

ПІДСТАВИ ВІДМОВИ В ЗАСТОСУВАННІ ІНОЗЕМНОГО ПРАВА

Г.В. Галущенко

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри Міжнародного приватного права
Київського національного університету ім. Т.Г. Шевченка*

Постановка проблеми. В доктрині та практиці міжнародного приватного права (далі МПрП) застосування іноземного права не є самоціллю, більш того, таке застосування не завжди призводить до позитивних, з погляду права та справедливості, наслідків. Саме тому система МПрП, яка формує складний комплекс правил, що регламентують застосування іноземного права, передбачливо забезпечила позиції національного суду від проникнення чужоземних правових норм, що повністю суперечать фундаментальним принципам національної правової системи.

В свою чергу, нігілізм, що зустрічається у застосуванні іноземного права, призводить до того, що доктрина і практика виробляють надмірну кількість обмежень, які створюють для національного правозастосовного органу підстави за будь-яких умов уникнути застосування іноземного права. Проте це – неприпустимо. Обмеження в застосуванні іноземного права мають сприйматись як винятки, а не як правило. Саме тому, актуальність теми обумовлюється питанням застосування або незастосування іноземного права, правомірністю відмови такого застосування.

Метою дослідження є аналіз загальнотеоретичних та практичних проблем відмови в застосуванні іноземного права для регулювання приватноправових відносин.

Основні результати дослідження. Загалом, на даний час обмеження застосування іноземних норм права поділяють на дві великі групи: матеріальні та процесуальні. Матеріальні обмеження забороняють застосування іноземних правових норм з огляду на характер цих норм, змісту приписів національного права або ж з огляду на неналежне використання сторонами правовідносин дії колізійних механізмів. Тобто всі ці обмеження так чи інакше пов'язані із самою нормою права, що має бути застосована [8, с. 13-14]. До них належать застереження про публічний порядок, правова несумісність, дія імперативних норм МПрП, реторсії та взаємність. Що стосується процесуальної межі застосування іноземного права, то вона полягає у відсутності можливостей встановити зміст іноземної правової норми, навіть незважаючи на використання для цього всіх наявних правових механізмів.

В правозастосовній практиці багатьох держав широкого розповсюдження отримала правова норма, згідно з якою іноземний закон не застосовується, якщо він суперечить основним принципам правопорядку, моралі та добрим звичаям, тобто застереження про публічний порядок. Наприклад, відповідно до ст. 6 Цивільного кодексу Франції: «Неможна порушувати приватними угодами законів, що зачіпають громадський порядок та добрі звичаї» [6, с. 36]. До того ж, застереження про публічний порядок міститься в деяких міжнародних договорах. Так, ст. 6 Гаазької конвенції 1955 року про право, що застосовується в міжнародній купівлі-продажі рухомих матеріальних речей, говорить: «В кожній з Договірних Держав застосування права, визначеного даною Конвенцією, може бути виключено по мотивах публічного порядку» [2, с. 199].

В процесі системного аналізу цієї доктринальної позиції виникає питання, що представляє прагматичний інтерес, що варто вважати публічним порядком? Відповідь на це питання бачиться в площині загальної теорії міжнародного приватного права. Касаційний суд Бельгії в рішенні по справі *Vigououx* визначив публічний порядок як «принцип, який законодавець розглядає як суттєвий для діючого морального, політичного та економічного порядків» [5, с. 56]. Нажаль, дане визначення не є корисним для практики, так як не створює чіткого та зрозумілого орієнтира. Як зазначив В.П. Звекон: «Розглядуване як правовий феномен, що несе в собі «заряд» імперативності, когентності найвищої сили, здатний обмежити дію вітчизняної колізійної норми, застереження про публічний порядок не піддається якому-небудь чіткому визначенню» [1, с. 152].

Для цілей МПрП під правопорядком варто розуміти комплексну категорію, що включає в себе три складові: основні принципи вітчизняної правосвідомості, основні положення вітчизняного права і охоронювані вітчизняним правом інтереси суб'єктів права. Іншими словами, іноземне право не повинне застосовуватись, якщо: зміст норм іноземного права значно відрізняється від змісту норм вітчизняного права; в результаті застосування норм іноземного будуть порушені охоронювані законом інтереси суб'єктів права; результат застосування іноземного права не сумісний з основними принципами вітчизняної правосвідомості.

