



Задорожна С. М.

**АВТОНОМІЯ СТОРІН  
У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**





МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

ЧЕРНІВЕЦЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
ІМЕНІ ЮРІЯ ФЕДЬКОВИЧА

**С. М. Задорожна**

**АВТОНОМІЯ СТОРІН У  
МІЖНАРОДНОМУ  
ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

Чернівці  
Технодрук  
2008



УДК 341.9  
ББК 67.93  
З-156

Друкується за ухвалою вченої ради  
Чернівецького національного університету  
імені Юрія Федьковича

**Рецензенти:** **Георгіца А.З.**, доктор юридичних наук, професор кафедри міжнародного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича;

**Трутьєв В.В.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного, адміністративного і підприємницького права Рівненського інституту Київського університету права НАН України;

**Процьків Н.М.**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича.

З 156 **Задорожна С.М.**

Автономія сторін у міжнародному приватному праві. Монографія. – Чернівці, Технодрук, 2008. – 216 с.

ISBN 978-966-8658-47-1

Монографія являє собою комплексне дослідження автономії волі як колізійно-правової свободи на основі принципу «подвійного визнання» та структурного аналізу проблеми. В цілому у роботі простежено історію виникнення і формування автономії волі як вільного вибору права, проведений порівняльно-правовий аналіз зарубіжного та міжнародного законодавства з досліджуваного питання, розглянуті підстави та порядок вибору права, умови та способи вираження автономії волі, проведено аналіз меж здійснення автономії волі.

Для студентів вищих навчальних закладів, аспірантів, викладачів і практиків.

**ББК: 67.93**

ISBN 978-966-8658-47-1

© Задорожна С.М., 2008  
© Технодрук, 2008

# З М І С Т

<b>ПЕРЕДМОВА</b> .....	4
<b>ВСТУП</b> .....	6
<b>РОЗДІЛ 1. Автономія волі – спосіб вираження колізійно-правової свободи</b> .....	11
1.1. Основна дилема поняття автономії волі: приватна автономія – автономія сторін .....	11
1.2. Доктринальне та легальне обґрунтування вільного вибору права в міжнародному приватному праві.....	36
1.2.1. Філософське розуміння автономії волі в міжнародному приватному праві: теорія «подвійного визнання» волі.....	36
1.2.2. Історія теорії «подвійного визнання» волі ....	49
1.2.3. Порівняльна тенденція повсюдного визнання автономії сторін.....	63
1.2.4. Легальне визнання автономії волі в українському міжнародному приватному праві (автономії сторін).....	81
<b>РОЗДІЛ 2. Умови, способи та межі застосування (формальна сфера дії) автономії сторін як колізійної норми</b> .....	89
2.1. Автономія волі як колізійна норма та її реалізація..	89
2.2. Умови та способи застосування автономії сторін. Дійсність вільного вибору права.....	103
2.3. Формальна сфера дії автономії сторін.....	125
2.3.1. Обсяг застосування автономії сторін.....	125
2.3.2. Обмеження статуту автономії сторін.....	137
<b>РОЗДІЛ 3. Правові наслідки застосування (змістовна сфера дії) колізійної норми Lex voluntatis</b> .....	144
3.1. Коло правопорядків країн, поміж яких можливий вибір права.....	144
3.2. Обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі.....	164
<b>ВИСНОВКИ</b> .....	186
<b>БІБЛІОГРАФІЯ</b> .....	193
<b>РЕЗЮМЕ</b> .....	212
<b>SUMMARY</b> .....	214
<b>CONTENTS</b> .....	215

## ПЕРЕДМОВА

Міжнародне приватне право ділиться на дві частини: з одного боку корпус колізійних норм – з іншого два чи три колізійні принципи: більш тісного зв'язку, автономії волі і сьогодні – захист слабшої сторони. Кожен із цих принципів може претендувати на статус наріжного каменя системи колізійних норм, однак насправді його має лише принцип автономії, яку дійсно можна вважати технічним виявом енергії волі, тобто свободи взагалі та колізійно-правової свободи застосовувати іноземне право зокрема. Саме так (Eckrfeiler, наріжний стовп) характеризує статтю 3 конвенції Рим-І, в якій йдеться про вільний вибір права, Зелена книга ЄС про перетворення Римської конвенції 1980 року про право, яке застосовується до договірних зобов'язань, в інструмент Співтовариства, так само як і про її актуалізацію (COM (2002)654 final, п. 1.5, абз. 4). Пізніше регулювання вітчизняного закону про міжнародне приватне право (ст. 5 та ін.) є аналогічним цій статті, і, не зважаючи на свій юний вік практичного використання, не може не відчувати впливу тих тенденцій, які формують політику в країнах-сусідах, право яких, якраз, найчастіше застосовується в Україні, якщо не брати до уваги колишні союзні республіки на північ та схід від наших кордонів. — Інші принципи мають відповідно допоміжне або обмежуваче значення. Отже, якщо ми не бажаємо в науковому дослідженні, обмеженому рамками застосування іноземного права, керуватися правилом *in medias res* (посеред справ), а масмо намір ввійти в світ колізійно-правової культури *ab ovo*, тобто з самого початку, то цим зачином стає автономія волі. Певні сумніви щодо вибору теми були б тоді, якби це питання залишалося суто теоретичним, однак розвиток економіки сьогодні та завтра після приєднання до СОТ суттєво стримувався б, якби автономія залишалася голим чи лише абстрактним поняттям. Тема свободи – вічна тема, проте бажаючих її дослідити не такто й багато, бо це найскладніша тема із найскладніших. Тому цей простір не виявився в міжнародному приватному праві описаним та поясненим належною мірою, тобто теорія автономії



волі ще не склалася. Таким чином, вибір предмету монографічного дослідження є актуальним як з практичної, так і з теоретичної сторони, оскільки, зрештою, пануюча думка в нашій країні щодо даного явища ще не сформована, як немає її і в рамках ЄС чи РФ.

Про останнє свідчить, зокрема, те що згадана Зелена книга не тільки так високо підносить сенс автономії, але й ставить проблеми, які потребують нового або іншого вирішення: так звані питання 8, 9, в яких йдеться про те, чи дозволено сторонам договору безпосередньо приймати рішення про застосування міжнародної угоди або навіть загальних принципів права? Чи повинен майбутній інструмент Рим-I містити точніше визначення мовчазного вибору права і т.п. Такі проблеми хвилюють європейських юристів і не оминають вітчизняних.

ТРУТЕНЬ В.В.

## ВСТУП

За панівною думкою, свобода – це свобода волі. Поряд і з справедливістю, добросовісністю і розумністю, вона є вищою цінністю права, а право на свободу – одним із особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи.

