

УДК 341.9.01

*А. О. Самусь, студентка 4 курсу навчання юридичного факультету ДВНЗ “ Українська академія банківської справи Національного банку України”; науковий керівник – доц. кафедри державно-правових дисциплін ДВНЗ “Українська академія банківської справи Національного банку України”, канд. юрид. наук **В. М. Завгородня***

## КАТЕГОРІЇ “ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК” ТА “НАДІМПЕРАТИВНІ НОРМИ” В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

*У статті досліджено основний зміст понять “застереження про публічний порядок” і “надімперативні норми”. Розглядаються основні причини і мета застосування даних правових категорій, встановлюється їх співвідношення та основні способи взаємодії.*

*Ключові слова: застереження про публічний порядок, надімперативні норми, трансформація ordre public.*

**Постановка проблеми.** Захист національного правопорядку у відносинах, пов’язаних з іноземним елементом – пріоритетна ціль будь-якої держави. Саме тому виникає потреба в обмеженні негативного впливу іноземного права, застереженні щодо екстериторіальної дії правопорядку іншої країни або ж взагалі заборони застосування іноземного закону в силу застосування національного законодавства. В таких випадках в доктрині міжнародного приватного права використовуються застереження про публічний порядок та надімперативні норми. Не зважаючи на те, що з часів виникнення даних інститутів сформувалася значна теоретична база, розширення міжнародних зв’язків, цивільного і комерційного обігу, а з ними і збільшення спорів у справах з іноземним елементом, зумовили нові складнощі щодо тлумачення даних категорій. Увага до даної проблеми в теорії міжнародного приватного права та практична перевірка судових рішень на відповідність правопорядку країни зумовлюють необхідність подальшої розробки і вдосконалення даних категорій.

Теоретична і практична визначеність щодо основного змістовного наповнення вказаних понять і їх взаємодії дадуть можливість уникнути підміни однієї категорії іншою, підвищити законність і захистити національні інтереси.

**Аналіз основних досліджень і публікацій.** Проблеми публічного порядку та його порушення як підстави нікчемності правочину розглядалися у працях багатьох вчених-цивілістів: Д. Бобрової, М. Брагінського, І. Дзери, М. Сибільова, Ф. Хейфеца. Проблематику надімперативних норм досліджували М. М. Богуславський, О. В. Кабатова, Л. А. Лунц, Т. М. Муратов та інші дослідники. Однак потреба у подальшому вивченні цієї проблеми є очевидною, з огляду на зміни в законодавстві та нові умови функціонування міжнародних приватних відносин. Звідси **метою** цієї статті є встановлення змісту понять “застереження про публічний порядок” і “надімперативні норми” та з’ясування їх співвідношення.

**Виклад основного матеріалу.** Застереження про публічний порядок та надімперативні норми – головні інструменти колізійного права, направлені на ліквідацію небажаного з огляду нашого правопорядку іноземного закону.

Незважаючи на те, що застереження про публічний порядок як інструмент кореляції застосування іноземного права міститься в законодавствах усіх правових систем, на даному етапі у доктрині міжнародного приватного права немає єдиного розуміння ні змісту, ані функцій досліджуваного явища. У зв’язку з цим норми застосування ordre public називають каучуковими, а саме поняття застереження про публічний порядок називають “каучуковим параграфом”, що надає праву гнучкості в тих випадках, коли вона необхідна [1]. Саме ж розуміння терміну “публічний порядок” відрізняється в судовій практиці і доктрині крайньою невизначеністю.

У сучасній літературі з міжнародного приватного права застереження про публічний порядок розглядається в більшості випадків як інститут міжнародного приватного права, який має на меті запобігання можливим негативним наслідкам колізійного відсилання до іноземного права. На основі цього виділяються наступні характеристики ordre public:

– не можна говорити про застосування застереження про публічний порядок за відсутності колізійного відсилання до норм іноземного права;

– незастосування іноземного права або невизнання суб'єктивних прав, що виникли під дією іноземного закону, пов'язані з негативними наслідками такого застосування або визнання для даного правопорядку [2].

Внаслідок неузгодженості доктринальних підходів щодо конкретного визначення поняття *ordre public* законодавці більшості країн вдаються до загальних формулювань даної категорії і в більшості випадків це пов'язано з різними історичними, культурними, соціальними, економічними й політичними чинниками, особливостями устрою судових систем світу і обставинами конкретної справи, що розглядається цими органами. Тому застереження про публічний порядок (*ordre public*) визначають як встановлену законодавчим шляхом та інтерпретовану судовими інстанціями норму, яка обмежує або виключає небажані, з огляду внутрішнього правопорядку і моралі, наслідки застосування іноземного права.

