

8. *Kurzynsky-Singer/Pankevich*. Freiheitliche Dispositionsmaxime und sowjetischer Paternalismus im russischen Zivilprozessrecht: Wechselwirkung verschiedener Bestandteile einer Transformationsrechtsordnung, ZEuP 2012, S. 7 ff.; русскоязычный вариант статьи: Курзински-Сингер/Панкевич, Конфликт-взаимодействие принципов диспозитивности и обязательности судебных решений в современном процессуальном праве РФ Государство и право 2010, № 9, 36 – 46; доступно в интернете: http://www.mpipriv.de/files/pdf4/2010_11_03_011.pdf.

9. *Giorgishviliu*. Das georgische Verbraucherrecht, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. – S. 222.

10. *Chanturia*. Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobniig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, Tübingen 2001, S. 896; ders., Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung? RabelsZ 74 (2010). – S. 155 ff.

11. *Kurzynsky-Singer (Hrsg.)*. Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. О проекте см. подробнее: http://www.mpipriv.de/de/pub/forschung/auslaendisches_recht/russland_und_weitere_gus/stipenddienprogramm_cfm.

12. *Vashakidze*. Kodifikation des Internationalen Privatrechts in Georgien, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014, S. 289–330.

13. *Giorgishvili*. Das georgische Verbraucherrecht, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. – S. 219 – 288.

14. *Tsertsvadze*. The New Georgian Arbitration Law in Practice, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen, 2014. – S. 139–218.

15. *Kurzynsky-Singer / Zarandia*. Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.) Transformation durch Rezeption? Tübingen 2014. – S. 107–138, русскоязычный вариант статьи: Курзинский-Сингер/Зарандия. Рецепция немецкого вещного права в Грузии, Вестник Гражданского права, 2012. – № 1. – С. 221–257, доступно в интернете http://www.mpipriv.de/files/pdf4/vgp_1_20121.pdf.

16. *Palandt*. Bürgerliches Gesetzbuch (Bearb. von P. Bassenge). § 935 (Rn. 6).

17. *Чачава С*. Истребование вещи из незаконного владения // The Georgian Law Review, 2004. – No. 7. – P. 760–782.

Kurzinsky-Singer Eugenia. Harmonization of law as a legal process of borrowing

The article examines and analyzes the issue of the need to harmonize Ukrainian law with EU law on the basis of experience of harmonization with EU law of some legislative acts of Georgia. Based on the research conclusions that harmonization can be successful if the process will be based on the practical experience of other countries, including Georgia, as well as scientific and practical analysis of the expected results of such harmonization.

Keywords: drawing rights, legal theory borrowing, harmonization of law, European integration, the experience of Georgia.

Курзинська-Сінгер Євгенія. Гармонізація права як процес правових запозичень

У статті розглядаються та аналізуються питання щодо необхідності гармонізації українського права з правом ЄС на основі практичного досвіду гармонізації з правом ЄС окремих законодавчих актів Грузії. На основі дослідження зроблено висновки, що гармонізація може бути більш успішною, якщо цей процес буде здійснюватись на основі практичного досвіду інших країн, зокрема Грузії, а також наукового та практичного аналізу очікуваних результатів такої гармонізації.

Ключові слова: правові запозичення, теорії правового запозичення, гармонізація права, Європейська інтеграція, досвід Грузії.

ПРОБЛЕМА ВИБОРУ ЗАСТОСОВАНОГО ПРАВА ДО ДОГОВОРУ МІЖНАРОДНОГО МОРСЬКОГО ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ

Микита І. Р.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

У статті розглядається сучасний стан механізму колізійного регулювання договірних відносин у міжнародному приватному праві України, зокрема у сфері міжнародних морських перевезень вантажів, та розкриваються питання необхідності його вдосконалення.

Ключові слова: договір за участі іноземного елемента, застосування іноземного права, нормотворчі фактори.

Колізійне регулювання договірних відносин у сфері міжнародного морського перевезення вантажів є завжди актуальним, бо містить безліч практичних проблем, пов'язаних з визначенням застосованого права, даної групи відносин.

Колізійне регулювання договірних відносин є лише частково дослідженою темою у вітчизняній науці. Міжнародні морські перевезення вантажів – специфічний інститут міжнародного приватного права, оскільки захищає як публічні інтереси різних держави, так і приватні інтереси фізичних та юридичних осіб різних країн. При цьому залишається недослідженим питання колізійного регулювання договірних відносин у цій сфері, воно не може бути здійснено без аналізу сучасних тенденцій такого регулювання.