У міжнародному приватному праві поняття автономії волі має два предмети регулювання: договір і вибір – права (*lex voluntatis*) чи суду, а методами її реалізації є визнання відповідно матеріально-, колізійно- та процесуально- (юрисдикційно-) правової свободи, при цьому цей процес може розумітися як взаємо або «подвійне визнання» (*voluntas et justa, jus naturalis et jus positivum*). Кожна із трьох проблем, як форма міжнародної приватноправової свободи може бути самостійною темою для дослідження, про що свідчить, зокрема, використання в порівняльній колізійній доктрині окремих термінів для позначення аспектів автономії волі: приватна автономія (свобода договору), автономія сторін як вільний вибір права (далі – автономія сторін), і автономія сторін як вільний вибір суду. Акцентування уваги на одному із трьох взаємопов'язаних питань – вільному виборі права – дозволяє глибше його дослідити у визначених межах.

Існуючі розв'язання суперечностей автономії сторін хоча й ґрунтуються, як правило, на методологічному каноні інтерпретації колізійної норми: граматичне, систематичне, історичне та телеологічне тлумачення, але збігаються частково тільки в історичному підході (Дюмулен *etc.*), тоді як ні наведена вище термінологія, ні логічна структура диспозитивної колізійної норми, ні, тим паче, філософські засади виправдання та легітимації свободи волі не є усталеними. Крім того, незважаючи на визнання автономії волі (сторін) пріоритетним способом урегулювання колізій, в українському міжнародному приватному праві чекають відповіді такі питання: детальна регламентація умов і способів здійснення автономії волі, визначення формальної та

змістовної сфери дії вільного вибору права як колізійної норми тощо.

Актуальність обраної теми підтверджується, зрештою, й тим, що вітчизняний МПрП-Закон, який покликаний закріпити уже знайдені, наприклад, у Римській конвенції «Про право, яке застосовується до договірних зобов'язань» 1980 р., правові поняття, рішення й позиції щодо автономії сторін, набрав чинності нещодавно, а тому ще не має значної практики застосування, що вимагає випереджаючого догматичного та наукового аналізу його положень, зокрема, ст. 5. Автономія волі та ін. Крім того, реформа Римської конвенції (трансформація Римської конвенції передбачає створення трьох регламентів: «Рим 1» – договірне право; «Рим 2» – позадоговірне право; «Рим 3» – сімейне право), в якій принцип автономії волі священний і недоторканий, спрямована на його збереження, оскільки проекти всіх трьох регламентів побудовані навколо принципу автономії волі. Отже, відступи від принципу автономії волі не прогноуються.

Проблема автономії волі актуальна з огляду на ступінь її наукової розробки. Серед вітчизняних учених попереднього періоду, які досліджували окремі аспекти даної проблеми, варто назвати О. Піленка, В.М. Корецького, О.М. Макарова, в працях яких ми знаходимо історію виникнення і розвитку міжнародного приватного права. Значна кількість російських учених також працювали над окремими питаннями автономії волі, зокрема: теоретичні основи автономії волі висвітлені у працях А.Г. Філіпова, А.А. Рубанова, Н.В. Тригубович; Д.К. Мосс вивчала проблеми реалізації автономії волі в контексті міжнародного комерційного арбітражу; О.М. Садиков – проблему дії імперативних норм у міжнародному приватному праві; І.С. Зикін досліджував застосування звичаїв у міжнародному комерційному обігу; А.І. Муранов – проблеми обходу закону та ін.

Проблема автономії волі широко досліджувалась і зарубіжними вченими колізіоністами, досвід яких теж використаний у нашій роботі. Серед них праці Я. Кроффолер, Я. Шапп, К. Шмітгофф, О. Ландо, П. Кай, Р. Б. Голдман, Х. Батіфоль та інших.

Теоретичному дослідженню автономії волі в українській науці міжнародного приватного права сучасного періоду майже не приділялось уваги. Окремі питання окресленої проблеми досліджували вітчизняні вчені В. І. Кисіль, О.О. Мережко, А.С. Довгерт, В.В. Трутень.

У цілому ж, комплексно проблемі автономії волі, як самостійному предмету дослідження у вітчизняній науці міжнародного приватного права не надавалося належної уваги. Заповнити цю прогалину – головна мета запропонованої монографії.

Мета монографічного дослідження сформульована, виходячи із поняття свободи як основоположної цінності етики і права – це встановлення належного способу вираження колізійно-правової свободи, виправдання та легітимізація вільного вибору права у міжнародному приватному праві, формування умов та способів застосування колізійної автономії волі, збалансування формальної й змістовної сфери дії автономії сторін.

Об'єктом монографічного дослідження в нашій роботі стали суспільні відносини, ускладнені іноземним елементом, що виникають при виборі права.

Предметом монографічного дослідження стали правові норми та аналіз основних теоретичних положень щодо автономії волі сторін договору у міжнародному приватному праві.

Методологічну основу монографічного дослідження склали загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання: формально-логічний, теоретико-прогностичний, філософсько-правовий, історико-порівняльний, порівняльно-правовий, філологічна критика, а також структуралізм і аналітична та синтетична юриспруденція, принцип «подвійного визнання». Формально-логічний метод разом з аналітичною юриспруденцією є основою догматичної інтерпретації проблеми, тобто основою аналізу чинного в Україні закону «Про міжнародне приватне право» в частині, яка стосується автономії волі. Теоретико-прогностичний метод дозволив розробити пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства у сфері міжнародного приватного права. Філософсько-правовий у цілому та синтетичної

юриспруденції, зокрема, застосовується для телеологічного, каузального та, разом з першим методом, систематичного тлумачення поняття свободи (автономії) волі в контексті колізійного права. Історико-порівняльний метод використовувався для дослідження питання виникнення і формування ідей про автономію волі на основі сформульованого в монографії принципу «подвійного визнання». Порівняльно-правовий метод використовувався при дослідженні як механізмів правого регулювання, так і відповідного законодавства зарубіжних країн і міжнародних угод, для узагальнення їхнього досвіду та вивчення можливостей запозичення конкретних норм, інститутів з метою їх запровадження в законодавстві України. Запропонований та використаний спеціальний метод дослідження автономії волі у міжнародному приватному праві – принцип «подвійного визнання»: існування і реалізація принципу автономії волі, його місце в системі права конкретної країни залежить, зрештою, від способів визнання цього принципу правопорядком країни з одного боку та застосування автономії для визнання відповідного правопорядку у формі вільного вибору права – з іншого.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в комплексному дослідженні автономії волі як колізійно-правової свободи на основі принципу «подвійного визнання» та структурного аналізу проблеми. В цілому у роботі простежено історію виникнення та формування автономії волі як вільного вибору права, проведений порівняльно-правовий аналіз зарубіжного та міжнародного законодавства з досліджуваного питання, розглянуті підстави та порядок вибору права, умови та способи вираження автономії волі, проведений аналіз меж здійснення автономії волі.

