

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 341.9

АЛЬТЕРНАТИВНІ ПІДХОДИ В ПИТАННІ ВИБОРУ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА

Герман ГАЛУЩЕНКО,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АНОТАЦІЯ

У статті досліджуються альтернативні підходи до вибору іноземного права, а саме – застосуванням норм прямої дії, *renvoi* та *depeçage*. Ці підходи хоч і не є широкоживаними та піддаються критиці, але все ж викликають чималий інтерес як серед науковців, так і серед юристів-практиків і суддів. Звертається увага на практичні складнощі застосування цих підходів, а також досліджується їхнє законодавче закріплення у різних країнах. Також автор звертає окрему увагу на міжнародні конвенції, які використовують зазначені підходи, або ж досліджує причини, чому той чи інший підхід не передбачений у міжнародних конвенціях.

Ключові слова: міжнародне приватне право, колізійні прив'язки, *renvoi*, норми прямої дії, *depeçage*.

ALTERNATIVE APPROACHES IN THE ISSUES OF CHOICE OF FOREIGN LAW

German GALUSHCHENKO,
Candidate of Law Sciences,
Associate Professor at the Department of Private International Law
of the Institute of International Relations
of Taras Shevchenko National University of Kyiv

SUMMARY

The article studies alternative approaches to the choice of applicable foreign law, namely – rules of immediate application, *renvoi* and *depeçage*. Though these approaches are not widely used and are subject to criticism, still they draw attention of scientists, legal practitioners and judges. The author pays attention to the practical difficulties of these approaches and studies their legalization in different countries. In addition, the author pays attention to international conventions which use these approaches, as well as finds out the grounds why international conventions refuse to apply the above approaches.

Key words: private international law, conflict of laws rules, rules of immediate application, *renvoi*, *depeçage*.

Постановка проблеми. Застосування альтернативних підходів у міжнародному приватному праві з пошуку застосованого іноземного права, який матиме найбільш тісний зв'язок із правовідносинами, для їхнього найбільш ефективного регулювання.

Актуальність теми дослідження пояснюється її практичною значущістю. Отримані результати є корисними як для юристів-практиків, так і для суддів, перед якими стоїть завдання вибрати іноземний правопорядок для регулювання правовідносин, ускладнених іноземним елементом.

Стан дослідження. У вітчизняній науковій літературі ця тема не є досить розкритою та потребує додаткового вивчення, тоді як західні науковці присвятили чималу кількість праць досліджуваній темі, серед таких науковців можна назвати А. Оберт (Andrea Aubart), М. Екельманса (Marc Ekelmans), П. Лагарде (Paul Lagarde) та П. Манковскі (Peter Mankowski).

Метою і завданням статті є вивчення альтернативних підходів до вибору іноземного права, які застосовуються окремо від або разом із класичними колізійними прив'язками.

Виклад основного матеріалу. Попри численну кількість колізійних норм, а також різних підходів до їх засто-

сування, сьогодні досі функціонують такі альтернативні підходи до вибору іноземного права у справах, ускладнених іноземним елементом, як доктрина *renvoi*, доктрина *lois de police* та доктрина *depeçage*. Усі вони мають як своїх прибічників, так і критиків у зв'язку з неоднозначними результатами від їх застосування. У статті ми спробуємо все ж дослідити теоретичні засади кожної з цих доктрин та надати їм об'єктивну оцінку.

Почнемо наше дослідження з вивчення доктрини про норми прямої дії, які в іноземній літературі також називають як *rules of immediate application* або *lois de police*.

Норми прямої дії за своєю суттю є матеріальними нормами національного права, застосування яких відбувається безпосередньо в транскордонних справах. Особливою відмінністю таких норм є те, що вони завжди застосовуються незалежно від того, чи передбачає колізійне право країни місця суду їх застосування чи ні.

Історично досить непросто зафіксувати момент, коли загалом зародилася концепція про норми прямої дії, однак широке визнання науковою доктриною та судовою практикою вони отримали лише у ХХ-му сторіччі, що пов'язується з розвитком політичної школи права [9, ст. 33].