Проблема публічного порядку пов'язана з найскладнішими правовими механізмами міжнародного приватного права: йдеться про співвідношення публічного і приватного інтересів, межі втручання держави та її судової системи у відносини між приватними особами, що знаходяться в різних країнах, можливості поєднання принципу автономії волі сторін із імперативними нормами національних законів, припустимості застосування іноземного закону на території іншої держави.

Так, на думку деяких науковців, основними чинниками невизначеності поняття “публічний порядок” в сучасному українському законодавстві пропонують вважати наступні:

- історичний. Так, необхідно враховувати, що серйозний практичний розвиток інституту публічного порядку розпочався в Україні лише кілька років тому, коли лібералізувалась участь суб'єктів господарської діяльності в зовнішньоекономічних відносинах з іншими країнами світу. Інститут публічного порядку в сфері міжнародного приватного права мав у СРСР скоріш теоретичне, ніж практичне значення через недостатню участь СРСР у міжнародному цивільному й торговельному обороті;

- нормативно-теоретичний. Оскільки, сам законодавець не бажає або не може наповнити зміст публічного порядку конкретними нормами, застосування яких не стикалося б із суперечками та невизначеністю [3].

В загальних рисах вплив публічного порядку на правове регулювання дозволяє виділити дві його функції: захисну, яка захищає національний правопорядок від негативних наслідків застосування іноземного закону, та активну, яка встановлює компетенцію національного права.

Аналізуючи дані функції можна говорити про існування двох основних видів застереження про публічний порядок: позитивного і негативного.

Так, загальна позитивна концепція (“франко-італійська”) базується на сукупності матеріально-правових норм, які в силу принципової важливості для захисту суспільних і моральних підвалин даної держави застосовуються завжди, навіть якщо вітчизняна колізійна норма відсилає до іноземного права. Отже, якщо йде мова про застосування позитивного застереження про публічний порядок, то не існує відсилання до іноземного права, а йдеться тільки про дію імперативних норм національного права.

Позитивній концепції *ordre public* протиставляється негативна, яка притаманна німецькій школі міжнародного приватного права і відповідно до якої публічний порядок повинен визначатися не через внутрішні матеріальні норми, а через негативні, неприйнятні властивості іноземного закону.

Думка стосовно того, що саме норма іноземного закону містить певні негативні положення є помилковою, оскільки звернення до застереження про публічний порядок обумовлено не суперечністю самих іноземних норм основам вітчизняного правопорядку, а наслідкам їх застосування.

Отже, застереження про публічний порядок можна розглядати як певний колізійний засіб регулювання правовідносин, що зумовлює коригування процесу застосування іноземного права. Оскільки, у випадку несумісності з основними принципами вітчизняного правопорядку *ordre public* замінює іноземний закон на національний. Виходячи з цього, застереження про публічний порядок, прийнято розглядати як комплексний феномен, що сполучає в собі елементи колізійного, матеріального і процесуального права [1].

Колізійність даного інституту полягає в тому, що застереження про публічний порядок завжди слід застосовувати разом з колізійною нормою, хоча зовні застереження і відокремлено від останньої. Матеріальне начало *ordre public* полягає в тому, що зміст публічного порядку, зазвичай, міститься саме в матеріальних нормах і вводиться у процес правового регулювання саме матеріальною нормою. Процесуальна ж сторона застереження про публічний порядок може проявлятися у наслідках незастосування іноземного права.

Застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві застосовується переважно для досягнення двох цілей: для відмови у застосуванні іноземного закону та відмови у визнанні та виконанні іноземного судового чи арбітражного рішення, якщо наслідки такого застосування чи виконання є потенційно небезпечними для місцевого правопорядку [1].

Не зважаючи на наявність наукового інтересу до поняття такої категорії як застереження про публічний порядок, випадки його практичного застосування значно зменшились. Це пов'язано з відсутністю точного критерію публічного порядку та невизначеністю його змісту; неможливістю визначити точний перелік випадків для застосування публічного порядку; складнощами у розмежуванні тих норм, які входять і не входять до публічного порядку; загрозою втрати захисту набутих прав у разі застосування застереження про публічний порядок; удосконаленням колізійної техніки і зменшення протистояння між різними правовими системами.

Крім того, у країнах англо-американської правової сім'ї до застереження про публічний порядок звертаються не так часто, як у континентальних країнах. З одного боку, це пов'язано з тим, що доктрина і практика цих країн і, передусім, Англії, йде шляхом застосування до питань розлучення, опіки і піклування, усиновлення тощо місцевих законів [3]. З іншого боку, у цих правових системах дається вельми вузьке розуміння змісту публічного порядку.