Теоретичне та практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що сформульовані в ньому положення створюють основу для подальшого вивчення основних принципів міжнародного приватного права, інституту автономії волі та суміжних з нею інститутів. Вони можуть бути використані в роботі державних органів України, зокрема Міністерством закордонних справ, загальними та спеціалізованими судами України,

Міжнародним комерційним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті України.

Висновки та пропозиції мають доповнити ті розділи науки міжнародного приватного права, які вивчають інститути зобов'язального, сімейного й трудового права, цивільного процесу, міжнародного комерційного арбітражу, а можуть бути використані в процесі підготовки загальних і спеціальних курсів, зокрема таких, як: «Міжнародне приватне право», «Міжнародний цивільний процес», «Міжнародний комерційний арбітраж».

Теоретичні положення і висновки, а також практичні рекомендації, сформульовані на основі дослідження, можуть бути корисними і в практичній діяльності суб'єктів міжнародних приватних відносин і зовнішньоекономічних відносин, зокрема.

## РОЗДІЛ I

### АВТОНОМІЯ ВОЛІ – СПОСІБ ВИРАЖЕННЯ КОЛІЗІЙНО-ПРАВОВОЇ СВОБОДИ

Правове регулювання цивільних відносин з іноземним елементом у сучасній юридичній практиці допускається двома способами: шляхом визнання колізійно-правової свободи або встановлення формул колізійно-правового прикріплення. У першому випадку йдеться про вільний вибір права, який ще називається проблемою автономії волі у вузькому сенсі, або автономією сторін. У широкому сенсі автономія волі охоплює також проблему свободи договору (угоди).

Виправдання та легітимацію вільного вибору права у міжнародному приватному праві можна розглянути з філософського, історичного, компаративістського, догматичного поглядів, і тим створити умови для визначення автономії волі не тільки як загального колізійного принципу, а й колізійної норми в технічному значенні.

#### 1.1. Основна дилема поняття автономії волі: приватна автономія – автономія сторін

*Про аналог принципу автономії волі.* У приватному праві в останні двісті років панують три класичні підходи до розуміння витоків права<sup>1</sup>: це воля (пізніше волевиявлення, довіра<sup>2</sup>), інтерес<sup>3</sup> і оцінка. Тому і міжнародне приватне право в цілому може розглядатися з погляду волі, з погляду інтересу<sup>4</sup> і з погля-

<sup>1</sup> Bydliniski F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991.

<sup>2</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 245, 247.

<sup>3</sup> Шапф Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – 304 с.

<sup>4</sup> Kegel G., Schurig K. Internationales Privatrecht: ein Studienbuch. – 8., neubearb. Aufl. – München; Beck, 2000. – 1032 С.

ду оцінки<sup>1</sup>. Отже, ускладнені іноземним елементом відносини аналізуються з цих точок зору, для яких спільною основою може бути або поняття свободи, або колізійно-правове прикріплення в технічному сенсі, за допомогою якого ця свобода обмежується. Формами міжнародної приватноправової свободи є колізійно-правова свобода і матеріально-правова свобода: «Часто існує певний зв'язок між матеріально-правовою і колізійно-правовою свободою»<sup>2</sup> (тут і далі переклад наш – С.З.). Перший тип свободи – колізійно-правова свобода, – інакше називається в міжнародному приватному праві автономією волі у вузькому сенсі, а в широкому сенсі автономія волі доповнюється поняттям свободи договору, як характерним виразом матеріально-правової свободи.

Формою колізійно-правового прикріплення є встановлення законодавцем колізійної норми, не враховуючи колізійний принцип *lex voluntatis* (об'єктивно-правове регулювання), тоді як норму про більш тісний зв'язок із приватноправовими відносинами (суб'єктивно-правове регулювання) можна вважати правилом *sui generis*, як для згаданої в цьому абзаці форми, так і суто автономії волі. Зазначені форми є комплементарними щодо колізійно-правової свободи, і тому далі аналізуються в тій частині, яка торкається колізійно-правової свободи, при цьому більш тісний зв'язок розглядається як автономія волі *sui generis*.

*Про терміни.* Проблема автономії волі, як вона традиційно означається в українській колізійній доктрині, має однакове філософське підґрунтя і розв'язує однакові практичні задачі в Україні, Франції, Німеччині, Англії, Росії чи якійсь іншій країні, Але при цьому використовуються різні терміни, які мають випадковий історичний характер: укр. – «автономія волі», «вибір права», франц. – «*autonomie de la volonté*» («автономія

---

<sup>1</sup>Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – 625 С.

<sup>2</sup>Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 271.



волі»), нім. – «*Privatautonomie*» («приватна автономія»), «*Parteiautonomie*» («автономія сторін»), «*freie Rechtswahl*» («вільний вибір права»), англ. – «*choice of law*» («вибір права»), «*party autonomy*» («автономія сторін»)<sup>1</sup>, рос. – «*выбор права сторонами договора*», «*автономия воли*». Із переліку стає очевидним, що основний український термін «автономія волі» відповідає французькій термінології, тоді як у німецькій та англійській мовах він не використовується, де в обох мовах вживається термін «автономія сторін», а в німецькій мові – ще й термін «приватна автономія». Водночас у всіх мовах вживається термін «вибір права», в тому числі й у французькій мові – «*le choix du droit*». В українському міжнародному приватному праві поняття «приватна автономія» і «автономія сторін» не розрізняється в рамках більш загального поняття «автономія волі», що можна вважати недоліком української юридичної мови.

Термін «Автономія (*Autonomie*; від грец. *autos* – «сам» і *nomos* – «закон») – те, що діє за власними законами; так кажуть про автономію органічного життя стосовно неорганічного, мислення стосовно буття, про етичну автономію, етичне самовизначення на основі власного розуму і *власної волі* (курсив наш. – С.З.), відповідно до власної природи; Кант вважав це самовизначення таким, що єдино погоджується із гідністю морально зрілої людини. Протилежність – *гетерономія*»<sup>2</sup>. Із процитованого визначення автономії, у тій частині, де йдеться про етичне самовизначення на основі власного розуму і власної волі, можна провести паралель між самовизначенням на основі власного розуму, з одного боку, та найбільш тісним зв'язком, з іншого боку, і відповідно між самовизначенням на основі власної волі та автономією волі. Тобто розум і воля співвідносяться як тісний

---

<sup>1</sup> Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 271.