У доктрині міжнародного приватного права норми прямої дії завжди протиставляються колізійним нормам права. Відсутність чітких критеріїв для розмежування їхньої сфери дії часто призводить до того, що їх важко відрізнити від конкуруючих із ними мультilaterальних норм. Неабиякий інтерес, який ці норми знову викликають сьогодні, є показником того, що мультilaterалізм або класична школа права не досить ефективно відповідають на виклики сучасного міжнародного приватного права.

Особливо активно норми прямої дії сьогодні вивчаються на території континентальної Європи, де вважається, що за такими сталими та звичними для нас формулюваннями, як «захист політичної, соціальної та економічної організації країни», стоїть проста ідея – важливі змістовні цінності, визнані позитивним правом країни суду, не варто класти на вітер вирішальної гармонії [8, ст. 291].

Однак на ряду з прихильниками застосування цієї категорії є також і їхні критики. Зокрема, своє несприйняття норм прямої дії висловлював німецький учений Карл Юнгер.

На практиці норми прямої дії також плутають із публічним порядком. Саме тому французькі вчені вважають, що різниця між цими правовими інструментами полягає в такому: публічний порядок є механізмом, який дає змогу уникати застосування певного іноземного правопорядку, ставлення до якого є загалом негативним. Що ж стосується норм прямої дії, то вони застосовуються не у зв'язку з неприйнятністю певних положень іноземного законодавства, а через те, що вони самі по собі передбачають своє застосування до певних правовідносин, що дає змогу не відходити від цих правовідносин під час визначення застосованого права і сконцентруватися на цілях норм, що будуть застосовуватися.

Оскільки порівняльний аналіз публічного порядку та норм прямої дії не є метою статті, ми не будемо концентрувати нашу увагу на детальній різниці між цими поняттями, однак варто зазначити, що вони мають досить схожі цілі. Суть їхніх цілей зводиться до встановлення певних обмежень у застосуванні іноземного права. Також, проаналізувавши застереження про публічний порядок і норми прямої дії певної держави, можна зробити висновок про те, наскільки ця держава терпима до іноземного права та наскільки вона готова співпрацювати з іншими державами в цих питаннях [6, ст. 17].

Сьогодні норми прямої дії отримали своє офіційне закріплення в низці законодавств різних держав. Наприклад, стаття 18 Закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» передбачає, що цей Закон не завдає шкоди нормам прямої дії швейцарського права, які через своє спеціальне призначення будуть застосовуватися, незважаючи на те, що цей Закон може передбачати застосування інших норм [10]. При цьому деякі науковці вважають, що існування цієї норми не має жодного практичного значення, оскільки: 1) якщо імперативна норма містить застереження про її застосування до конкретних правовідносин, тоді ця норма неодмінно превалює над іншими колізійними прив'язками; 2) якщо, як це досить часто трапляється, імперативна норма не містить прямої вказівки про її застосування до конкретних правовідносин, застосування цієї норми може забезпечуватися через застереження про публічний порядок. Варто зазначити, що ця стаття також передбачає таке: «... під час визначення того, чи має така норма застосовуватися, мають бути також проаналізовані цілі та наслідки застосування такої норми». Такий підхід є дуже схожим до концепції аналізу державних інтересів, який широко практикується в США [7, ст. 17].

Цивільний кодекс Франції, зокрема, передбачає, що норми прямої дії поширюються на всіх, хто проживає на

території Франції. Такі ж положення є в законодавстві Іспанії (переглянуто в 1974 році), Квебеку, Швейцарії, Венесуели та Туніса [5, ст. 45].

Що стосується конвенційних норм, то тут ситуація є такою: наприклад, в Римській конвенції право, що застосовується до договірних зобов'язань 1978 року (стаття 7.2), передбачає пріоритет імперативних норм країни суду над правом, що застосовується до договору. Крім того, Конвенція дає змогу суду застосовувати імперативні норми іншої країни, з якою правовідносини мають тісний зв'язок [1].