Метою статті є окреслення теоретичних проблем вищезгаданої сфери.

На їх розв'язання були спрямовані дослідження А. В. Асоскова, Є. В. Бабкіної, І. А. Діковської, В. І. Кисіля, В. Л. Толстих, А. О. Філіп'єва, Р. М. Ходикіна.

Є. В. Бабкіна наголошує, що тільки на перший погляд здається, що договірні зобов'язання представляють собою ідеально уніфіковану на міжнародному рівні сферу. Незважаючи на високий рівень уніфікації, все ж залишаються питання, які є нерегульованими. Єдиним способом усунення існуючих прогалин є застосування колізійного методу, а саме, визначення внутрішнього права, яке буде застосовуватись до правовідносин [7].

В. Л. Толстих зазначає, що нині договори за участю іноземного елемента дуже різнобічні. Якщо ще недавно зовнішньоекономічні договори стосувались обміну товарами (купівля-продаж), то сьогодні можна говорити про збільшення їхньої різнобічності. Принципи територіальної локалізації договору, в якому відсутній іноземний елемент та, навпаки, присутній цей елемент – однакові. Точки територіальної локалізації договору, що містять у собі іноземний елемент, нині є достатньо ізольовані один від одного, оскільки місце укладення договору не обов'язково збігається з місцем його виконання, а, у свою чергу, місце виконання договору не збігається з місцем знаходження особи, яка його виконує, місце розгляду спору не обов'язково збігається з місцем виконання і так далі. Регулювання договірних відносин, як правило, розчіплюється і це, зазвичай, пов'язано вже із зазначеною ізольованістю точок територіальної прив'язки договірних відносин.

Можна погодитись з думкою українського вченого у сфері колізійного регулювання В. І. Кисіля про те, що одним з актуальних питань міжнародного приватного права є законодавче закріплення його положень у систематизованому вигляді з метою запровадження найбільш досконалих нормативних засобів розмежування компетенції національного та іноземного правопорядків, що застосовуються під час спорів, які виникають з приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, або у зв'язку з ними [8]. Такий інститут міжнародного приватного права як міжнародне морське перевезення вантажів нині перебуває не лише під впливом активної інтернаціоналізації цивільних відносин, а й під впливом того, що наявний колізійний механізм регулювання договірних відносин у цій сфері є застарілим у силу того, що правове регулювання не актуальне, оскільки не встигає за потребами та технічними змінами.

А. О. Філіп'єв вважає, що можливість застосування іноземного права як результату відсилки колізійної норми є головним питанням не лише доктрини, а й практики міжнародного приватного права. Також вчений надає чотири основних причини, що пов'язані із застосуванням іноземного права. По-перше, це прикріпленість правових норм до предметів матеріального світу, яка передбачає, що правові норми мають екстратериторіальний характер з огляду на те, що впливають на об'єкти матеріального світу та поведінку, внаслідок чого навіть поза межами кордону юрисдикції права немає сенсу заперечувати такий вплив та ігнорувати його. По-друге, метаюридичне (неправове) зобов'язання держав надавати юридичне значення іноземним правовим нормам пов'язує застосування іноземного права із теорією міжнародної ввічливості (*comitas gentium*) і відповідно до цього іноземне право застосовується через те, що це зумовлено або неправовими (етичними, моральними) нормами або ж взаємною вигодою держав. По-третє, причина застосування іноземного права може міститись у зобов'язанні, що впливає із загальновизначених норм міжнародного публічного права. Визнання у певних випадках державної дії права інших держав на своїй території зумовлене зобов'язанням, що покладено на неї з урахуванням принципів міжнародного публічного права. По-четверте, існує вільний підхід до міжнародної взаємодії іноземних правових систем, який відкидає наявність будь-яких теоритичних основ для застосування іноземного права. Навпаки, цей підхід заснований на апелюванні до вимог практики, повсякденного життя. Його ідея полягає в тому, що застосування іноземного права не має у своїй основі жодних інших причин, ніж потреби цивільного обороту [12].

А. В. Асосков один із небагатьох вчених, який розглядає у своїх працях причини застосування іноземного приватного права. Перш за все, це пов'язано із застосуванням законодавцем певної колізійної прив'язки та її доцільності, іншими словами, вчений вважає, що у цьому полягає логіка колізійного регулювання. На його думку, недоцільно розглядати ці теорії про природу та причини застосування іноземного права, оскільки вони нездатні сформулювати застосовані на практиці критерії для вибору оптимальних колізійних норм, а також визначення логіки колізійного регулювання у конкретних

ситуаціях. Вивчення колізійного регулювання окремих приватноправових інститутів передбачає необхідність вивчення факторів, які є в основі процесу вирішення проблеми визначення застосованого права.

