

3. Ентін Л. М. Право Європейського Союзу: основні категорії та поняття : навч. посіб. / Л. М. Ентін. – К. : ЛНУ імені Івана Франка, 2003. – 102 с.

4. Виноградов А. А. Договорне право ЄС – завтрашній день Євросоюзу / А. А. Виноградов // Вестник МГІМО–УНІВЕРСИТЕТА. – 2011. – № 5 (20). – С. 248 – 250.

5. Леанович Е. Роль права Європейського Союзу в процесі уніфікації колізионних норм, применимих к внедоговорным обязательствам / Е. Леанович, И. Гаспаревич // Журнал международного права и международных отношений. – 2010. – № 3. – С. 21 – 28.

6. Виноградов А. А. «Рим I» и «Рим II» – вопрос выбора / А. А. Виноградов // Вестник МГІМО–УНІВЕРСИТЕТА. – 2010. – № 1 (15). – С. 187 – 194.

7. Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation [Електронний ресурс] Eur-Lex. – URL : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:EN:PDF>.

8. 52-а Довідка Сесії 2005-06 Комітету ЄС «Рим III – вибір права при розлученні» [Електронний ресурс] United Kingdom Parliament. – URL : <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldselect/ldecom/272/272.pdf>.

9. Международное частное право / [под ред. Г. К. Матвеева]. – К. : Вища шк., 1985. – 176 с.

10. Міжнародне приватне право : навч. посіб. / [за ред. В. М. Гайворонського, В. П. Жущмана]. – К. : Юрін-

ком Інтер. – 368 с.

11. Макаруха З. М. Юрисдикція, визнання та виконання судових рішень у цивільних справах транснаціонального характеру [Електронний ресурс]. – URL : <http://dSPACE.nbuv.gov.ua/dSPACE/bitstream/handle/123456789/18345/07-Makarukha.pdf?sequence=1>.

12. Conflict of Law [Електронний ресурс] Conflict of Laws.net. – URL : <http://conflictflaws.net/2010/rome-iii-regulation-published-in-the-official-journal>.

13. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 // Official Journal. – L 338. – 23/12/2003. – P. 0001 – 0029.

14. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 1278.

15. Ерпылева Н. Ю. Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. № 864/2007 «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» (РИМ-II) / Н. Ю. Ерпылева // Закон. – 2008. – № 10. – С. 203 – 206.

16. Доронина Н. Г. Унификация и гармонизация права в условиях экономической интеграции государств / Н. Г. Доронина // Право и экономика. – 1997. – № 17 – 18. – С. 82 – 85.

*The scientific article is devoted to the Regulations as secondary sources of EU family law. The author believes that the adoption of the ROME III regulation «Choice of law in a divorce» is an important step not only for a European family law, but also to accommodate a family of Ukrainian legislation to EU legislation.*

*В статье исследуются регламенты как вторичные источники семейного права ЕС. Автор делает вывод о том, что принятие Регламента РИМ III «Выбор права при разводе» является важнейшим шагом не только для формирования единого европейского семейного права, но и для адаптации семейного законодательства Украины к законодательству ЕС.*

## ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ПРО ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Боярський Є. Д.,

аспірант НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

*У статті наводяться підходи до визначення інституту застереження про публічний порядок, розкриваються його функції та правова природа, аналізуються підходи різних законодавств світу до встановлення наслідків застосування даного застереження.*

**Ключові слова:** застереження про публічний порядок, колізійні норми, міжнародне приватне право, міжнародний цивільний процес.

Як відомо, наявність іноземного елемента у приватноправових відносинах призводить до виникнення проблеми визначення компетентного права для врегулювання таких відносин. За відсутності міжнародного уніфікованого матеріального регулювання приватноправових відносин, для вирішення зазначеної проблеми використовуються колізійні норми, які призначені для встановлення права держави, яке підлягає застосуванню до спірних відносин, що виступають об'єктом міжнародного приватного права. Причому, якщо компетентна колізійна норма є двосторонньою, застосовним іноземним

правом потенційно може стати право будь-якої держави світу, що належить до будь-якої правової сім'ї.