Міжамериканська конвенція про право, що застосовується до міжнародних контрактів, теж містить аналогічне правило, а саме: Конвенція передбачає, що положення права країни суду повинні обов'язково застосовуватися, якщо вони є імперативними. В такому разі суд буде самостійно вирішувати, коли йому застосовувати імперативні норми того права, з яким правовідносини мають найбільш тісний зв'язок (ст. ст. 11, 33). [3].

Ці дві міжнародні конвенції є прикладом того, що міжнародне законодавство вкрай обережно ставить до територіальної сфери дії своїх національних законів.

Далі розглянемо доктрину *renvoi*, яка є не менш значущою, але і не менш проблемною.

Термін «*renvoi*» походить із французької мови та буквально означає «відсилати назад». Відповідно до доктрини *renvoi*, коли колізійні норми іноземного права, що має застосовуватися судом, передбачають застосування матеріальних норм країни суду, то суд має застосувати це право, яке є його національним правом. Отже, виникає замкнуте коло, оскільки правові системи відсилають одна до одної суд для врегулювання певних правовідносин, ускладнених іноземним елементом. Варто зазначити, що є випадки, як-от в Англії та Франції, так званого подвійного *renvoi*, коли відсилання здійснюється не до права країни суду, а до іншого третього правопорядку [11]. Результати застосування цієї доктрини є досить суперечливими, за що вона піддається гострій критиці. Не дивно, що в Законі про міжнародне приватне право 1942 року Італія прямо відмовилася від її застосування (заборону *renvoi* скасовано в 1995 році).

Розглянемо приклади інших законодавств більш детально. Наприклад, у цивільних кодексах Греції (1946 року), Іспанії (1974 року), Перу (1984 року) та Квебеку (1991 року) заперечується *renvoi*. У Польщі, Португалії (з деякими обмеженнями), Австрії, Угорщині, Туреччині, Німеччині (з деякими обмеженнями), Швейцарії, Мексиці, Румунії, Італії, Ліхтенштейні та Венесуелі передбачається застосування *renvoi* до права країни суду або третьої держави (за винятком Угорщини, Румунії та Ліхтенштейну). У США (Section 8 of the Second Restatement) також передбачається застосування *renvoi*, однак у межах «міркувань практичності та доцільності» [4, ст. 411].

Далі для кращого розуміння цієї доктрини візьмемо досить відому справу *Re Annesley case*, де все ж *renvoi* застосовувалося. Припустимо, що англійський суд через заборону у зв'язку із заборонаю *renvoi* не застосовував би іноземні колізійні норми, відразу б звернувся та одразу застосував би французьке право через *lex domicilii* спадкоємці, а французький суд у цьому ж разі застосовував би *lex patriae*, яке є англійським правом. У результаті склалася б ситуація, в якій кожен суд вирішував би справу не тільки відповідно до незнайомого йому іноземного права, однак і всупереч власній правовій політиці. Врешті-решт рішення обох судів виявилися б несумісними, оскільки одне з них визнавало б право спадкодавця позбавити найближчих родичів спадщини; а інше – визнавало б за останніми право на його гарантовану частку. Очевидно, що такий результат є негативним. Однак англій-

ський суддя вирішив цю справу по-іншому. Знаючи з попередньої практики французьких судів про те, що вони б застосовували за цих же обставин французьке право, англійський суддя розтлумачив власну, англійську, колізійну норму до іноземної норми, яку «... мав би застосувати іноземний суд». Отже, англійський суддя застосував французьке право для того, щоб уникнути суперечливих результатів. Надалі такий підхід отримав своє визнання як *foreign court theory*.

Суддя Х. Дженнер коментував *foreign court theory* так: «Цей суд буде вирішувати справу так, як би вирішував справу суд Бельгії, та бельгійський суд буде вирішувати справу відповідно до закону померлого, тобто англійського закону». Як бачимо, судді, які застосовують *renvoi*, вважають, що ця доктрина дає можливість отримувати досить «гармонічні» рішення.

Як уже зазначалося, доктрина *renvoi* піддається критиці. Зокрема, європейські вчені вважають, що *renvoi* не слід закріплювати законодавчо. Сьогодні є певні складнощі з вирішенням питання щодо *renvoi*. Проте різноманітні приклади того, що це поняття все ж регулюється в національних законодавствах, свідчать про те, що немає консенсусу в правовій спільноті щодо цього.