Також А. В. Асосков звертає увагу на пропозицію Р. М. Ходикіна розрізняти категорії «принципи формування змісту колізійних норм» та «фактори, які впливають на формування змісту колізійних норм». Під принципами формування змісту колізійних норм автор розуміє «певні відносно сталі основи створення, функціонування та розвитку колізійних норм, які в силу найвищої імперативності мають спрямовувати процес поліпшення колізійного регулювання різноманітних відносин з іноземним елементом та переслідують мету локалізації таких відносин у межах правової системи, яка здатна якнайкращим чином забезпечити реалізацію прав та законних інтересів всіх сторін правовідношення». Під фактором же автор розуміє «будь-яке явище громадського життя, яке безпосередньо впливає у тій чи іншій формі на прояв необхідності в колізійному регулюванні, на розробку, прийняття, зміну чи відміну колізійної норми». Крім цього, Р. М. Ходикін зазначає, що загальні принципи міжнародного приватного права визначають допустимість застосування іноземного права як такого. А. В. Асосков вважає таку позицію досить проблематичною, оскільки принципи повинні мати самостійну здатність до регулювання правовідносин в умовах виникнення законодавчих прогалин і, у свою чергу, пропонує вживати такий термін як «нормотворчий фактор», який нині широко застосовується в американській доктрині – «фактори, які мають стосунок до вибору застосованого права» (factors relevant to the choice of the applicable law), «колізійні політики» (conflict policies), «колізійні міркування» (choice-influencing). Німецька доктрина вживає такі терміни, як «вектори правотворчості» (Vektoren der Rechtsbildung), «максими колізійних прив'язок» (Maximen der Anknüpfung), «критерії оцінки» (Abwägungstopoi) [11, с.13].

Відомо такі групи нормотворчих факторів:

- 1) власне колізійні фактори, які пов'язані з інтересами різних груп осіб у сфері колізійного регулювання:
 - індивідуальні колізійні інтереси, які відображають інтереси сторін відповідного транскордонного договору. Цим інтересам відповідає застосування персональних формул прикріплення (право громадянства чи місце проживання фізичної особи, місце створення юридичної особи чи фактичного місця знаходження її основного органу), а також застосування принципу автономії волі;
 - колізійні інтереси обороту, тобто інтереси всіх третіх осіб, які потенційно можуть стати учасниками приватноправових відносин на території тієї чи іншої держави. Ці інтереси спрямовані на застосування колізійних прив'язок, які відносяться до територіальних формул прикріплення, наприклад, місцезнаходження речі, або формули прикріплення, що передбачають використання місця здійснення юридичних актів, наприклад, місце вчинення правочину чи місця завдання шкоди;
 - колізійні інтереси правопорядку, які пов'язані з ефективним функціонуванням правопорядку і переважно є конкретизацією принципів загальноправового характеру (міжнародні та внутрішні одноманітні рішення, правова визначеність і передбачуваність результату, схильність до застосування власного матеріального права, виконання винесених рішень);
- 2) матеріальні фактори, які зорієнтовані на врахування основних принципів та тенденцій матеріально-правового регулювання відповідних аспектів договірної зобов'язання. Використання цих факторів передбачає врахування матеріально-правового результату вирішення спору вже на стадії визначення застосованого права;

3) публічні фактори, які враховують наявність у різних держав публічних інтересів у регулюванні транскордонних договорів, незважаючи на те, що, за загальним правилом, дані інтереси задовольняються завдяки спеціальному інституту надімперативних норм, а в деяких ситуаціях ці фактори мають здатність впливати і на формування колізійних рішень за його межами [9, с. 6–7].

Тобто, проаналізувавши вищевикладене, можна зробити висновок, що колізійне регулювання договірних відносин робить спроби вдосконалення і сприяння правовій визначеності. Колізійний механізм регулювання договору морського перевезення засновано на колізійних прив'язках. Для збереження колізійно-правового методу регулювання договору морського перевезення і можливості проведення у майбутньому уніфікації колізійних норм слід встановити кілька або ж певну кількість прив'язок, які б забезпечували потрібну гнучкість і давали можливість враховувати конкретні обставини і зберегти певні рамки вибору. Сьогодні для договору міжнародного морського перевезення вантажу є притаманною доктрина «характерного виконання». Суть її у тому, що договірні відносини мають регулюватись особистим законом особи, на яку покладено обов'язок виконання зобов'язання. На основі цієї доктрини договір морського перевезення має регулюватись особистим законом перевізника. За таким принципом й побудована ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка говорить про те, що у разі відсутності згоди сторін про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право відповідно до ч. 2 і 3 ст. 32 цього Закону. При цьому стороною, яка має здійснити виконання і має вирішальне значення для змісту договору, в даному випадку для договору перевезення, є перевізник.