Відомий компаративіст Рене Давід зазначав, що право різних держав сформульовано на різних мовах, використовує різну техніку та створено для суспільств із цілком різними структурами, нравами та віруваннями [2, с. 8]. Це є наслідком того, що для права як соціального утворення є характерною соціальна обумовленість, або адекватність права суспільним відносинам, що ним регулюються, здатність відображати об'єктивні потреби суспільного життя. Відповідно, відмінності в

соціально-економічних, культурних, релігійних, етичних та інших умовах життя суспільств у різних державах є чинниками, що впливають на відмінність одне від одного правових систем держав. Таким чином, у сучасному світі кожна держава має своє право, а трапляється і так, що в одній і тій самій державі діють одразу кілька конкуруючих правових систем. Звідси будь-яка правова норма як елемент правової системи держави при застосуванні в іноземному правовому полі може стати чужорідним тілом, яке не вписується у правопорядок даної держави, і, відповідно, може спричинити дестабілізацію його основ.

Але якщо внаслідок застосування іноземного права порушуватимуться засади існуючого в державі устрою, така держава перестане виконувати своє призначення – забезпечувати організацію та захист суспільства, а право своє – зберігати та підтримувати порядок у суспільстві [7, с. 152]. Тому попри те, що у приватноправових відносинах держава санкціонує застосування іноземного права, в силу свого територіального верховенства вона зберігає за собою можливість встановлювати межі екстериторіальної дії іноземного права.

Як наслідок, з метою захисту від дестабілізуючого впливу іноземного права державами було запроваджено юридичний засіб, який дістав назву застереження про публічний порядок, що діє в якості виключення у колізійному праві. Необхідність захисту основ правової системи, інтересів суспільства та держави зумовила загальносвітове визнання інституту застереження про публічний порядок [8, с. 179], який нині вважається однією з фундаментальних основ міжнародного приватного права [8, с. 179; 14, с. 34; 11, с. 78].

Вперше дане застереження було закріплено в Цивільному кодексі Франції 1804 р., хоча сам термін «публічний порядок» вперше було використано також у Франції, але дещо раніше – у Декларації прав людини і громадянина 1789 року. З того часу застереження про публічний порядок почало поступово закріплюватися й у законодавствах інших держав світу: Законі про загальні положення законодавства Королівства Нідерландів 1829 р., Цивільному кодексі Іспанії 1889 р., Ввідному законі 1896 р. до Німецького цивільного уложення, Законі Японії про застосування законів 1898 р., а на сьогоднішній день існує у законодавствах всіх держав світу. Крім того, з часом порушення публічного порядку також почало використовуватися державами в якості підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземних арбітражних/судових рішень [14, с. 18], або у наданні правової допомоги іноземній державі.

Історія існування інституту застереження про публічний порядок у законодавстві України має своєї особливості. З набуттям незалежності у 1991 р. він містився у Цивільному кодексі УРСР 1963 року. Однак, як зазначає В. І. Кисіль, внаслідок скасування 16 грудня 1993 р. ст. 571 згаданого Кодексу такого застереження як загального правила взагалі не стало в праві України. Воно закріплювалося лише у вигляді підстави для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення відповідно до Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., учасником якої є Україна з 8 січня 1961 р., та відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний

арбітраж» 1994 р. Дію даного інституту було відновлено із вступом у силу Закону України «Про міжнародне приватне право» 1 вересня 2005 р., який присвячує застереженню про публічний порядок ст. 12. Таким чином, у 1993 – 2005 рр. застосування іноземного права на території України не зустрічало будь-яких обмежень.

Прикметно, що вчені в галузі міжнародного приватного права дають приблизно однакові за змістом визначення застереження про публічний порядок. Як констатував ще на початку ХХ ст. американський вчений Френсіс Вортон, дане застереження викладається у різних загальних формах, але всі вони вказують на те, що іноземне право не одержує визнання або застосування, якщо воно суперечить характерному для порядку держави суду [15, с. 17].

До такого ж висновку дійшов Л. А. Лунц у 1973 р., зазначивши, що закон, судова практика та доктрина всіх без виключення держав світу одностайно розуміють сутність застереження про публічний порядок саме таким чином: іноземний закон, до якого відсилає колізійна норма, не може бути застосованим, і засновані на ньому права не можуть бути визнані судом вітчизняної держави, якщо таке застосування закону чи визнання прав суперечило б публічному порядку даної держави. Таке визначення і досі цитується багатьма російськими та вітчизняними вченими прямо чи з незначними уточненнями.