Публічний порядок не є універсальним з точки зору змісту, що пов'язано, перш за все, з різноманітністю культур та вихідним з неї різноманіттям правових цінностей. В певному сенсі публічний порядок враховує не субстанційну значимість правових цінностей, а їх формальну значимість. П. Курб, розділяючи цю позицію, виокремлює в якості елементів публічного порядку: принципи універсальної справедливості, що мають абсолютну універсальну цінність (не буде застосоване іноземне право, що визнає рабство, дискримінацію по расовим мотивам, не захищаючи приватну власність, вступаючи у конфлікт з Декларацією прав людини 1948 р.); національно-правові цінності (заборона судового переслідування не емансипованої дитини, незастосування іноземного права, що забороняє розлучення) [10, с. 103-104].

Застереження про публічний порядок частіше за все застосовується в сфері сімейного та спадкового права, тобто в тій сфері, де є значний вплив

національних та релігійних традицій на законодавця, і яка несприйнятлива для уніфікаційних процесів. В сфері цивільного права застереження про публічний порядок значно рідше застосовується як підстава відмови в застосуванні іноземного права: більшість держав так чи інакше будують своє законодавство на принципах римського права [7, с. 319].

При цьому, в ході вирішення питання про відмову в застосуванні іноземного права, варто зазначити, що для реалізації застереження про публічний порядок необхідно, щоб вітчизняному правопорядку суперечив результат застосування норм іноземного права, а не їх зміст. Як доречно зазначив Л.А. Лунц: «Побудувати поняття публічного порядку на одній лиш неподібності місцевого цивільного закону й іноземного закону – означає взагалі відхилити МПрП, так як колізійна проблема виникає лише у випадках такої неподібності» [3, с. 309].

До того ж, важливо пам'ятати про «концепцію актуальності публічного порядку», вперше запропоновану А. Пійє, суть якої полягає в оцінці вітчизняного правопорядку на момент винесення судового рішення, а не виникнення відносин [13, с. 398]. Адже суд повинен керуватись діючим правом, і, відповідно, діючими цінностями, що наповнюють зміст категорії «публічний порядок». У тих випадках, коли застосування іноземного закону, до якого відсилає колізійна норма, виключається з мотивів публічного порядку, утворений правовий вакуум, на наш погляд, повинен бути заповнений шляхом застосування відповідної норми права країни суду.

В цілому, застереження про публічний порядок створює гарантію не порушення основних принципів регулювання приватноправових відносин. Роль даного принципу МПрП цілком порівнянна з роллю принципу невтручання у внутрішні справи іншої держави в міжнародному публічному праві. В той же час, необхідно визнати, що широке застосування застереження про публічний порядок в якості підстави відмови застосування іноземного права не відповідає задачам сучасного МПрП, понижує його роль в справі поглиблення і розвитку ділового співробітництва між державами з різноманітними правовими системами [6, с. 37]. До того ж, відносини регулюються нормами права національної держави, з якою правовідносини менше пов'язані, ніж з іноземним, – відповідно понижується ефективність правового регулювання.

Наступною підставою незастосування іноземного права варто виділити правову несумісність. Це сукупність формальних якостей правової системи іноземної держави, що перешкоджає застосуванню її норм у межах вітчизняного правопорядку.

Так, може виникнути питання про загальні принципи права, як про такі, що втілені в конкретних нормах, так і про ті, на яких базується правова система (окрема галузь), і які суперечать публічному порядку країни суду. Уявляється, що орган, компетентний розглядати спір, вправі в цьому випадку відмовити по мотиву публічного порядку в застосуванні всієї правової системи [4, с. 378].

Наприклад, до якостей правової системи, що роблять її норми незастосовними, належать: нестійкість правової системи, через яку неможливо точно

встановити зміст іноземного права; релігійний характер джерел права; примітивність правової системи (відсутність ознак правової системи цивілізованої держави: писаний характер джерел, комплексність регулювання, врахування іноземних правових систем, невелика роль звичаєвого права, незалежність судів та ін.); перевага прецедентних джерел права (уявляється, що більшість суддів держав романо-германської правової сім'ї не здатні працювати з деякими конструкціями сім'ї загального права, таких як траст або доміцилій, через що в деякій категорії спорів оправдано відмовитись від застосування англійського права, враховуючи, що результат його застосування скоріш за все не буде подібний результату, який досягається англійським суддею).