У міжнародному приватному праві досить часто колізії виникають через те, що одні й ті самі відносини в одній державі отримують захист, а в іншій – ні. Тому слід звернути увагу на цей факт,

оскільки сфера міжнародного торговельного мореплавства і без цього є дуже спірною. Але чи використання особистого закону фізичної особи є дійсно необхідним у даній сфері?

Частина 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року містить положення про те, що право, яке підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, визначається згідно з колізійними нормами та іншими колізійними положеннями цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України [5].

І. А. Діковська вважає, що при визначенні права, яке слід застосовувати до договорів повітряного чартеру з іноземним елементом, слід виходити з правової природи даного договору. Так, оскільки договір повітряного чартеру є особливим видом договору перевезення, то до нього потрібно застосовувати право перевізника, тобто право перевізника. При визначенні права, яке слід застосовувати до відносин, що виникають між перевізником та пасажиром при виконанні повітряного перевезення на підставі договору чартеру, слід брати до уваги те, що у даному випадку може мати місце ситуація, коли наявні два перевізники – перевізник документарний та фактичний [6, с. 70]. Ми погоджуємось з думкою І. А. Діковської щодо того, що при визначенні застосованого права, яке слід застосовувати до договору певного виду міжнародного перевезення, слід враховувати його правову природу, але не завжди враховувати право перевізника.

У свою чергу, варто зазначити, що А. В. Асосков зауважував, що головною проблемою, з якою стикається на практиці законодавець при формулюванні об'єктивних колізійних прив'язок, є надто велике різноманіття договірних зобов'язань. Розвинуті держави світу визнали неможливим знайти колізійні прив'язки, які б однаково успішно регулювали таку кількість цивільно-правових договорів і перейшли до гнучкого колізійного регулювання, що має за основу різні форми використання принципу найбільш тісного зв'язку. Таке регулювання має і недолік, який, на думку А. В. Асоскова, веде до втрати передбачуваності і правової визначеності. Наприклад, до моменту прийняття рішення судом сторони не можуть бути впевнені у висновках, до яких дійде суд при використанні гнучких колізійних норм чи коректуючих застережень.

Тобто, як бачимо, думки вчених розділяються. Одні вважають, що слід звертати увагу на юридичну природу певного договору, а інші – що слід прив'язуватись до колізійного регулювання.

Щодо вибору права для регулювання договірних відносин, що виникають з договору міжнародного морського перевезення. У інших наукових працях ми вже досліджували даний договір та його природу та дійшли висновку, що це зовнішньоекономічний договір (контракт). Але, якщо врахувати, що для групи даних договорів характерний як єдиний підхід до його визначення та його правової природи, так і відсутність такого підходу, то це може ускладнити колізійне регулювання.

Поняття договору морського перевезення змінювалось від конвенції до конвенції, які були прийняті для врегулювання відносин, що виникають при здійсненні міжнародних морських перевезень. Конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 р. (Гаазькі правила) визначає договір морського перевезення як договір, що засвідчується коносаментом чи будь-яким іншим подібним документом і є підставою для здійснення морського перевезення вантажу [1]. Конвенція ООН про морські перевезення вантажів 1978 р. (Гамбурзькі правила) містить вже інше визначення договору морського перевезення, за яким договір морського перевезення є будь-яким договором, відповідно до якого перевізник за оплату фрахту зобов'язується перевезти вантаж морем з одного порту до іншого, однак договір, що охоплює перевезення морем, а також перевезення будь-яким іншим способом, розглядається як договір морського перевезення для цілей даної Конвенції лише в тій мірі, в якій він належить до перевезення морем [2].

Конвенція ООН про договори повного або часткового міжнародного морського перевезення вантажів 2008 р. (Роттердамські правила) надає визначення, що договором морського перевезення є договір, за яким перевізник за сплату фрахту зобов'язується перевезти вантаж з одного місця до іншого [2]. Такий договір передбачає морське перевезення і може передбачати перевезення іншими видами транспорту у доповненні до морського перевезення.