Так, згідно з Т. Н. Нешатаєвою застереження про публічний порядок означає, що іноземне право не застосовується, а суб'єктивні права (наприклад, зафіксовані в судовому рішенні) не визнаються (не одержують захисту), якщо таке застосування або визнання суперечить публічному порядку даної держави або основам міжнародного правопорядку [11, с. 78]. Так само визначають дане застереження І. В. Гетьман-Павлова [1, с. 121], Г. К. Дмитрієва [8, с. 179], О. О. Мережко [9, с. 256].

За Р. Ш. Хасяновим, застереження про публічний порядок покликане виключити в ситуаціях дії колізійної норми застосування іноземного закону або судового рішення, несумісних із публічним порядком даної держави [14, с. 34]. Наукове визначення наводить і В. Л. Толстих – це інститут міжнародного приватного права, що дозволяє виключити дію іноземного права у випадках його протиріччя з публічними засадами у вітчизняній державі [13, с. 51].

Аналогічний ефект має дане застереження у сфері міжнародного цивільного процесу, на що звертає увагу С. В. Крохалев, зазначаючи, що механізм дії застереження про публічний порядок у міжнародному приватному праві та міжнародному приватному процесі полягає у виключенні дії у межах національного правопорядку норм або іноземних рішень, актів іноземних владних органів у тому об'ємі, в якому таке виключення обумовлено вимогами захисту фундаментальних цінностей держави суду [4, с. 16].

Отже, у доктрині міжнародного приватного права застереження про публічний порядок характеризується з точки зору його основної функції – захисту вітчизняного публічного порядку, реалізація якої здійснюється шляхом обмеження екстериторіальної дії іноземної правової норми. Такий самий ефект має застере-

ження про публічний порядок у міжнародному цивільному процесі: якщо іноземне судове або арбітражне рішення порушує вітчизняний публічний порядок, його визнання та виконання є неможливим, і породжувані ним правові наслідки не одержують обов'язкового характеру у вітчизняній державі.

З іншого боку, після того, як в результаті дії зазначеного застереження виключається застосування іноземного права, обраного на основі вітчизняної колізійної норми, знову постає питання про застосовне право [5, с. 154]. Як підкреслює А. Пленко, якби застереження про публічний порядок обмежувалося б лише зупиненням дії іноземної правової норми, тобто захисною функцією, тоді замість неприйнятної іноземної правового регулювання утворюється прогалина, яка жодним чином не вирішує спірне питання. Тому доцільно вести мову не лише про зупинення дії іноземної матеріальної норми, а й про її заміщення іншою матеріальною нормою [12, с. 159 – 160].

Звісно в разі відмови у визнанні та виконанні іноземного судового або арбітражного рішення на будь-якій законній підставі, включаючи порушення публічного порядку, питання про його заміщення виникати не може. Однак при врегулюванні міжнародних приватноправових відносин останні породжують колізію між двома чи більше правовими системами, відмова від застосування норм однієї з них породжує питання про застосування норм іншої.

Аналізуючи законодавства різних держав світу, можна виділити 4 правові способи визначення застосовного права в результаті дії застереження про публічний порядок.

Першим способом виявлення наслідку незастосування іноземного права є відмова від двостороннього колізійного регулювання правовідносин взагалі й звернення до норм вітчизняного правопорядку. Такий спосіб вирішення колізійної проблеми засновується на припущенні, що оскільки колізійна норма вказала на іноземне матеріальне право, наслідки застосування якого суперечать вітчизняному публічному порядку, остільки законодавцем при розробленні даної норми було допущено помилку при обранні до відповідних правовідносин належної колізійної прив'язки. Адже неприпустимо, щоб законодавець при розробці колізійної норми свідомо припускав, щоб така норма могла санкціонувати застосування іноземного права, яке здатне порушити вітчизняний публічний порядок. При такій ситуації законодавець не може наражати публічний порядок на небезпеку і встановлює заборону на двостороннє колізійне регулювання відповідних відносин, усуваючи будь-яку можливість застосування іноземного права, тому, як наслідок, правозастосовний орган змушений застосовувати вітчизняне право.

