

УДК 341.9

О. М. Нагуш, старший викладачОдеського національного університету імені І. І. Мечникова
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ДОКТРИНИ ПУБЛІЧНОГО ПОРЯДКУ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: РЕТРОСПЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ

У статті проведено історичний огляд становлення категорії публічного порядку в науці міжнародного приватного права ХІХ — початку ХХ ст. Аналізуються погляди на поняття публічного порядку в германській, романській та російській дореволюційній доктринах.

Ключові слова: публічний порядок, застереження про публічний порядок, *ordre public*, міжнародні відносини цивілістичного характеру, колізійні норми.

Наслідком взаємодії національних правових систем у регулюванні міжнародних відносин цивілістичного характеру стає проникнення у національний правовий простір актів іноземних держав — законів, судових та арбітражних рішень, запитів про правову допомогу. Відмінності у моральних та культурних цінностях того чи іншого суспільства, різний ступінь інтеграції держав у міжнародне співтовариство роблять можливими ситуації, коли іноземні акти будуть оцінюватись як такі, що чинять недопустимий руйнівний вплив на національний публічний порядок.

Ще за часів постгласаторів (ХІV ст.) [1, 269] зустрічаються посилення на неможливість застосування іноземного права через його суперечливість «моралі» та «добрим звичаям». У ХVІІ ст. голландський колізіоніст Ульрік Хубер зазначав, що визнання дії іноземного закону (виходячи з «міжнародної ввічливості» (*comitas gentium*)) допускається в тих випадках, коли таке визнання не применшує суверенітет голландських провінцій та права їхніх громадян [2, 9]. Один із засновників радянської науки міжнародного приватного права О. М. Макаров, на питання, чи всякий іноземний закон може застосовувати суддя, відповідно до колізійної норми, чи ні, — давав відповідь, що ні, не всякий: «іноземний закон, який протирічить вітчизняному публічному порядку, не можна застосувати, хоча б його застосування й витікало із сформульованої колізійної норми» [3, 52]. Сучасні дослідники, зокрема, Г. К. Дмитрієва [4, 182], В. І. Кисіль [5, 94] теж наголошують на неможливості застосування іноземного закону через його суперечливість національному публічному порядку.

Що ж стосується встановлення природи та змісту публічного порядку — це завдання було і залишається одним з найскладніших в науці міжнародного приватного права та судової практики. Публічний порядок є предметом дослідження в міжнародному приватному праві вже кілька століть, протягом яких лунали думки від негативної оцінки публічного порядку М. І. Бруном як «поняття, що нічого не говорить в цій сфері» [6, 78] до віднесення його А. М. Мандельштамом до одного з основних питань міжнародного приватного права [7, 78]. Ми ж розглянемо ті роботи, що у ХІХ — на початку ХХ століття заклали фундамент у дослідженні цієї категорії.

Одним із перших, хто підійшов до проблеми публічного порядку, був німецький вчений та юрист Фрідріх Карл фон Савінії, на думку якого, існують випадки, коли застосувати іноземний закон виявляється неможливим; випадки ці мають аномаль-

ний характер, вони є виключеннями із загального правила, і підлягають скороченню у подальшому процесі правового розвитку. Згідно з теорією Савінії, будь-який закон має простирати свою дію на ті правовідносини, що йому належать, — отже, усі держави мають становити єдине міжнародне співтовариство, і тому зобов'язані допускати чужі закони до переліку джерел, в яких місцеві судді мусять відшукувати норми для вирішення певних правовідносин. Однак, викладення цього принципу у Савінії підлягає обмеженню, оскільки «існують певні закони, що не допускають такого вільного із ними поводження» [2, 68]. Закони ці автор групує у два класи: «перший — закони, що для вільного обігу, незалежно від кордонів окремих держав, непридатні, через свою суто позитивну, примусову природу. Закони, які видаються не тільки заради суб'єктів права, закони, які засновані на моральних міркуваннях або на міркуваннях суспільного блага. Другий — юридичні інститути іноземної держави, існування яких взагалі не визнається в нашій...» [3, 54]. Прикладом таких законів Савінії подає закон, що забороняє полігамію (ґрунтується на моральних засадах), закон, що забороняє євреям придбання нерухомості (ґрунтується на міркуваннях суспільного блага); правовий інститут цивільної смерті, відомий французькому праву та невідомий німецькому, інститут рабства, невідомий усім державам культурного світу.