<sup>2</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер. с нем. / Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 14.

зв'язок, або автономія *sui generis* і нормальна автономія волі. Своєрідність автономії проявляється в тому, що «при подібному підході суд буде відшукувати не стільки істинну волю сторін, скільки волю (курсив наш. – С.З.) деякої гіпотетичної «розумної особи», яка знаходиться в положенні сторін у договорі»<sup>1</sup>.

*Про розрізнення, дилем приватна автономія – автономія сторін (вільний вибір права).* Якщо взяти до уваги запропонований вище поділ міжнародної приватноправової свободи на колізійно-правову і матеріально-правову свободи, а також ототожнення колізійно-правової свободи з автономією волі у вузькому сенсі, а разом колізійно-правової свободи та матеріально-правової свободи – із автономією волі взагалі, тобто в широкому сенсі, то потрібно також, на наш погляд, використовувати в колізійній доктрині на основі цього розрізнення терміни, які б найточніше виражали суть даної дилеми. Такі терміни існують в німецькій юридичній мові: «приватна автономія» і «автономія сторін», при цьому перший термін використовується для позначення матеріально-правової свободи, а другий – для колізійно-правової свободи. І хоча німецька колізійна доктрина в тій частині, яка стосується теми дослідження, є розвитком як класичної німецької філософії, в першу чергу філософії права І.Канта, так і французької колізійної доктрини (мається на увазі, щонайперше, загальновідома сентенція ст. 1134 ЦК Франції: «Правомірні договори стають законом для осіб, що їх уклали» («[1] Es conventions légalement formées tient lieu de loi à ceux qui les ont faites»))<sup>2</sup>, однак при цьому у французькій юридичній мові вживається термін для поняття автономії волі – «*autonomie de la volonté*», без поділу на приватну автономію та автономію сторін, хоча в цілому автономія волі і у Франції розуміється в широкому

<sup>1</sup> Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве: Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. – М.: Изд-во Статут, 1998. – С. 428.

<sup>2</sup> Французский гражданский кодекс / Научное редактирование и предисловие Д.Г. Лаврова, перевод с франц. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – С. 663.

му сенсі, а в німецькій мові, навпаки, вживаються два терміни: «приватна автономія» («*Privatautonomie*»), «автономія сторін» («*Parteiautonomie*»), без загального терміна «автономія волі», як спеціального терміна німецького міжнародного приватного права. Наша позиція вирішення термінологічного питання щодо автономії волі компромісна, тобто така, яка враховує і французький, і німецький підхід, оскільки ми пропонуємо зберегти у вітчизняній колізійній доктрині та законодавчій практиці традиційний французький термін «автономія волі» для охоплення проблеми в цілому - в широкому сенсі. А для автономії волі у вузькому сенсі, як вираження колізійно-правової свободи, можна також вживати термін німецького походження «автономія сторін», або «автономія волі сторін», віддаючи перевагу першому – «автономія сторін». Синонімом для «автономії волі» у вузькому сенсі, у рамках тільки колізійного права, або іншими словами для «автономії сторін», у всіх згаданих вище юридичних мовах, у тому числі і в українській, є зворот «вільний вибір права», або просто «вибір права».

*Про основні теорії: основні наукові підходи щодо сутності автономії волі в науці міжнародного приватного права. Про автономію і гетерономію волі.* Викладене вище можна вважати загальною постановкою проблеми автономії волі у міжнародному приватному праві, тоді як уперше її спеціально висунув і запропонував відповідне розв'язання в XVI ст. французький учений Шарль Дюмулен. З цього моменту колізіоністи різних часів і країн оригінально розв'язували висунену Ш. Дюмуленом проблему, при цьому ці розв'язки можна поділити на дві частини: ті, що визнають у різному обсязі автономію волі, та ті, що схиляються до гетерономії волі, тобто або її повністю не визнають, або в рамках розв'язання колізійної проблеми надають їй незначну роль, від якої можна абстрагуватися, тобто не брати до уваги.

Запропонована нами класифікація розв'язків висуненої декілька століть тому проблеми автономії волі має таку перевагу, яка нівелює її існуючий недолік: невизначеність підстави для класифікації, якою тільки на перший погляд є визнання або не-

визнання автономії волі, оскільки навіть ті теорії, які відхиляють проблему автономії волі, чим саме в такий і розв'язують цю проблему. Отже, основою для запропонованої класифікації є спосіб розв'язання висуненої проблеми, точніше – вихідна точка для розв'язання проблеми: для одних це суб'єктивний момент, для інших – об'єктивний.

Суб'єктивний і об'єктивний критерії застосовуються і в інших відомих класифікаціях, зокрема тоді, коли за основу береться поняття «прямого і зворотного зв'язку»: «Теоретичною основою «автономії волі» слугує притаманна праву здатність знаходитись у зворотному зв'язку із суспільними відносинами»<sup>1</sup> (А.А. Рубанов). Так, згаданий російський учений у збірці «Міжнародне приватне право. Сучасні проблеми» (Москва, 1994 р.), крім того, зазначає, ґрунтуючись на попередній домінуючій ідеології: «Головне питання, пов'язане з інститутом «автономії волі», – це питання про теоретичну основу позитивного відношення національної правової системи до відносин про визначення права.

Серед рис, що характеризують природу права, для проблеми, яка розглядається, важливі дві. Перша полягає в тому, що право являє собою окреме (курсив наш. – С.З.) суспільне явище, яке поряд із державою слугує основним компонентом політико-правової надбудови.

Друга риса, що характеризує природу права і має переважне значення при теоретичному аналізі «автономії волі», полягає в тому, що право являє собою суспільне відношення»<sup>2</sup>.

А.А. Рубанов зазначену суперечність розв'язує так: «У будь-якому суспільстві, його складові, утворюють певну систему, яка спирається на всебічні зв'язки між окремими відносинами. Ці зв'язки надзвичайно різноманітні і складні. Для нас важливо підкреслити, що зв'язок між конкретними соціальними відносинами може бути як односторонній, так і

<sup>1</sup> Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 167.

<sup>2</sup> Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 167.

*взаємний* (курсив наш. – С.З.). Іншими словами, оскільки відношення є суспільним, воно в принципі може знаходитись з іншими соціальними відносинами і в прямому, і в зворотному зв'язку<sup>1</sup>. Таку наукову позицію в застосуванні для розв'язання проблеми автономії волі можна назвати теорією взаємного визнання, в якій можна розрізнити об'єктивне і суб'єктивне визнання. Якщо об'єктивне визнання можна традиційно, як у німецькому, так і в українському приватному праві, розуміти як субординацію, правопорядок, установлений державою, – воля: «В основоположному визначені правочину, що міститься в «Мотивах»<sup>2</sup>, відношення правопорядку до волі позначається словом «визнання»<sup>3</sup>, то суб'єктивне визнання є протилежною субординацією: воля – правопорядок.