Гамбурзькі правила визначають сферу застосування даної Конвенції у статті 2, де містять колізійні норми, які не лише визначають сферу застосування даного документа, а й механізму колізійного регулювання договору міжнародного морського перевезення. Тому даний міжнародний правовий документ застосовується до всіх договорів морського перевезення між двома різними державами, якщо: 1) порт навантаження, який передбачений у договорі морського перевезення, знаходиться в одній з договірних держав; 2) порт розвантаження, який передбачений у договорі морського перевезення, знаходиться у одній з договірних держав; 3) один із опційних портів розвантаження, передбачених у договорі морського перевезення, є фактичним портом розвантаження і такий порт знаходиться в одній з договірних держав; 4) коносамент чи інший документ, який засвідчує договір морського перевезення, виданий в одній з договірних держав; 5) коносамент чи інший документ, який засвідчує договір морського перевезення, передбачає, що такий договір має регулюватись положеннями Конвенції чи законодавством будь-якої іншої держави, які їх ратифікують [3].

Роттердамські правила також містять певні колізійні норми, а саме: стаття 6 передбачає, що Конвенція може застосовуватись до договорів морського перевезення, якщо відповідно до них місце отримання вантажу і місце здачі вантажу знаходяться у різних державах і порт вивантаження морського перевезення і порт розвантаження цього морського перевезення знаходяться у різних державах, якщо відповідно до договору морського перевезення одне із наступних місць знаходиться у договорній державі: 1) місце отримання вантажу; 2) порт завантаження; 3) місце здачі вантажу; 4) порт завантаження [4]. Також слід зауважити, що обидві вищезгадані конвенції застосовуються без урахування національності судна, перевізника, виконуючих сторін, вантажовідправника, вантажоотримувача чи будь-яких інших зацікавлених сторін.

Отже, можна зробити висновок, що нині колізійне регулювання договірних відносин видозмінюється і демонструє нові теоретичні проблеми, які, на жаль, ще не всі досліджені вітчизняною наукою міжнародного приватного права. Також можна зазначити, що застосування матеріального права певної країни, до якого відсилає колізійна норма, не завжди є ефективним для врегулювання тієї чи іншої спірної ситуації, яка виникає при виконанні зобов'язань за договорами.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу від 11 квітня 1980 року // Офіційний вісник України. – 2006 р. – № 15. – Ст. 1171.
2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права від 10 грудня 1982 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_057.
3. Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент від 25 серпня 1924 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_221.
4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів від 31 березня 1978 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995391/card6#Public>.
5. Закон України. «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.
6. Діковська І. А. Договір повітряного чартеру у міжнародному приватному праві: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03, 2002. – 189 с.
7. Бабкина Е. В. Коллизионное регулирование договорных отношений в новейших источниках международного частного права // Актуальные проблемы международного и международного частного права: сб. науч. тр. – Выпуск 5. Минск, 2013. – С. 89–98.
8. Кисіль В. І. Механізми колізійного регулювання у сучасному міжнародному приватному праві України: автореферат дис. докт. юрид. наук. 12.00.03 / Кисіль Василь Іванович. – Київ, 2001. – С. 27.
9. Коллизионное регулирование договорных обязательств / А. В. Асосков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 640 с.
10. Международное частное право: коллизионное регулирование / В. Л. Толстых. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 524 с.
11. Основы коллизионного права / А. В. Асосков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 352 с.
12. Філіп'єв А. О. Застосування іноземного права для регулювання приватноправових відносин: проблеми та перспективи. Автореферат канд. юрид. наук. 12.00.03 / Філіп'єв Артем Олександрович. – Київ, 2009. – С. 20.

Микита Ирина Проблема выбора применимого права к договору международной морской перевозки груза

В статье рассматривается современное состояние механизма коллизионного регулирования договорных отношений в международном частном праве, в частности в сфере международных морских перевозок груза, и раскрываются вопросы необходимости его усовершенствования.

Ключевые слова: договор с иностранным элементом, применение иностранного права, нормообразующие факторы

Mykyta Iryna Problem of applicable law choice to sea carrying goods contract

Conflict of law regulatory of contractual relationships is always topical subject in the science of international private law. International carriage goods by sea is very specific institute of international private law, because it protects both the public interests of other states and private interests of natural person and legal entity. High level of unification in this sphere does not provide the resolving of all problem issues in this sphere.

Key words: contract with foreign element, application of foreign law, law-creating factors.