



МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Плищенко В.Т.,

*аспірант Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
ім. Тараса Шевченка*

ЗАСТОСУВАННЯ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА В МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРОБЛЕМИ

В XXI столітті іноземне право застосовується суб'єктами міжнародного приватного права в Україні все частіше. Суди, як загальної юрисдикції, так і третейські, а також адвокати, юрисконсультанти і нотаріуси є професійними учасниками процесу, коли виникає необхідність в застосуванні права іншого, ніж право нашої країни. Це може бути як судовий процес, так і позасудова процедура.

Суди України загальної юрисдикції – загальні і спеціалізовані – застосовують іноземне право *ex officio*, керуючись принципом *iura novit curia*, причому так, як його застосовує іноземний суддя у себе на батьківщині. Звичайно, що український суддя не може знати закони та інші нормативні акти всіх країн, право яких може застосуватися в Україні, і тому згаданий процес має багато відкритих питань.

Міжнародний комерційний арбітраж за своєю природою не може не застосовувати іноземне право, оскільки він завжди розглядає суперечності, які виникають в міжнародних комерційних відносинах. Застосування іноземного права міжнародним комерційним арбітражем відзначається особливістю, яка становиться актуальною сьогодні, – це всебічне врахування принципів міжнародної торгівлі (сучасного *lex mercatoria*¹).

Українські адвокати і нотаріуси сьогодні приймають активну участь в гуманітарному та діловому спілкуванні представників різних народів, причому вони є реальними суб'єктами, які застосовують іноземне право в Україні і за її межами.

Слід сказати, що будь яка особа, чи фізична, чи юридична, і самостійно – без участі професійних юристів в спірних чи безспірних ситуаціях – може застосовувати іноземне право; суб'єктами іноземного правозастосування є також адміністративні органи України та третейські суди.

Перераховані вище сфери, в яких може йти мова про застосування іноземного права, були практично відсутні ще 15 років тому. Не існувало раніше і проблеми глибокого теоретичного осмислення питання застосування іноземного права, яка постала поступово на протязі 90-х років минулого століття, коли були прийняті нові закони, які дозволили українським громадянам вільно виїжджати та в'їжджати в Україну, а також створили умови для сприятливого перебування на території нашої країни іноземців, які прибувають до нас з туристичною, комерційною чи іншою метою. Це, насамперед, закони “Про зовнішньоекономічну діяльність” (1991 рік), “Про порядок виїзду з України та в'їзду в Україну громадян України”, “Про правовий статус іноземців”, “Про міжнародний комерційний арбітраж” (останні три закони прийняті в 1994 році) тощо.

Викладене нижче є констатацією проблеми застосування іноземного права в міжнародному приватному праві, яка завершується визначенням зазначеного поняття.



Право може або застосовуватися, або не застосовуватися поза межами тієї країни, де воно встановлено законодавцем. Тут встановлення законодавцем сьогодні слід розуміти так широко, настільки це можливо з раціональної точки зору компетентного юриста. Встановлення в такому разі включає також і формальне або неформальне визнання законодавцем і суддями та іншими юристами міжнародного права, в т.ч. *lex mercatoria*.

Право поза межами країни походження становиться іноземним правом, тому останнє (іноземне) право може або застосовуватися, або не застосовуватися в цих іноземних країнах.

Відповідно до своєї генези іноземне право в іноземній країні може залишатися правом в об'єктивному сенсі, а може мати тільки суб'єктивне значення. В першому випадку можна говорити про те, що з формальної точки зору в такій країні іноземне право застосовується, а в другому – не застосовується.

Іноземне право застосовується тільки в рамках міжнародного приватного права. Це не означає, що застосовується виключно іноземне приватне право – може застосовуватися також і іноземне публічне право, але, за загальним правилом, колізійна норма відсилає до іноземного приватного права, в т.ч. до іноземного колізійного права. Іноземні адміністративні та інші норми не застосовуються поза межами тієї країни, де вони виникли, оскільки в протилежному разі обмежувався б суверенітет іншої країни, де такі б норми претендували на застосування. Застосування іноземного приватного права не обмежує суверенітет країни, де відбувається такий процес.

В цілому може існувати багато концепцій застосування іноземного права, зокрема, ми найбільш вдалою вважаємо теорію матеріальної рецепції іноземного права. Ця теорія будується нами за аналогією з класифікацією взаємності в міжнародному приватному праві на формальну і матеріальну.

Історія міжнародного приватного права, яка розпочинається як мінімум в XIV столітті (можна говорити і про XII століття магістра Алдріка), – це історія проблеми застосування іноземного права, яка отримує назву колізійного питання. Точніше колізійне питання поступово структурується таким чином, що в ньому можна виділити дві частини – 1) застосування колізійної норми та 2) застосування норми іноземного права.