*Про визнання і автономію волі.* Отже, теорія визнання реалізується як у приватному праві в понятті правочину, так і в міжнародному приватному праві в понятті автономії волі. Зокрема, в німецькому цивільному праві Ян Шапп констатує, що «ядром правочину як волевиявлення є направлена на досягнення правового результату *воля, визнана правопорядком* (курсив наш. – С.З.) як підстава для такого результату». Цей автор також посилається на визначення правочину, що закріплювалось ще у підготовчих матеріалах до німецького ЦК, і яке, на його думку, не втратило актуальності: «Правочином у сенсі даного проекту є приватне волевиявлення, спрямоване на породження бажаного правового наслідку, який наступає тому, що він бажаний правопорядком. Сутність правочину полягає в тому, що *в ньому проявляється направлена на породження правового впливу воля і що вердикт правопорядку за визнанням цієї волі* (курсив наш. – С.З.) здійснює бажане правове оформлення»<sup>4</sup>. У міжнародному

---

<sup>1</sup> Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 167.

<sup>2</sup> Motive I, 126.

<sup>3</sup> Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – С. 169.

<sup>4</sup> Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – С. 160-161.

приватному праві таке визнання можна назвати об'єктивним визнанням правопорядком волі, точніше – автономії волі.

Двозначність терміна «визнання» дозволяє розглядати відповідний процес у зворотному напрямку з погляду волі, тобто автономія волі сторін розповсюджується на визнання суб'єктом чинного (позитивного) правопорядку. Якщо у внутрішньому праві таке визнання може не мати суттєвого застосування (наприклад, у радянській доктрині цивільного права), то в міжнародному приватному праві вільний вибір права (правапорядку), є в абстрактній формі ні чим іншим, як визнанням суб'єктом одного правопорядку і невизнанням іншого. Саме тому таке визнання можна назвати суб'єктивним визнанням.

*Про подвійне визнання.* Якщо взяти до уваги не взаємність у відношенні правопорядок – воля, а кількість проаналізованих вище вихідних точок зору або тенденцій (їх дві – за основу береться або 1) правопорядок, або 2) воля), то згадана вище теорія взаємного визнання трансформується в теорію подвійного визнання. Саме така теорія і застосовується нами під час дослідження автономії волі.

Тому можна погодитися з твердженням А.А. Рубанова про те, що якщо «в західній науці широко розповсюджені теорії, які отримали назву «етатистських», які ґрунтуються на думці, що право являє собою еманацию держави, її витвір»<sup>1</sup>, то «... ця концепція важким тягарем тисне на західну науку у питаннях «автономії волі»»<sup>2</sup>. Цей тягар полягає в однобічності такого об'єктивного визнання правопорядком автономії волі.

Теорії невизнання автономії волі були досить поширені в американській літературі першої половини 20 ст. Так, відомий американський юрист Дж. Біль не визнавав автономію волі, обґрунтовуючи це тим, що автономія волі надає сторонам право видавати закони для себе поза межами територіально застосовного права. «Функцією права, - писав Біль, - є встановлення пра-

---

<sup>1</sup> Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 167.

<sup>2</sup> Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 167.

вила, що регулює угоду; тому дозволяти сторонам обирати це правило – означає наділяти їх законодавчими функціями”<sup>1</sup>. Баєрфільд (Bauerfeld) стверджує, що автономія волі “дозволяє приватним особам визначати сферу законодавчої компетенції держав, які не делегували цю владу їм”<sup>2</sup>.

Серед російських прибічників вищезгаданої теорії належить назвати А. Мандельштама, який писав, що теорія автономії волі взагалі не заслуговує на особливу увагу. У цьому питанні він цілком поділяв думку Бара, який писав: «Перш, ніж ми надамо сторонам можливість визначення права, нам варто довідатися, у якому національному праві зняті обмеження для такої автономії волі».<sup>3</sup> А М.І. Брун вважав її науково неспроможною<sup>4</sup>

Та, все ж таки, сторони, обираючи застосовне право, не створюють нової норми, а лише обирають уже готовий результат законодавчої діяльності, тобто діяльність сторін не законодавча, а технічна.

Прибічники обмеження автономії волі не надають їй вирішального значення при визначенні застосовного права, а лише враховують вибір сторін поряд з іншими факторами.

*Про автономістів.* У колізійній доктрині протилежним до «етатиського» є підхід, який називається «автономістським», однак, при його характеристиці, наприклад, Н.В. Тригубович, допускається поєднання як об’єктивно-правових, так і суб’єктивно-правових тенденцій: «Серед теорій так званих «автономістів» можна виділити три напрямки в залежності від того, що вони вважають джерелом автономії волі.

Прихильники першого напрямку вбачають джерело автономії волі у міжнародному праві, і тому розглядають її як загальновизнаний принцип міжнародного права.

---

<sup>1</sup> Beale J. H. A treatise on the conflict of laws. N.-Y., 1940. V. 3. P. 1942.

<sup>2</sup> Цит. за: Batiffol H. Droit international prive. P., 1971. Vol. 2 P. 218 – 219.

<sup>3</sup> Мандельштам А. Н. Гаагские конференции по кодификации международного частного права. – С. 229

<sup>4</sup> Брун М.И. Коллизионная и материально-правовая норма о форме сделок - locus regit actum. – СПб., 1911. – С. 10.

Засновником даної теорії є Манчіні, який виділяв три основних принципи міжнародного права: громадянства, суверенітету і свободи. Третій принцип – “принцип свободи” – означав “свободу договірних сторін обирати закон, який повинен регулювати їх договір”<sup>1</sup>. Манчіні наполягав на тому, що «в зобов’язальній і договірній сферах особа може керуватися за своїм бажанням своїм національним законом, іншими правилами, ніж ті, що записані в національних законах, і навіть нормами права іноземних держав»<sup>2</sup>. Манчіні вважав, що необхідно через прийняття міжнародних конвенцій покласти на всі держави обов’язок дотримуватись основних принципів міжнародного права<sup>3</sup>. Обов’язковість такого визнання Манчіні пояснював «необхідністю поваги свободи індивіда»<sup>4</sup>.

Внесок Манчіні в розвиток принципу автономії волі полягає в тому, що він уперше виділив його як принцип міжнародного права і проголошував ідею визнання цього принципу всіма державами.