Оскільки кожна держава покликана до створення суспільного блага для свого суспільства через інституційовані механізми, спрямовані на його захист і підтримання, то чи можливо, як підґрунтя незастосування іноземного права, вказувати порушення суспільного блага. Що ж стосується невідомості або невизнаності тих чи інших правових засобів, то явище це дійсно не рідке. В міжнародному комерційному обороті незнаність або невизнаність тих чи інших правових засобів зустрічаються дуже часто, і необхідні механізми, які б дозволяли враховувати і визнавати правові інститути, що існують в інших державах і не існують в національному праві, якщо це сприяє розвитку комерційних відносин і не порушує публічний порядок.

В романській літературі вчення про публічний порядок набуває іншої постановки: тут *ordre public* вже не аномалія, а необхідна складова нормального порядку речей. Функція права, говорить італійський юрист Паскуале Станіслао Манчіні, полягає в тому, щоб поєднати приватну свободу зі здійсненням суспільної влади. Причому, влада ця має зупинятися там, де вона зустрічає законний прояв індивідуальної свободи. Таким чином, у кожній країні паралельно розвиваються два начала: вільна діяльність приватних осіб та діяльність державної влади, покликаної оберігати суспільний порядок [8, 292]. Начала особистої свободи можуть отримати належний розвиток лише в тому випадку, коли їм не будуть ставитись жодні перепони у міжнародному спілкуванні. Отже, держави мають надавати іноземцям на своїй території таку саму міру свободи, яка гарантується їхнім національним законодавством. Щодо реалізації державного начала, то воно, як діаметрально протилежне, покликане встановити, наскільки особи, які знаходяться на цій території, повинні схилитися перед місцевим суверенітетом. І все, що лежить у сфері публічного права і публічного порядку, законодавець вільний підкорити місцевим нормам, нормам *foi*. В усіх випадках, коли необхідно відійти від принципу національного закону учасників правовідношення, романська школа говорить про публічний порядок. Сферу незастосування національного закону різні дослідники хоча й називають по-різному — «права суверенітету і політичної незалежності» (Манчіні), «публічне право» (Есперсон), «соціальне право» (Лоран), «закони соціальної гарантії» (Пільє), «закони, покликані охороняти усе суспільство» (Валері), — але відносно ядра, що наповнює її основним змістом, суперечливостей не мають [3, 52]. В літературі того часу зустрічаємо велику кількість спроб визначити зміст публічного порядку. Причому одні автори йдуть шляхом встановлення вичерпного переліку законів публічного порядку, інші — намагаються віднайти загальну формулу, що дозволила б конкретно розкрити їхній об'єм. У Манчіні, зо-

крема, знаходимо таке визначення публічного порядку: «публічний порядок складають основи моралі, добрі звичаї, основні права людської природи, невід'ємні свободи, економічні закони тощо» [8, 297].

Новий підхід до відшукання природи законів публічного порядку і визначення меж їхнього застосування знаходимо у германській літературі другої половини XIX ст. Усвідомлюючи неможливість визначити раз і назавжди публічний порядок виходячи із змісту належних до застосування норм, наукова думка того часу знайшла додаткову ознаку публічного порядку у ступені «прив'язаності» правовідношення до території судді, який вирішує спірне правовідношення. Вперше про це говорить К. Л. фон Бар [3, 56], підкреслюючи, що в проблемі публічного порядку вирішальним моментом має стати не зміст іноземного закону, а сприяння до його застосування на території судді. І суддя не повинен безпосередньо сприяти здійсненню правової норми або вимоги, які є для його вітчизняного правопорядку абсолютно неприйнятними. Далі Е. Цительман, який називає закони публічного порядку «захисним застереженням» (*Vorbehaltsklausel*), також вказує, що вирішальне значення при розгляді правовідношення має саме застосування іноземної норми на території судді. Але на цьому не зупиняється, і говорить, що важливою є не тільки прив'язка до території судді, важливий також зміст іноземної норми або правовідношення, важливо, аби зміст цей з погляду місцевого правопорядку був аморальним [3, 57]. Цительман, так само як і Савінї, вважає, що закони публічного порядку — це виключення із встановлених правил приватного міжнародного права. І вступає воно в силу лише тоді, коли наявні керівні правила до застосування саме іноземного, а не свого закону [2, 88].