З одного боку, даний спосіб спрощує процес встановлення компетентного права, економить час та ресурси органів правозастосування, однак з іншого – ігнорує зв'язок правовідносин з іншими правопорядками, що може призвести до усунення більш компетентного та сприятливого іноземного права, що, як наслідок, обумовлює його непопулярність як у доктрині, так і в практиці міжнародного приватного права.

На сьогоднішній день даний спосіб ще виявляється у законодавствах Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, Угорщини, Естонії, Монголії, Киргизької Рес-

публіки, Литовської Республіки, Румунської Республіки, однак загалом простежується тенденція до відмови від нього на користь більш гнучких способів визначення застосовуваного права, які більшою мірою орієнтуються на потреби міжнародного спілкування.

Другий спосіб правового регулювання нагадує перший, але містить істотне доповнення. Якщо норма компетентного іноземного права порушує вітчизняний публічний порядок, то правозастосовний орган виключає застосування лише такої норми, однак продовжує застосовувати інші норми відповідного іноземного права. А. Б. Левітін зазначив: «Відхилення іноземної норми не обов'язково тягне за собою застосування права держави суду. Суду необхідно проявити активність у процесі пошуку найліпшого виходу із ситуації, що склалася, перш за все залишаючись по можливості в межах самого права... держави, до якої відсилала... колізійна норма» [6]. Іншими словами, сутність даного підходу полягає у неприпустимості, щоб внаслідок негативних наслідків застосування єдиної іноземної правової норми – первинного елементу системи права, повністю б усувалося від застосування відповідне іноземне право.

Таким чином законодавець наполягає на передбаченій для конкретних правовідносин колізійній нормі, і лише у випадку, якщо застосування інших норм чи принципів обраного іноземного права також веде до наслідків, несумісних із публічним порядком держави суду, підлягає застосуванню право держави суду. Даний вид правового регулювання існує у Тунісі.

Третій спосіб визначення застосовного права базується на застосуванні правила найбільш тісного зв'язку для віднайдення компетентного права, якщо попередньо визначене іноземне право суперечить вітчизняному публічному порядку.

Правило найбільш тісного зв'язку з правовідносинами виникло в практиці держав англо-американської правової системи в якості колізійної прив'язки у сфері регулювання договірних та деліктних відносин, і в останні кілька десятиліть також відтворюється у континентальних правових системах держав в якості загального колізійного правила, яке має субсидіарне значення і застосовується за відсутності спеціального колізійного регулювання. Його перевага полягає у тому, що визначення компетентного права на основі «твердих» колізійних прив'язок, заснованих на якому-небудь конкретному формальному критерії, не завжди приводить до вибору права, яке здатне адекватно врегулювати відповідні правовідносини. Напроти, як зазначає Г. К. Дмитрієва, застосування правила найбільш тісного зв'язку є «гнучким» критерієм, за допомогою якого можна встановити компетентний правопорядок з урахуванням усіх фактичних обставин та наявних правових зв'язків правовідносин із різними правопорядками держав світу, більшою мірою відповідає потребам, що утворюються самим життям [8, с. 387]. Тому логічно, що дане правило широко застосовується за необхідності віднайти компетентне право внаслідок обмеження застосування спеціальної колізійної норми, яка зазвичай регулює дані відносини.

Особливу увагу слід звернути на те, що правозастосовний орган при здійсненні пошуку компетентного

права за правилом найбільш тісного зв'язку здійснює вибір серед права усіх держав світу, що мають чи можуть мати правовий зв'язок із відповідними правовідносинами, охоплюючи й право держави, яке було спочатку обране колізійною нормою держави суду з виключенням його норм, що суперечать публічному порядку держави суду. І лише у випадку, коли правозастосовний орган не здатний віднайти застосовне право за таким критерієм, підлягає застосуванню одностороння колізійна норма, що відсилає до вітчизняного права.