Взагалі, трансформація *ordre public* з практичної категорії у теоретичну прогнозувалась ще Ф. Бартемом і М. І. Бруном, які вважали, що застосування застереження про публічний порядок зумовлено різницею між нормами різних правопорядків. Поступова зміна думок суддів щодо цінності іноземного законодавства, буде тягти за собою звуження кола законів, що створюють публічний порядок [1].

Отже, на сьогоднішній день застереження про публічний порядок підлягає застосуванню лише у виключних випадках – у разі явної несумісності результату застосування іноземного права з основними положеннями національного правопорядку, в основному ж це стосується необхідності захисту прав людини.

І навпаки, у доктрині і практиці міжнародного приватного права спостерігається підвищення інтересу до іншої категорії, яка теж впливає на застосування національного права і незастосування норм іноземного – надімперативні норми.

В теорії держави і права в загальному вигляді сформульовано поняття “імперативна норма”. Так, імперативні норми – це категоричні норми, що встановлюють певні дії, вони фіксують вичерпний перелік прав та обов'язків суб'єкта й абсолютно не допускають будь-яких відхилень і свободи вибору. Ці норми реалізують принцип “дозволено тільки те, що зафіксовано в законі”. Щодо надімперативних норм, які існують в міжнародному приватному праві, то під ними слід розуміти норми, які всупереч колізійним правилам не поступаються місцем іноземним законам, і застосовуються суддею у всіх випадках. Надімперативні норми неможна обійти ніяким договором чи згодою, оскільки держава встановила в них критерії допустимої поведінки суб'єктів, ступінь їх свободи. Отже, основна

відмінність імперативного і надімперативного начала в нормі права полягає в юридичній силі і сфері дії тієї або іншої норми.

Таким чином, надімперативні норми – це норми, що мають вищий ступінь імперативності, яка і проявляється в тому, що саме ці норми у порівнянні з іншими застосовуються і дотримуються завжди, навіть у міжнародній сфері міжнародними суб'єктами, в той час, коли імперативні норми поширюють свою дію на власних громадян.

В доктрині міжнародного приватного права виділяють наступні кваліфікаційні ознаки надімперативних норм:

1) наявність особливої цілі, яка полягає в захисті особливо важливих соціальних і державних інтересів;

2) за своїм призначенням ці норми можуть бути як публічно, так і приватноправового характеру;

3) сфера поширення дії норми надімперативного характеру визначається або прямою вказівкою, яка безпосередньо міститься в цій нормі, або ж шляхом тлумачення її змісту.

Саме тому надімперативні норми в силу їх особливого значення пропонується розглядати як норми спеціального законодавства, встановлені для регулювання міжнародних приватних відносин і як такі, що користуються пріоритетом стосовно інших норм.

Отже, віднесення тих чи інших норм до надімперативних повинно здійснюватися при вказівці в самій нормі щодо її над імперативності або її особливому значенні для забезпечення прав і інтересів учасників міжнародних приватних відносин.

Так, якщо відбувається взаємодія різних правових систем в межах міжнародних приватних відносин і така взаємодія зачіпає життєвоважливі якості держави такі як суверенітет і незалежність, то логічно, що держава прагне не забезпечити рівні партнерські відносини, а в односторонньому порядку впливати на останні. В даній ситуації держава зацікавлена не тільки в тому, щоб запобігти негативному впливу на неї інших правових систем, але й в тому, щоб активно впливати на міжнародні приватні відносини з метою врегулювання таких відносин, бажаним для неї способом, причому безпосередньо, а не опосередковано через колізійне право.

Отже, в основному надімперативні норми застосовуються з огляду особливих якостей врегульованих такими нормами відносин, які мають виключне значення для забезпечення інтересів держави і суспільства при взаємодії різних правових систем.

В основному в сучасній європейській практиці до надімперативних норм відносять ті норми, які регулюють права споживачів, забезпечують захист слабшої сторони у договірних відносинах; деякі норми, які вирішують питання, пов'язані з цінними паперами, митним контролем, експортно-імпорнтними заборонами, норми банківської і страхової діяльності [4].

Щодо співвідношення застереження про публічний порядок та надімперативних норм, то одні автори відстоюють позицію, відповідно до якої надімперативні норми відносяться до позитивного *ordre public* в силу того, що вони забезпечують колективні інтереси та організацію суспільства; інші вважають, що категорія надімперативних норм не залежить від публічного порядку і має більш ширшу сферу застосування. Так, існують пропозиції відносно заміни застарілої концепції застереження про публічний порядок на нову, яка стосується застосування лише надімперативних норм і, навпаки, твердження, відповідно до яких, надімперативна норма ототожнюється з *ordre public* і підлягає застосуванню навіть тоді, коли правова система, складовою частиною якої вони є, не компетентна внаслідок дії колізійної норми.