Олександр Олександрович Піленко, видатний російський правознавець, в роботі «Нариси з систематики приватного міжнародного права» (1911 р.) виділяє дві конструкції публічного порядку, що склалися на той час: генетичну та статичну. Суттєва відмінність однієї конструкції від іншої полягає в тому, що генетична конструкція вважає публічний порядок правилом, яке існує поряд із правилом про екстратериторіальне значення особистих законів (Манчіні), в конструкції ж статичній публічний порядок відіграє роль виключення, яке домінує і над реальними, і над персональними законами (Савінї) [2, 69]. Генетична конструкція, на думку Піленко, стосується політики права, і лежить у сфері міркувань, як треба або не треба формулювати законодавчі норми. Статична конструкція стосується догматики права, оскільки дає відповідь на питання, що необхідно зробити з існуючою нормою, коли її застосувати, а коли обійти; і конструкції ці такі далекі одна від одної, як законодавець від судді.

Конкретних висновків про природу публічного порядку ця робота не містить, можливо тому, що вчений не визначився в тому, що публічний порядок є інститутом міжнародного приватного права. Даючи обґрунтування колізійної природи публічного порядку, автор переважно вдається до аналізу імперативних норм цивільного права, і тим самим демонструє, що норми відносяться до публічного порядку, а іноземний закон застосовується. Наслідком такого підходу є втрата головного сенсу категорії публічного порядку як інституту міжнародного приватного права — незастосування іноземного права. І коли вже розглядати інститут публічного порядку, застосованого до міжнародного приватного права, то з цього погляду не існує публічного порядку, що стосується сфер, врегульованих цивільним правом або міжнародним правом. В міжнародному приватному праві існує інститут публічного порядку, який покликаний відхилити застосування іноземного права з тих чи інших підстав в залежності від національної правової системи. Звичайно, і в цивільному праві існує категорія публічного порядку, але ця категорія знаходить вираження у наявності імперативних правил, які ґрунтуються або на забороні, або на зобов'язаннях, що не мають безпосереднього відношення до інституту публічного порядку у міжнародному приватному праві.

Подальший розвиток в російській дореволюційній науці міжнародного приватного права інститут публічного порядку знайшов у спеціальному дослідженні одного з найталановитіших колізіоністів Михайла Ісаковича Бруна «Публічний порядок у міжнародному приватному праві» (1916 р.). Позиція автора щодо публічного порядку загалом така: «Прогрес науки конфліктного права та законодавчої творчості пов'язаний із вигнанням нічого не промовляючого поняття публічного порядку та заміною його низкою спеціальних колізіонних норм, які б внесли поправки та обмеження в ті норми загального змісту, якими довгий час вдовольнялись як теоретики, так і практики. Вибір між різномісними законами матеріального права у разі їхньої колізії передбачає не тільки оцінку змісту цих законів, а й випробовування міцності прив'язок. Зміст законів матеріального права оцінюється для того, аби конфліктний законодавець міг сказати, чи допускає він дію іноземного закону, аби виявилась одна із чотирьох прив'язок правовідношення з іноземним елементом до його матеріального законодавства...» [6, 78]. Отже, на думку М. І. Бруна, саме зміст колізіонної прив'язки визначає характер матеріального закону, що виключає можливість застосування до регульованих правовідносин іноземного закону. Але, як справедливо зауважує В. В. Кудашкін, не прив'язка визначає зміст матеріальних законів, які мають пріоритет перед нормами іноземного права, а специфіка і характер суспільних відносин, регулювати які і покликані матеріальні закони [9, 159].

На думку М. І. Бруна, «кожного разу, коли в діюче конфліктне правило необхідно ввести виключення, тобто утворити нову більш спеціальну конфліктну норму, або взагалі змінити чи перетворити існуючу норму, говорять, за застарілою звичкою, що робиться це в ім'я публічного порядку» [6, 76]. Як бачимо, автор не розглядає публічний порядок як засіб обмеження іноземного права, оскільки вважає, що питання обмеження іноземного права вирішуються на підставі конфліктних норм. Однак, критерій вибору колізіонної норми, яка унеможливіє застосування іноземного закону, він використовує той самий, що і його попередники; щоправда, говорить він про інтереси не держави, і навіть не суспільства, а громадянського суспільства. Загалом, автор упевнений, що проблему виключення дії іноземного закону можна вирішити деталізацією колізіонних прив'язок; а якщо немає прив'язки до національного закону, то, вочевидь, законодавець не вважав за необхідне її вводити. Але ж на практиці можуть мати місце випадки, коли специфіка і характер суспільних відносин об'єктивно потребуватимуть застосування виключно норм матеріального національного права, а відповідна колізіонна прив'язка буде відсутня. Тому треба констатувати, що М. І. Брун ненабагато далі просунувся у вивченні категорії публічного порядку, ніж його попередники.