Розглянемо, як регулюється питання доктрини *renvoi* в міжнародних документах. Загалом, конвенційні норми не підтримують *renvoi*. Стаття 15 Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань 1980 року, яка навіть називається «Виняток *renvoi*», передбачає, що застосування права будь-якої іншої країни, визначеної цією Конвенцією, означає застосування чинних норм права цієї країни, а не її норм міжнародного приватного права [1].

У Гаазькій конвенції про право, що застосовується до режимів власності подружжя, закріплене те саме правило. Як бачимо, конвенції передбачають або те, що застосованим правом є внутрішнє право певної держави, або що зазначене право не включає колізійні прив'язки.

На нашу думку, хоч і міжнародні конвенції виключають доктрину *renvoi*, така тенденція не є показником того, що ця доктрина нечасто застосовується на практиці. Це пов'язано з тим, що коли застосовуються конвенційні норми, вони матимуть пріоритет над положеннями внутрішнього права, включно з колізійними нормами. Тому відмова від *renvoi* у міжнародних конвенціях є очевидною та зрозумілою.

Ще одним альтернативним підходом до вибору іноземного права, який ми розглянемо в статті, є *depeçage*. *Depeçage* є прийомом, який розділяє формально одне питання на дві або більше частини, кожна з яких буде регулюватися окремим правом. На думку деяких учених, метою цього підходу є досягнення ідеальної справедливості в міжнародному приватному праві, однак його застосування має відбуватися з обережністю, оскільки такий «поділ правовідносин» на підпитання має зберегти цілісність цих правовідносин і не допустити прогалин у їхньому регулюванні.

Необхідною умовою для застосування *depeçage* є можливість поділу питань. Зокрема, такий поділ буде можливим, коли окремі поділені предмети регулювання зможуть теоретично існувати один без одного поза площиною правовідносин. У будь-якому разі застосування *depeçage* завжди потребує серйозного обґрунтування учасниками правовідносин [2, с. 526].

Depeçage не можна назвати винятком із колізійних прив'язок, скоріше його можна назвати методом, який дає змогу застосувати одночасно кілька колізійних прив'язок, а в результаті – кілька іноземних законодавств. Для пояснення, як працює доктрина *depeçage* на практиці, зверне-

мося до ілюстративної моделі, яка є в підручниках із міжнародного приватного права.

Водій автомобіля потрапляє у ДТП, внаслідок чого його дружина, яка перебувала цієї миті в авто, зазнає серйозної травми. За особистим законом подружжя, страховий поліс не покриватиме її лікування, оскільки її ремінь безпеки на момент інциденту не був застібнутий. Аналогічне положення є в законодавстві країни, де сталася аварія. Крім того, дружина не може подати позов проти свого чоловіка, що означає, що вона практично позбавлена будь-яких засобів отримати компенсацію. У такому разі правовідносини можна «розділити» та застосувати право країни, де сталася аварія, до питань, що стосуються непристебнутого ремня безпеки, а особистий закон подружжя до питань – щодо позову між членами подружжя [5, ст. ст. 47, 48].

Отже, *depeçage* застосовується в тому разі, коли в межах одних правовідносин утворюється дві або навіть більше колізій, що потребує застосування різних іноземних правопорядків для кожної з них. *Depeçage* дає змогу індивідуально підходити до кожної колізії в межах одних правовідносин і вирішити їх у найбільш підходящий спосіб.

Далі розглянемо, як доктрина *depeçage* знайшла своє конвенційне закріплення.

Яскравим прикладом застосування цієї доктрини є вже згадані Римська конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань, і Міжамериканська конвенція про право, що застосовується до міжнародних контрактів, які дають сторонам можливість обирати право, що буде застосовуватися до всього або до частини їхнього контракту. Зокрема, стаття 9 Міжамериканської конвенції передбачає так: «Різні законодавства, які застосовуються для регулювання різних аспектів одних і тих же правовідносин, мають застосовуватися гармонійно для досягнення цілей кожного з них. Будь-які проблеми, що можуть виникнути у зв'язку з їх одночасним застосуванням, повинні вирішуватися з огляду на вимоги справедливості в кожній конкретній справі». Тобто якщо сторони не передбачили вибір права, то суд повинен буде обрати таке право, причому він може обрати одне право до однієї частини договору та інше право – до іншої частини договору.