Дана модель одержала своє нормативне закріплення у законах Австрії, Бельгії, Буркіна-Фасо, Ліхтенштейна, Португалії, Російської Федерації та інших держав. У ч. 1 ст. 12 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка закріплює застереження про публічний порядок, також використовується третій спосіб визначення компетентного права: «Норма права іноземної держави не застосовується у випадках, якщо її застосування призводить до наслідків, явно несумісних з основами правопорядку (публічним порядком) України. У таких випадках застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок з правовідносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України» [3].

І, нарешті, четвертий спосіб визначення компетентного права внаслідок застосування застереження про публічний порядок є результатом поєднання другого та третього способів. У разі, якщо норма іноземного права порушує публічний порядок держави суду, вона не підлягає застосуванню, і в такому випадку має застосовуватися інше положення обраного іноземного права, тобто підтверджується пріоритет правового зв'язку правовідносин саме з таким іноземним правопорядком, який був обраний колізійною нормою. Лише у випадку, якщо не існує положення обраного іноземного права, наслідки застосування якого не порушували б публічний порядок держави суду, правозастосовний орган має здійснити пошук компетентного права за правилом найбільш тісного зв'язку, і за умови, що такий пошук надає результату, підлягає застосуванню вітчизняне право. Даний спосіб у наведеному вигляді існує у законодавстві Болгарії.

Порівнюючи вищенаведені способи встановлення застосовного права, слід зазначити, що в кожного з них є свої певні позитивні та негативні риси. Однак, на жаль, через відсутність усталеної практики застосування застереження про публічний порядок об'єктивне визначення найбільш ефективного способу серед розглянутих вище не є можливим. Основним питанням є їхнє ефективне застосування. Наприклад, в Україні, попри встановлення принципу пошуку найбільш тісного зв'язку права із правовідносинами, аналіз нечисельної судової практики свідчить про те, що застосування застереження про публічний порядок завжди приводить до визначення в якості компетентного права України. Це означає, що, незважаючи на волю законодавця, вітчизняні судді намагаються спростити для себе про-

цес встановлення компетентного права і при можливості схильні застосовувати саме право України. Таким чином, з метою забезпечення ефективного балансу між захистом вітчизняного публічного порядку та міжнародних приватних інтересів українські суди повинні більш ґрунтовно та неупереджено реалізовувати волю законодавця при вирішенні приватноправових спорів з іноземним елементом.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *Гетьман-Павлова И. В.* Международное частное право: Учебник. – М.: Изд-во Эксмо, 2005. – 752 с.
2. *Давид Р.* Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. – 279 с.
3. *Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. №2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422. – С. 1278.*
4. *Крохалев С. В.* Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15. – Екатеринбург, 2005. – 253 с.
5. *Кудашкин В. В.* Правовое регулирование международных частных отношений. – СПб: Юрид. Центр Пресс, 2004. – 378 с.
6. *Левитин А. Б.* Вопросы публичного порядка в международном частном праве // Проблемы международного частного права. – М., 1960. – С. 228.
7. *Лейст О. Э.* Сущность права. – М.: Зерцало, 2011. – 352 с.
8. *Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. – С. 688.*
9. *Мережко О. О.* Проблемы теории международного публичного та приватного права. – К.: Юстиніан, 2010. – 320 с.
10. *Міжнародне приватне право.* Науково-практичний коментар закону / За ред. А. Довгерта. – Х.: Одісей, 2008. – 352 с.
11. *Нешатаева Т. Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс : Учебный курс в трех частях. – М.: Городец, 2004. – 624 с.
12. *Пиленко А.* Очерки по систематике международного частного права. – СПб.: Типография М. М. Сталюсевича, 1911. – 448 с.
13. *Толстых В. Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – 241 с.
14. *Хасянов Р. Ш.* Европейский публичный порядок, европейское правовое пространство и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод: Их соотношение и взаимодействие: Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. – СПб., 2005. – 192 с.
15. *Wharton F.* A treatise on the conflict of laws or private international law. – Vol. 1. – New York: The Lawyers' Cooperative Publishing Co. – 848 p.

*The article spotlights patterns to defining the institute of public policy reservation, defines functions and legal nature of the latter, contains analysis of legislative approaches to determining legal consequences of the application of public policy reservation.*

*В статті освещаются подходы к определению института оговорки о публичном порядке, раскрываются его функции и правовая природа, анализируются подходы различных законодательств мира к определению последствий применения данной оговорки.*