Вочевидь, проблема правової несумісності суперечить багатьом принципам міжнародного публічного права: співробітництва, суверенної рівності та ін. Так само не відповідає вона і традиційним принципам МПрП: принципу близькості права і суспільних відносин, принципу «ввічливості», вимагаючи поважливого відношення до іноземної правової системи, традиційному розумінню застереження про публічний порядок та іншим.

Як зазначає з цього приводу В. Л. Толстих, не варто вдаватися до правового шовінізму або правової виключності, однак при існуванні правової несумісності будь-які спроби застосування відповідних правових систем будуть або лукавством (якщо судді будуть розуміти іноземне право так, як вони хочуть, а не як варто), або прямим протиріччям публічному порядку [7, с. 353]. Тому сьогодні права несумісність, як підстава незастосування іноземного права, потребує подальшого доктринального дослідження та практичного вирішення.

Далі варто виокремити таку підставу відмови застосування іноземного права, як імперативні норми МПрП. Останні уявляють собою особливо важливі норми вітчизняного матеріального права, які діють незалежно від того, яке право обрали сторони і по якому праву відсилає колізійна норма. Імперативні норми відхиляють дію норм іноземного права незалежно від змісту останніх.

На думку Ф. Франсекакіса, деякі особливо важливі норми вітчизняного права в усіх випадках повинні застосовуватись до відносин з участю іноземного елемента, оскільки вітчизняна держава має обґрунтований інтерес в їх застосуванні. Французький автор, який вперше в європейській доктрині описав концепцію імперативних норм МПрП зазначає: «Держави повинні забезпечити за допомогою колізійних норм ефективність в міжнародному плані інститутів і принципів, котрі вони розглядають як суттєві» [11, с. 151].

Отже, імперативні норми вітчизняного МПрП, що слугують підставою відмови застосування іноземного права, – це не всі імперативні норми МПрП, а лише певна їх частина, тобто особливо важливі норми. До них можна віднести, наприклад, норми про обов'язковість письмової форми угод, про підстави недійсності договорів, про позовну давнину та інші. Задача їх виняткового застосування – захист основних принципів вітчизняного правопорядку.

Однак, такий критерій доктрини МПрП, як значимість, важливість норми є оціночним, котрий, як правило, не може бути використаний поза роз-

глядом конкретної справи. Доктрина не може спиратися на цей критерій – це може зробити лише суд.

В питанні визначення природи імперативних норм міжнародного приватного права мало можуть допомогти і спроби їх класифікації. Адже по суті, імперативні норми МПрП можуть бути виявлені в будь-якій сфері, де є імперативні норми. М. Луссуарн справедливо зазначає: «Немає різниці в природі імперативних норм міжнародного приватного права та інших норм. Можна стверджувати, що в сучасних державах кожен закон гарантує економічні і соціальні інтереси. Це не перевага, зарезервована за *loi de police*. Оскільки мова йде про ступінь, міру, кваліфікація імперативних норм може бути надана лише на основі конкретного аналізу кожного законодавчого положення» [12, с. 328].

Тому висновок полягає в наступному: імперативні норми МПрП – це норми, що визнаються судом в кожному конкретному випадку, як норми, що діють незалежно від того, до якого права відсилає колізійна норма. Імперативні норми МПрП не мають ні особливої форми, що відрізняє їх від імперативних норм, ні особливого змісту; вони виявляються лише на етапі розгляду конкретної справи.

Основною першопричиною виникнення даного інституту є реакція на недоліки механізму колізійного регулювання, частіше за все пов'язані з відсутністю в колізійній нормі відсилки до вітчизняного права тоді, коли це диктується публічними інтересами. Другою причиною виникнення інституту імперативних норм є прагнення законодавця забезпечити комфорт суддям і природне прагнення самих суддів уникнути застосування норм іноземного права. І якщо перша підстава дії даного інституту (реагування на об'єктивні недоліки механізму колізійного регулювання) і мають право на існування, то друга не має бути реалізована. Тому необхідно не допускати обмеження застосування іноземного права шляхом посилання на імперативні норми з єдиною метою забезпечення суду можливості застосувати більш зручне вітчизняне право.

Підставою відмови застосування іноземного права є також інститут взаємності та реторсії. При цьому на відміну від застереження про публічний порядок і інституту імперативних норм вітчизняного права, в даному випадку відмова в застосуванні іноземного права зумовлена причинами, не пов'язаними зі змістом матеріальних норм права. Інститут взаємності та інститут реторсії починають діяти, якщо іноземні судові або виконавчі органи не проявляють належної поваги до вітчизняної політичної і правової систем.

