не пришли к единому решению.

Дело в том, что оценочное понятие «публичный порядок» возможно только раскрыть через другие оценочные понятия: «основы правопорядка», «основополагающие права», «основополагающие принципы», «добрые нравы», «принципы морали», «законные интересы», «стандарты прав человека», «общепризнанные принципы и нормы международного права», «высшая императивность», «универсальность», «особая общественная и публичная значимость».

<sup>1</sup>Таким образом, понятие «публичный порядок» раскрывается через оценочные категории, и на законодательном уровне дать конкретное определение данному понятию является практически невозможным исходя из следующих причин:

- судебная система каждого государства, самостоятельно и независимо определяет содержание данного понятия,
- исходя из текущих условий в государстве понимание публичного порядка может меняться,
- реальное наполнение содержания этого понятия зависит от конкретных обстоятельств дела»<sup>8</sup>.

Таким образом, с учетом принятия Верховным Судом Республики Казахстан Обобщения судебной практики о признании, исполнении и отмене арбитражных решений за 2016, 2017 и 1 квартал 2018 года, Обобщения судебной практики о признании, исполнении и отмене арбитражных решений за 2019-2022 годы, Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 2 ноября 2023 года № 2 «О некоторых вопросах применения судами арбитражного законодательства» определение публичного порядка Республики Казахстан, предусмотренное в подпункте 1) ст. 2 Закона об арбитраже и соответствующее ст. 1090 ГК является достаточным.

В связи с чем Арбитражная палата Казахстана считает нецелесообразным внесение изменений и дополнений в Закон об арбитраже в отношении уточнения понятия «публичный порядок».

**Председатель Правления Арбитражной палаты Казахстана,  
Директор НИИ частного права Каспийского университета,  
Председатель Казахстанского Международного Арбитража,  
Член НКС при Конституционном Суде РК,  
Член Международного совета при Верховном Суде РК,  
академик НАН РК, д.ю.н.,  
профессор**



**Сулейменов М.К./**

<sup>8</sup> См.: Калдыбаев А. О возможности раскрытия дефиниции «публичный порядок» в законе // URL:[https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=36177662](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36177662)