

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 постглюсаторів (ХІV ст.) [1, 269] зустрічаються посилання 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 Савіньї, на думку якого, існують випадки, коли застосувати іноземний закон виявляється неможливим; випадки ці мають аномаль-

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 відшукування 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 сприйняття 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 Савіньї, 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 (Савіньї) [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.

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. Нагуш, старший преподаватель

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

ДОКТРИНЫ ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ: РЕТРОСПЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ

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.