Як зазначає В. Л. Толстих, під взаємністю розуміється надання іноземним суб'єктам не меншого об'єму прав, ніж об'єм прав, котрим користуються вітчизняні суб'єкти на території відповідної іноземної держави [7, с. 378]. Традиційно дана проблема розглядається у доктрині в матеріально-правовому аспекті і все більше належить до правового статусу іноземців. Колізійно-правовий прояв взаємності полягає в тому, що суд застосовує іноземне право лише в тому випадку, якщо іноземний суд при розгляді аналогічних відносин застосовує право вітчизняне.

В цілому, доктрина більшості держав критично відноситься до застосування взаємності в МПрП. Кожна держава вільна в побудові своєї правової

системи, принцип суверенної рівності диктує обов'язок поваги цієї правової системи, в тому числі і колізійних норм іноземного права. Крім того, застосування взаємності означає дискримінацію громадян певної іноземної держави, оскільки вітчизняна колізійна норма буде діяти по відношенню до одних іноземців і не буде діяти до інших.

Концепція взаємності має декілька недоліків. По-перше, незастосування вітчизняного права іноземним судом не є деліктом в сенсі міжнародного публічного права, оскільки відсутні норми обов'язкових стандартів колізійного регулювання. Більш того, будь-які спроби вплинути на іноземного законодавця суперечать принципу невтручання у внутрішні справи іншої держави. Відповідно, будь-які санкції, направлені на незастосування іноземного права, недоречні і можуть розглядатися як міжнародне правопорушення. По-друге, використовуючи концепцію взаємності, суд не застосовує вітчизняні колізійні норми, які прив'язують відносини до права найбільш «близької» іноземної держави. І по-третє, якщо вітчизняне право не застосовується іноземним судом при розгляді окремих ситуацій (з причини іншого змісту колізійних норм), це може компенсуватися застосуванням вітчизняного права при розгляді інших ситуацій.

Отже, із зазначеного вище випливає, що застосування інституту взаємності в колізійному праві недоцільно.

Реторсії уявляють собою обмеження прав іноземних суб'єктів у відповідь на обмеження прав вітчизняних суб'єктів. Метою реторсії є відміна обмежень, які встановлені окремою державою, якщо ця держава вчинила заходів, що несуть необґрунтовану, в порядку дискримінації, шкоду інтересам іншої країни або її громадян.

На практиці на сьогоднішній день такі санкції не вводяться, оскільки в них можна вбачати протиріччя загальним принципам міжнародного публічного права, у відповідності з якими приватні особи не відповідають за дії держав.

Деякі автори Л. А. Лунц, М. М. Богуславський, В. П. Звеків та інші розглядають проблему реторсії як частину проблеми взаємності, що є не зовсім вірним. Підставою застосування концепції взаємності є розбіжність колізійних прив'язок в законодавстві двох держав або відмова в застосуванні вітчизняного права, не заснована на дискримінаційних мотивах. Підставою застосування інституту реторсії є дискримінаційні дії іноземної держави. На відміну від принципу взаємності у випадку реторсії ініціатором незастосування норм іноземного права виступає виконавча гілка влади. Крім того, на відміну від взаємності, у випадку реторсії незастосування іноземного права буде правомірним з точки зору міжнародного публічного права [7, с. 385].

В доктрині МПрП неодноразово згадується про недоліки концепції реторсії. Так, Х. Шак зазначає: «...несправедливо ставити іноземних громадян... в процесуально не вигідне становище, оскільки вони навряд чи можуть вплинути на поведінку іноземної держави» [9, с. 16]. Незважаючи на це, принцип незастосування взаємності закріплений в законодавстві практично всіх держав – членів СНД (ст. 1257 ЦК Вірменії 1997 р., ст. 1098 ЦК Білорусі 1998 р., ст. 1089 ЦК Казахстану 1999 р., ст. 1172 ЦК Киргизстану 1998 р. та інші).

Навряд чи концепція реторсій має великі перспективи для застосування, однак це не повинно слугувати причиною її виключення із законодавства.