Як вбачається, дані категорії взаємопов'язані – надімперативні норми є за своєю природою продовженням концепції позитивного публічного порядку. В силу того, що такі норми встановлюються державою вони допомагають більш практично визначити зміст поняття “публічного порядку”.

Проте, до застосування цих двох категорій міжнародного приватного права слід підходити дуже обережно. Не зважаючи на “відмирання” категорії *ordre public*, останнім часом у вітчизняній судовій практиці загострилася проблема застосування застереження про

публічний порядок та, відповідно, надімперативних норм як його складової частини. Внаслідок неузгодженості доктринальних підходів законодавці більшості країн обирають найзагальніші формулювання, застереження *ordre public* в законодавстві багатьох держав однотипні, і доволі рідко в законі можна побачити більш-менш конкретну вказівку на те, що саме необхідно розуміти під поняттям “публічний порядок”, і яким чином це застереження має застосовуватися. Як правило, роз’яснення з цього приводу дають суди, спираючись на тлумачення норм права, кваліфікацію фактичного складу справи та теоретичні висновки. Отже, в основному визначення меж застосування даного застереження в більшості країн світу покладено виключно на судові органи або інші органи юстиції. Це, в свою чергу, призводить до зловживань з боку судових органів влади в застосуванні застереження про публічний порядок з метою обмеження, а в більшості випадків – повного заперечення застосування іноземного права і, перш за все, права країни з іншою соціально-економічною системою. Щоб уникнути подібних ситуацій, суди повинні керуватись правилом, відповідно до якого має бути застосований той правопорядок, який обрали сторони. Суд повинен дотримуватись даного положення, за єдиним винятком: якщо право, яке обрали, суперечить публічному порядку тієї країни, де суперечка розглядається. Крім того, вітчизняним судам необхідно послуговуватись положенням Закону України “Про міжнародне приватне право”, згідно з яким іноземне право може бути не застосоване не тоді, коли воно суперечить нашому правопорядку, а тоді, коли наслідки його застосування будуть суперечити публічному порядку.

**Висновки.** В теорії та практиці міжнародного приватного права, на жаль, не має єдності щодо змістовного наповнення поняття “застереження про публічний порядок”, в більшості випадків це зумовлено різними соціально-економічними, культурними, історичними чинниками. В загальному вигляді, *ordre public* можна визначити як специфічний засіб регулювання застосування іноземної норми права, який має на меті запобігання можливим негативним наслідкам колізійного відсилання до іноземного права. Надімперативні норми навпаки ж, застосовуються для захисту найважливіших сфер діяльності держави і визначаються як норми спеціального законодавства, встановлені для регулювання міжнародних приватних відносин і як такі, що користуються пріоритетом по відношенню до інших норм. В силу дефінітивної невизначеності, неоднозначного судового тлумачення положень публічного права наголошується на можливості зловживання з боку судових органів у застосуванні чи навпаки – незастосуванні іноземного правопорядку відповідно до тих чи інших відносин. Крім того, загального поширення набуває тенденція відповідно до якої на законодавчому рівні закріплюється положення лише про негативне застереження про публічний порядок, тоді як надімперативні норми розглядаються як продовження позитивної концепції *ordre public*.

#### *Список використаних джерел*

1. Бичківський О. О. Правове регулювання спадкових відносин, ускладнених іноземним елементом / О. О. Бичківський [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://studrada.com.ua/content/24>. – Назва з екрана.
2. Кисіль В. І. Питання публічного порядку і законодавче регулювання в міжнародному приватному праві [Електронний ресурс] / В. І. Кисіль // Наукові записки НаУКМА. - 2001. – Т. 19: Спеціальний випуск: у двох частинах. – Частина 1. – С. 212–219. – Режим доступу: [http://www.nbu.gov.ua/portal/soc\\_gum/naukma/Spec/2001\\_19-1/52\\_kysil\\_vi.pdf](http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/naukma/Spec/2001_19-1/52_kysil_vi.pdf) – Назва з екрана.
3. Рилач Ю. *Ordre Public* і суд [Електронний ресурс] / Ю. Рилач //Юридична газета. – № 8 (20). – 21 квітня 2004 року. – Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/oarticle/709/>. – Назва з екрана.
4. Сверхимперативные нормы международного частного права в Российской Федерации и Республике Беларусь [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://deposit.ddb.de/cgi->

[bin/dokserv?idn=99134927x&dok\\_var=d1&dok\\_ext=pdf&filename=99134927x.pdf](bin/dokserv?idn=99134927x&dok_var=d1&dok_ext=pdf&filename=99134927x.pdf) –  
Назва з екрана.