Прибічником такого підходу також є Нідерер. Згідно з його теорією, автономія волі є нормою міжнародного звичаєвого права. Міжнародний звичаєвий характер цієї норми впливає з факту, що принцип автономії волі визнаний більшістю національних правових систем. В основі автономії волі у Нідерера, як і у Манчіні і Канта - свобода індивіда. А повсюдне визнання цієї свободи національними правовими системами підносить автономію волі в ранг міжнародних норм.<sup>5</sup>

Російський учений Д.Ф. Рамзайцев вважає, що всі міжнародні звичаї можуть бути розділені на дві групи: перша – ті, що

---

<sup>1</sup> Вольф М. Международное частное право. М. – 1948. – С. 54.

<sup>2</sup> Рубанов А. А. Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // СЕМП: 1986.– 1987. – С. 224.

<sup>3</sup> Вольф М. Международное частное право / Под ред. проф. Л. А.Лунца. – М.: Гос. изд-во ин. лит., 1948. – С. 55.

<sup>4</sup> Цит. за: Рубанов А. А. Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // СЕМП: 1986.– 1987. – С. 224.

<sup>5</sup> Рубанов А. А. Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // СЕМП: 1986. – 1987.– С. 225.



стосуються вирішення загальних питань міжнародного приватного права; друга – ті, що встановлюють конкретний зміст зобов'язання. До другої групи Рамзайцев Д.Ф. відносить угоду про вибір права (автономію волі), яку визначає як “юридичний принцип, що отримав значення міжнародного звичаю”<sup>1</sup>.

Напрямок, заснований Манчіні, знайшов своє закріплення в Резолюції “Автономія волі в міжнародних контрактах між фізичними і юридичними особами”, прийнятої Інститутом міжнародного права в 1991 році на сесії в Базелі<sup>2</sup>. У преамбулі зазначається, що автономія волі “є одним із фундаментальних принципів міжнародного приватного права ... і повинна оберігатися так само, як і свобода людини (індивіда) в окремих конвенціях і різних резолюціях ООН”<sup>3</sup>. Резолюція прямо вказує на права людини як основу автономії волі і ставить цей принцип міжнародного приватного права на один рівень з конституційними правами і свободами людини, як визнані на міжнародному рівні і є частиною міжнародного публічного права.

Розглянувши дану теорію, зауважимо, що віднесення автономії волі до міжнародних звичаїв і до сфери міжнародного права взагалі - досить спірне питання. По-перше, міжнародне публічне право має справу з відносинами між державами, а не з відносинами між юридичними і фізичними особами, тому цей підхід хибний з огляду на суб'єктивний склад міжнародного публічного і приватного права. По-друге, для реалізації автономії волі поряд з угодою сторін про вибір права потрібне визнання останньої державою в законодавчому порядку, чого не вимагається від звичаїв. По-третє, визнання автономії волі більшістю країн світу не робить її обов'язковою нормою міжнародного права і, тим більше, не виводить її зі сфери внутрідержавного права кожної держави.

Згідно з теоріями другого напрямку, джерело автономії

---

<sup>1</sup> Рамзайцев Д. Ф. Договор купли-продажи во внешней торговле СССР. – М., 1961. – С. 53.

<sup>2</sup> *Annuaire de l'Institut de droit international, Session de Bale. 1992. Vol. 64 – II. P. 208.*

<sup>3</sup> Там само.

знаходиться у внутрішньодержавному праві і в основі цього принципу лежать або норми про свободу договору, або колізійні норми.

На думку М.М. Богуславського, автономія волі “полягає в тому, що сторони мають право встановити на свій розсуд умови і зміст договору”<sup>1</sup>. Деякі автори розглядають свободу вибору права як “частину свободи сторін визначати умови їх договору”<sup>2</sup>, як “продовження” автономії волі<sup>3</sup>, деякі, стверджують, що “автономії волі не існує”, а існує тільки свобода договору<sup>4</sup>. Всі вони обмежують застосування автономії волі лише сферою, що регулюється диспозитивними, а не імперативними нормами<sup>5</sup>.

Крім того, прихильники даної теорії дотримуються думки про те, що при виборі іноземного права його норми трансформуються в договір і стають умовами цього договору. Вперше цю ідею висунув ще Ш. Дюмулен, який писав про перетворення іноземних норм в умови договору: “Коли звичай знаходиться в договорі... він являє собою приватний узгоджений закон, бажаний, установлений і передбачений у договорі”<sup>6</sup>. Таке розуміння і досі притаманне сучасній Франції і закріплене в ст. 1134 Цивільного кодексу Франції<sup>7</sup>, яка гласить, що законно укладені угоди “займають місце закону для тих, хто їх уклав”. Схема трансфор-

---

<sup>1</sup> Богуславский М. М. Коллизионные вопросы обязательственных правоотношений во внешней торговле. - Курс международного частного права. - М., 1987. - Т. 1. - С. 16.

<sup>2</sup> Nygh P. E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort // Recueil des cours = Collected courses of the Hague Academy of international law. 1995. Vol. 251. Hague, 1996. P. 297.

<sup>3</sup> Nort P. Private international law problems in common law jurisdictions. Nijhoff, 1993. P. 104.

<sup>4</sup> Рубанов А. А. Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // СЕМП: 1986. - 1987. - С. 223.

<sup>5</sup> Niboyet J.-P., La thorie de l'autonomie de volonte, Paris, 1927, P. 12.

<sup>6</sup> Рубанов Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // СЕМП: 1986. - 1987. - С. 222.

<sup>7</sup> Французкий гражданський кодекс / Лавров Д. - СПб.:Юрид. Центр Пресс, 2004. -С.892.

мації в даній трактовці зрозуміла: іноземна норма вноситься в договір і стає його умовою, а умова договору набуває силу закону для його сторін. У даній ситуації відбувається змішування двох понять: правового регулювання і договірної регулювання відносин між суб'єктами права. Договірне регулювання охоплює конкретне правовідношення і здійснюється паралельно з правовим регулюванням, відповідає йому і не замінює його. Перетворення норми права в умову договору означає підміну правового регулювання договірним. Навіть якщо сторони, у відповідності з диспозитивною нормою права, узгодять своє особливе правило поведінки – це правило буде для них тільки умовою договору, але не “приватним” законом. Відповідно, угода про вибір права не є законом для сторін договору. Це лише умова договору, що відповідає нормі національного законодавства, яка надає сторонам можливість вибору права в тих чи інших межах.

Як стверджує А.Б. Покровська «за основу англійської доктрини взято твердження про те, що функція угоди про застосовне право полягає у встановленні так званого закону договору або особистого права договору (law of contract), тобто наявність угоди про застосовне право є юридичним фактом»<sup>1</sup>.