Висновки. На сьогоднішній день у МПрП існує достатньо підстав відмови в застосуванні іноземного права. Однак, що стосується перспектив подальшого розвитку обмежень застосування іноземних норм, то, на нашу думку, доктрина і практика йтимуть шляхом лібералізації таких обмежень, звуження не лише їх кількості, а й змісту. Це зумовлено зростанням відкритості правових систем, стрімкою інтеграцією та глобалізацією, які мають місце в сучасному світі.

Таким чином, кожного разу, коли правозастосовний орган відмовляє в застосуванні іноземного права, він має зробити це мотивовано, пояснивши не лише підстави такої відмови, а й обґрунтувавши вибір права, що було застосоване. В іншому випадку відмова в застосуванні буде неправомірною.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Звеков В.П.* Международное частное право / В.П. Звеков. – М., 1999. – 667 с.
2. Конвенция о законе, применимом в международной купле-продаже товаров (Гаага, 15 июня 1955 г.) // Международное частное право : сборник документов. – М. : Изд-во БЕК, 1997. – С. 198-201.
3. *Луниц Л.А.* Курс международного частного права: В 3-х т. / Л.А. Луниц. – М. : Изд-во «Спарк», 2002. – Т. 1. – 1007 с.
4. *Покровская А.Б.* Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам / А.Б. Покровская // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. В.В. Витрянского. 2002. – Вып. 5. – 527 с.
5. Решение Кассационного Суда Бельгии от 27 февраля 1986 г. // *Revue critique juridique belge*, 1989. – 167 p.
6. *Тихиня В.Г.* Международное частное право. Часть I / В.Г. Тихиня. – Минск, 1994 – 91 с.
7. *Толстых В.Л.* Международное частное право: коллизионное регулирование / В.Л. Толстых. – СПб.: Изд – во Р. Асланова Юридический центр Пресс, 2004. – 526 с.
8. *Філіпів А.О.* Застосування іноземного права для регулювання приватноправових відносин: проблеми та перспективи: автор. дис. ...канд. юр. наук: 12.00.03 / А.О. Філіпів – К., 2009. – 20 с.
9. *Шак Х.* Международное гражданское процессуальное право / Х. Шак. – М. : Изд-во БЕК, 2001. – 497 с.
10. *Courbe P.* Droit international prive. Dalloz. Paris. 2000. – 238 p.
11. *Francescakis Ph.* Droit naturel et droit international prive. Melanges offerts a Jasque Maury. Paris. Dalloz. 1960. Т. 1. – 342 p.
12. *Loussouarne M.* Cours general de droit international prive // Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye. 1973. Т. II. – 514 p.
13. *Pillet A.* Principes de droit international prive. Perdone. 1903. – 473 p.

Галущенко Г.В. Підстави відмови в застосуванні іноземного права

У статті досліджуються питання обмеження застосування іноземного права, визначено перелік підстав відмови такого застосування та їх недоліки. Проведено аналіз загальнотеоретичних та практичних проблем відмови в застосуванні інозем-

ного права для регулювання приватноправових відносин. Визначено перспективи подальшого розвитку обмежень застосування іноземного права в доктрині міжнародного приватного права та практиці правозастосовних органів.

Ключові слова: міжнародне приватне право, незастосування іноземного права, застереження про публічний порядок, імперативні норми міжнародного приватного права, реторсії, взаємність, правова несумісність.

Галущенко Г.В. Основания отказа в применении иностранного права

В статье исследуются вопросы ограничения применения иностранного права, определен перечень оснований отказа такого применения и их недостатки. Проведен анализ общетеоретических и практических проблем отказа в применении иностранного права для регулирования частноправовых отношений. Определены перспективы дальнейшего развития ограничений применения иностранного права в доктрине международного частного права и практике правоприменительных органов.

Ключевые слова: международное частное право, неприменение иностранного права, оговорка о публичном порядке, императивные нормы международного частного права, реторсии, взаимность, правовая несовместимость.

Galuschenko G.V. Grounds for refusal of the application of foreign law

In the article is researched the question of foreign law application, is defined a list of grounds for refusal of the application of foreign law and their shortcomings. The author has made an analysis of the general theoretical and practical problems of refusal to apply foreign law for regulation of private law relations. There are also determined the prospects of further development of the limitations of using foreign law in the doctrine of international private law and practice of law enforcement authorities.

Key words: international private law, non-application of foreign law, clause on public policy, mandatory rules of international private law, retortions, reciprocity, legal incompatibility.

Стаття надійшла до редакції 12.05.2014.