Що стосується закріплення *depeçage* в національному праві, варто сказати, що така ситуація є дуже непоширеною. Це пояснюється тим, що, коли правовідносини мають найбільш тісний зв'язок із кількома різними правопорядками, їх регулювання є надзвичайно складним.

Прикладом закріплення *depeçage* в національному праві є стаття 14.5 Цивільного кодексу Мексики. Ця стаття передбачає, що, коли одні правовідносини регулюються різними правопорядками, гарантується їх скоординоване застосування для досягнення їхніх цілей і мети [11].

Висновки. Отже, інструментарій міжнародного приватного права є дуже різноманітним та, окрім класичних колізійних норм, налічує альтернативні методи, які, зокрема, дають можливість обрати застосоване іноземне право. У статті ми дослідили три таких методи: норми прямої дії, *renvoi* та *depeçage*. Принцип дії кожного з них має свої особливості, що робить їх несхожими між собою. Норми прямої дії дають змогу суду застосувати положення свого національного права, які мають спеціальний статус «норм прямої дії», навіть якщо колізійне право не передбачає їх застосування. *Renvoi* передбачає «зворотне відсилання» до права країни суду або до права третьої країни. Цей підхід залишається сьогодні неоднозначним, оскільки водить учасників правовідносин по так званому «замкненому колу». Окрім того, є думка, що обране іноземне право слід застосовувати обмежуючись його матеріальними нормами, тобто без врахування

колізійного права, яке може передбачати застосування геть іншого правопорядку. Ще одним досить цікавим і не дуже поширеним підходом є доктрина *depeçage*. Сама ця доктрина дає змогу максимально точно враховувати особливості комплексних правовідносин, кожен елемент яких потребує окремого регулювання окремим іноземним правопорядком. Основним проблемним питанням цієї доктрини є можливість поділу правовідносин на такі елементи та детальний аналіз кожного з них для вибору іноземного права, яке матиме найбільш тісний зв'язок із ними.

Список використаної літератури:

1. Convention on the law applicable to contractual obligations of 1980. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22cc5c49-2b36-4962-aa60-e928a52efa66.0008.02/DOC_1&format=PDF.
2. Encyclopedia of Private International Law / J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio, eds. Vol. 4 Edward Elgar forthcoming, 2017.
3. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts. URL: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html>.
4. International conflict of laws for the third millennium: essays in honor of Friedrich K. Juenger / edited by Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll.
5. International conflict of laws for the third millennium: essays in honor of Friedrich K. Juenger / edited by Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll.
6. International Congress of Comparative Law, Symeonides S., & International Academy of Comparative Law (2000). *Private*

international law at the end of the 20th century: Progress or regress? XVth International Congress of Comparative Law. The Hague : Kluwer Law International. P. 17.

7. Loussouarn and Bourel, *Droit International Prive* (1996).
8. Savigny, Friedrich Carl von: *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 3. Berlin, 1840.
9. Swiss Federal Act on Private International Law. URL: https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf.
10. The Rule of Doctrine of Renvoi Explained. URL: <https://www.pearse-trust.ie/blog/bid/110454/the-rule-of-doctrine-of-renvoi-explained>.
11. The Federal Civil Code of Mexico. URL: https://wrlcgulaw.primo.exlibrisgroup.com/discovery/search?tab=Everything&search_scope=MyInst_and_CI&vid=01WRLC_GUNIVLAW:01WRLC_GUNIVLAW&lang=en&offset=0&query=any,contains,b459518%3F.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

Галущенко Герман Валерійович – кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного приватного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Galushchenko German Valeriyovych – Candidate of Law Sciences, Associate Professor at the Department of Private International Law of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv

ggenn@ukr.net