В американській літературі висувалася думка, що вибір іноземного права є не трансформацією, а інкорпорацією іноземних правових норм у договір. Так, Р. Седлер (Sedler) стверджує, що “коли сторони кажуть, що право певної держави регулює питання, які вони могли б охопити своїм договором, вони тільки інкорпоруєть за допомогою відсилки положення цього права в умови свого договору”<sup>2</sup>. Але необхідно зазначити, що інкорпорація може бути здійснена або “шляхом дослівного відтворення

---

<sup>1</sup> Покровская А. Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В. В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: «Статус», 2002. – С. 343.

<sup>2</sup> Sedler R.A. The contract's provisions of the Restatement (second): An analysis and critique // Columbia Law Review. 1972. № 2. P. 286.

в договорі іноземної норми”<sup>1</sup>, або шляхом відсилки до іноземної норми. В будь-якому разі сторони мають на увазі іноземний закон у тому вигляді, як він діє на момент укладання договору. Іноземна ж норма, отже, фіксується в договорі і на неї не розповсюджується наступні зміни у відповідному іноземному законодавстві. Інкорпорація є в даному випадку виявом свободи договору і виступає як спосіб формулювання умов договору. У випадку ж вибору іноземного права, воно застосовується як “живий організм”<sup>2</sup> із урахуванням усіх змін, внесених до початку виконання договору. При цьому можливе поєднання вибору й інкорпорації. Сторони, підпорядкувавши свій договір одній правовій системі, можуть інкорпорувати в нього норми якоїсь іншої правової системи<sup>3</sup>.

Актуальне у зв’язку з цим питання про так зване “стабілізує застереження”, тобто про незмінність обраного права. У літературі висловлювалася думка про неправомірність даного підходу, оскільки сторони, підпорядкувавши свій договір певній правовій системі, намагаються “заморозити” її для себе, чим “перешкоджають здійсненню суверенітету даної держави”<sup>4</sup>. Ст.5 ЦК України закріплює: акт цивільного законодавства не має зворотної дії у часі, крім випадків, коли він пом’якшує або скасовує цивільну відповідальність особи і регулює відносини, які виникли з дня набрання ним чинності. Дана норма заперечує вищезазначену думку вчених. Крім того, на нашу думку, було б не зайвим закріпити у законодавстві норму, про пріоритет умов договору над прийнятим пізніше законом, який установлює інші обов’язкові правила. Так, Цивільний Кодекс Російської Федера-

---

<sup>1</sup> Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Под ред. М. М. Богуславского. М.: “Прогресс”, 1982. – С. 254.

<sup>2</sup> Вольф Марк Международное частное право / Под ред. проф. Л. А. Лунца. – М.: Гос. изд-во ин. лит., 1948. – С. 453.

<sup>3</sup> Тригубович Н. В. Автономия воли как принцип международного частного права (некоторые вопросы теории) // Московский журнал международного права, М. 1994. – С. 65.

<sup>4</sup> Иссад М. Международное частное право / Под ред. проф. М.М.Богуславского. М.: Прогресс, 1989. – С.192.

ції закріплює в ст. 422 правило: Якщо після укладення договору прийнятий закон, що встановлює обов'язкові для сторін правила інші, ніж ті, котрі діяли при укладенні договору, умови укладеного договору зберігають силу, крім випадків, коли в законі встановлено, що його дія поширюється на відносини, що виникли з раніше укладених договорів<sup>1</sup>. Винятком із зазначеної норми є випадки, коли в законі прямо вказано, що дія його імперативних норм розповсюджується на умови договорів, укладених до прийняття даного закону<sup>2</sup>. Отже, російський законодавець установлює загальне правило про стабільність умов договору, але залишає за собою право вирішувати, коли це правило не буде застосовуватися.

Прихильники третього напрямку розглядають автономію волі як прояв правотворчої функції індивідуальної волі.

Так, М. Калєб стверджував, що "законодавець ... наділяє індивіда автономними якостями, оскільки такий різновид делегування влади виключно корисний"<sup>3</sup>. В американській літературі даної теорії дотримується В.Різ, який зазначає, що "завдяки ... надання вибору сторін визначної ролі сторони фактично можуть наділити себе владою, якою вони інакше не могли б володіти"<sup>4</sup>. Але сторони самі по собі не є законодавцями, а їх вибір можливий тільки завдяки тому, що "держава прийняла норму ..., яка передбачає, що право, обране сторонами, підлягає застосуванню"<sup>5</sup>. Позиція Різа знайшла своє відображення у Другому Зводі

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть I. Научно-практический комментарий. – Отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кобалкин. – М.: БЕК, 1996. – С. 564.

<sup>2</sup> Комментарий части первой ГК РФ. // Колл. авторов: Брагинский М. И. и др. М., 1995. – С. 338.

<sup>3</sup> Цит. за: Рубанов Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // СЕМП: 1986.- 1987.- С.225.

<sup>4</sup> Rees W. Contracts and the Restatement of Conflict of Laws, Second \ International and Comparative Law Quarterly. 1960. Vol.9.- P.534.

<sup>5</sup> Ibid.: P. 534.

конфліктного права США 1969 року, в якому вперше закріплений принцип автономії волі<sup>1</sup>.

Інший прибічник даної теорії Д. Мейер вважає, що автономія волі покликана заповнити прогалини в колізійному регулюванні, тобто мова іде про спільну правотворчість договірних суб'єктів і держави. "Держава ... зобов'язана задовольнити потребу у визначеності права шляхом установлення колізійних норм. Якщо вона ухиляється від цього обов'язку, не буде надмірним вимагати, щоб вона замість свого рішення застосовувала те, яке визначили сторони"<sup>2</sup>.

Як стверджує А.А. Рубанов «на сьогодні таку концепцію відстоюють в основному дослідники питань діяльності міжнародного комерційного арбітражу»<sup>3</sup>. Справа в тому, що юрисдикція міжнародного комерційного арбітражу, на відміну від господарських судів, визначається в кожному конкретному випадку не законом, а угодою сторін (арбітражною угодою або третейським застереженням). Саме з цих міркувань заслуговує на увагу ідея про надання сторонам, у межах третейської юрисдикції, права вибору застосовуваного закону. Проте навіть у цій сфері автономія волі сторін щодо вибору як права, так і юрисдикції не має правотворчої сили, оскільки може бути обмежена на стадії виконання арбітражного рішення.

Прибічники колізійного характеру автономії волі звертають увагу на те, що автономія волі має на меті вирішення колізій, а тому розглядається як одна з колізійних норм внутрішньодержавного права.

Уперше ця теорія висунута в першій половині XIX століття Фрідріхом Карлом фон Савіньї (Savigny), який виявився прихильником автономії волі, у праці "Система сучасного римсько-

---

<sup>1</sup> Rees W. Contracts and the Restatement of Conflict of Laws, Second \ International and Comparative Law Quarterly. 1960. Vol.9.- P.530-560.