Як бачимо, проаналізовані роботи, в яких автори досліджують публічний порядок, не дають плідних результатів з розкриття його природи та змісту. І причина тому — специфіка категорії публічного порядку. Категорія ця перш за все не правова, а соціальна, належна до категорій та понять системи внутрішньодержавних відносень. Тому вона не може мати конкретного змісту. В кожному конкретному випадку вирішення питання про застосування іноземного права має проводитись з точки зору категорій саме всієї системи внутрішньодержавних відносень: як зачіпаються інтереси держави, який вплив здійснюється на ці інтереси, чи можна внаслідок такого впливу вивести систему з рівноваги та ін. Всі ці питання неможливо закріпити в будь-якій статичній конструкції у вигляді правової норми, оскільки при дещо схожих умовах правового регулювання суспільних відносин наслідки реалізації конкретного правовідношення, яке ґрунтується на певній нормі іноземної правової системи, що підлягає застосуванню, можуть бути найрізноманітнішими. Нормативне ж закріплення законів публічного порядку не дає можливості оцінити наслідки застосування того чи іншого іноземного закону, оскільки право діє не безпосередньо, а через правовідносини. Дуже складно заздалегідь оцінити та нормативно закріпити наслідки реалізації кожного правовідношення, ускладненого

іноземним елементом, яке ґрунтується на іноземному праві, що здатне суперечити публічному порядку держави.

Підтвердженням наведеного вище і виступає ситуація, що склалася сьогодні. Законодавець не бажає або не може наповнити зміст публічного порядку конкретними нормами, застосування яких не стикалося б із суперечками та невизначеністю; відсутність законодавчої визначеності відбивається, в свою чергу, і на позиціях юристів-теоретиків, які не можуть знайти підтримки в законодавстві для підкріплення правильності своїх тверджень та позицій.

Література

1. Луиц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. — М.: Спарк, 2002. — 1007 с.
2. Пиленко А. Очерки по систематике частного международного права. — СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. — 444 с.
3. Макаров А. Н. Основные начала международного частного права. — М.: Юрид. изд-во Наркомюста РСФСР, 1924. — 151 с.
4. Международное частное право: Учеб. / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект, 2009. — 688 с.
5. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. А. Довгерта. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. — 352 с.
6. Брун М. И. Публичный порядок в международном частном праве. — Пг.: Сенатская типография, 1916. — 97 с.
7. Мандельштам А. Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. — СПб.: Тип. А. Бенке, 1900. — Т. 1: Кодификация международного частного права. — 273 с.
8. Mancini P. S. De l'utilité de rendre obliatoires pour tous les états, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux etc. — Clunet, 1874. — 312 p.
9. Кудашкин В. В. Правовое регулирование международных частных отношений. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — 378 с.



О. Н. Назуш, старший преподаватель

Одесского национального университета имени И. И. Мечникова
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65068, Украина

ДОКТРИНЫ ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ: РЕТРОСПЕКТИВНЫЙ АНАЛИЗ

РЕЗЮМЕ

В ходе развития международного частного права неоднократно предпринимались попытки раскрыть природу и содержание публичного порядка, однако раз и навсегда определить четкое содержание этой категории оказалось невозможным. Причина тому — специфика категории публичного порядка. Категория эта, прежде всего, социальная, относящаяся к категориям и понятиям системы внутригосударственных отношений. Для современных специалистов в области международного частного права более приемлемо говорить не о публичном порядке вообще, а об оговорке, ограничивающей действие иностранных законов и реализацию иностранных решений.

Ключевые слова: публичный порядок, оговорка о публичном порядке, *ordre public*, международные отношения цивилистического характера, коллизионные нормы.