Теорія статутів та принцип більш тісного зв'язку – це два основні сьогодні підходи, які в загальному пояснюють, як має ставитися суддя до іноземного права. Наявність загальних засад не суперечить необхідності мати також і спеціальні (чи спеціальну) теорії(ю) застосування іноземного права в міжнародному приватному праві. Теорія матеріальної рецепції іноземного права і є такою спеціальною теорією застосування іноземного права.

Відповідаючи і в загальному на питання як застосовується іноземне право, теорія матеріальної рецепції іноземного права також включає питання порядку та методології застосування іноземного права. Застосування іноземного права об'єднує в певному порядку такі знайомі українському міжнародному приватному праву питання, як принципи більш тісного зв'язку та автономії волі, правову кваліфікацію, встановлення змісту норм іноземного права, зворотне відсилання та відсилання до права третьої країни, обхід закону, взаємність, застереження про публічний порядок та інші проблеми загальної частини міжнародного приватного права.

Методологія застосування іноземного права може бути побудованою на загальних теоріях застосування норм права, в т.ч. теорій українських професорів Є. Васківського та П.О. Недбайла, які були ними сформульовані відповідно в монографіях “Вчення про тлумачення і застосування цивільних законів. Частина 1. Цивілістична методологія” (1901 рік) та “Застосування радянських правових норм”, що появилася у світ в 1960 році². Звичайно, мають бути використані і іноземні теорії права³.

В тій чи іншій країні може існувати декілька теорій правозастосування, тому їх кількість не збігається з кількістю країн світу, яких сьогодні близько 250. Але, звичайно існують загальновідомі теорії права, які включають і питання правозастосування, що домінують у світі. Таких теорій



небагато. До них можна віднести теорію основної норми Г. Кельзена⁴, концепцію права Харта⁵, концепцію Вишинського, яка панувала в Радянському Союзі з 1938 року та багато в чому продовжує існувати і сьогодні, доктрина природного права та інші.

Таким чином, викладене вище дозволяє коротко сформулювати наш підхід до поставленої вище проблеми застосування іноземного права в міжнародному приватному праві.

Застосування іноземного права має риси інституту загальної частини міжнародного приватного права. В першу чергу, йдеться про наявність відповідного правового регулювання (як мінімум однієї чи декількох норм), яке немовби цементує навколо себе інші питання загальної частини міжнародного приватного права, а також систему колізійних норм та міжнародний цивільний процес в широкому розумінні. Цей інститут має займати місце на початку відповідного нормативного акту з міжнародного приватного права, оскільки від його вирішення залежить решта субпроблем міжнародного приватного права, і, насамперед, питання кваліфікації. Останнє питання є найбільш тісно пов'язаним з питанням застосування іноземного права поряд із питанням адаптації та встановлення змісту норм іноземного права. Розмежування цих та інших проблем міжнародного приватного права з питанням застосування іноземного права і є основним завданням дослідження застосування іноземного права.

Підсумовуючи, наведемо таке визначення поняття застосування іноземного права: застосування іноземного права – це інститут міжнародного приватного права (загальної його частини), який являє собою норми, предметом яких є процес або процедура кваліфікації певних фактичних обставин з іноземним елементом на підставі встановлених норм іноземного права, при необхідності, адаптованих.

¹ Див.: Мережко А.А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права. – К.: Таксон, 1999. – 416 с.

² Див.: Васильковский Е. Учение о толковании и применении гражданских законов. – Ч. 1.: Цивилистическая методология. – Одесса, Б.г., 1901. – 376 с.; Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – М.: Госюриздат, 1960. – 511 с.

³ Див., наприклад: Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко; Пер. с фр. – М.: Изд-во дом NOTA BENE, 2000. – 576 с.

⁴ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. переводов. – М.: АН СССР, ИНИОН, 1987. – Вып. 1–2. – 1988.

⁵ Харт Х.Л.А. Концепция права: Скор. пер. – К.: Сфера, 1998. – 236 с.

*Майданик Р.А.,
доцент кафедри цивільного права
юридичного факультету Київського
національного університету
ім. Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук*

ПОНЯТТЯ ТА МЕХАНІЗМ ДОВІРЧИХ ПРАВОВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Законодавство України не можна розглядати поза зв'язком з іншими національними правовими системами і з міжнародним правом. Розвиток міжнародного правового регулювання об'єктивно впливає на регулювання довірчих відносин за допомогою міжнародно-правових актів.