<sup>2</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х частях. Часть. 1. По испр. и доп. 8-му изд., 1902. – М.:Статут, 1997, - С.166.

<sup>3</sup> Рубанов А.А. Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема. // Советский ежегодник международного права. - 1986. - С. 223.

го права". На думку Савинї, кожні правовідносини "за своєю природою належать і підпорядковані певному правопорядку"<sup>1</sup>. Вчений приписував усім правовідносинам прагнення до "осілості", вирішальним моментом у якій була воля сторін, які можуть підпорядкувати правовідносини будь-якій правовій системі.

Савинї вказує на колізійну природу автономії волі і визначає її як пріоритетний колізійний критерій по відношенню до інших колізійних прив'язок, які повинні застосовуватись у разі відсутності вибору сторін.

Дана теорія має безліч прихильників, але кожен з них по-різному бачить колізійний характер у автономії волі. Так, М.Вольф вважав угоду про вибір права колізійною прив'язкою (*lex voluntatis*)<sup>2</sup>. Л. Раапе міркував, що свобода вибору права є "прив'язкою до волі сторін, а основою прив'язки може слугувати тільки такий суб'єктивний факт як воля сторін"<sup>3</sup>.

Л.А. Лунц писав: "Принцип автономії волі сторін належить розуміти як одне з колізійних начал діючого права даної держави. Автономія волі сторін є не джерелом колізійного права, а однією з колізійних норм чи одним з колізійних інститутів права, встановленим внутрішнім правопорядком держави або її міжнародною угодою"<sup>4</sup>. Причому класична колізійно-правова концепція автономії волі в міжнародному приватному праві відносить її до двосторонніх колізійних норм. Двостороння колізійна норма, як зазначав Лунц, указує "на ознаку (загальний принцип), за якою можна визначити, закон якої держави належить застосовувати до даних правовідносин з іноземним елементом"<sup>5</sup>. Такого погляду дотримується і німецький учений Ф. Га-

<sup>1</sup> Корецкий В.М. Савиньи в международном частном праве. // В.М. Корецкий Избранные труды. – К., 1989. – Т.1. – С.83-84.

<sup>2</sup> Вольф Марк Международное частное право / Под ред. проф. Л.А.Лунца. – М.: Гос. изд-во ин. лит., 1948. – С. 117.

<sup>3</sup> Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. – С.426.

<sup>4</sup> Лунц Л.А. Международное частное право. Москва: Юридическая литература, 1975. – С.237.

<sup>5</sup> Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. – С. 174.

мілльшег, який зазначає, що “автономія волі можлива тільки в рамках системи двосторонніх колізійних норм, які вирішують колізійне питання виходячи з аналізу матеріально-правових відносин”<sup>1</sup>.

Інший погляд намагався обґрунтувати французький колізіоніст П.Гото. На його думку, норми договірної права супроводжуються односторонньою колізійною нормою, що дозволяє будь-якому суб'єкту договірних відносин, ускладненого іноземним елементом, підпорядкувати дані відносини регулюванню нормам зазначеного права. З моменту волевиявлення правовідносини стають підпорядкованими відповідному правопорядку так само, як би вони були чисто “внутрішніми” правовідносинами і первісно формулювались у рамках даного правопорядку. Тобто основне завдання колізійного регулювання автор бачить у “редукції” відносин, ускладнених іноземним елементом, у суто “внутрішні” відносини, при цьому не допускається кумулятивне регулювання одних і тих самих правовідносин різними правопорядками (так званий “*décesage*”)<sup>2</sup>.

Важко погодитися з вищезазначеною думкою, оскільки кумулятивне регулювання дозволяє більш повно відобразити потреби сторін у досягненні матеріально-правового результату, крім того, кумулятивне регулювання визнається більшістю сучасних правопорядків.

Також неможна погодитися із ототожненням автономії волі з колізійною нормою чи її прив'язкою, незважаючи на колізійно-правову природу автономії волі. По-перше, для реалізації автономії волі необхідна угода сторін (вольовий момент). По-друге, автономія волі має ширший зміст, адже сторони крім обрання матеріального права, можуть обрати і колізійне право. Якщо сторони оберуть конкретну колізійну прив'язку, то (розг-

---

<sup>1</sup> Цит. за: Третьяков С.В. Автономия воли и односторонние коллизионные нормы в международном частном праве // Вестник Московского Ун-та.- Серия 11, Право, 2002. -№5.- С.91.

<sup>2</sup> Третьяков С.В. Автономия воли и односторонние коллизионные нормы в международном частном праве // Вестник Московского Ун-та.- Серия 11, Право, 2002. -№5.- С.93-99.



лядаючи автономію волі як прив'язку колізійної норми) отримаємо подвійну прив'язку чи прив'язку до прив'язки, що виглядає тавтологічно. По-третє, автономія реалізується сторонами, а колізійна норма – судом. По-четверте, в договірних відносинах діє принцип презумпції автономії волі, при відсутності вибору права застосовується колізійна норма.

А.Л. Маковський висував ще одну різницю між автономією волі і прив'язкою колізійної норми – мету, яку вони переслідують. Згідно з ним, автономія волі являє собою повністю відокремлений правовий інститут. «Наділення учасників праввідносин можливістю обирати застосовний до цього відношення закон переслідує мету попередити колізії»<sup>1</sup>, тоді як колізійна норма вирішує дані колізії. Але дане положення не завжди правильне, оскільки вибір застосовного права може відбуватися і під час розгляду спору в суді, тоді метою такого вибору також буде вирішення колізії.

І, нарешті, особливе місце серед теорій «автономістів» займає теорія А.А. Рубанова, який розуміє автономію волі як прояв зворотного зв'язку права і суспільних відносин<sup>2</sup>. До «автономістів» у точному визначенні цього поняття і з згаданого переліку із чотирьох елементів можна віднести тільки третю складову, – «автономію волі як прояв правотворчої функції індивідуальної волі» або, іншими словами, «вибір закону сторонами породжує правові наслідки, внаслідок того, що йому внутрішньо притаманна правотворча здатність, незалежно від того, визнають чи ні відповідні правові системи автономію волі як правовий інститут»<sup>3</sup>. Другий елемент – класичний «етатистський», перший – подібний до «етатистського», а четвертий –

<sup>1</sup> Иванов Г.Г., Маковский А.Л. Международное частное морское право. – М., 1984. – С.26.

<sup>2</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 18.

<sup>3</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Под ред. Рубанова А. А.; РАН. Ин-т государства и права. – М., 1996. – С. 7.

компромісний етатистсько-автономістський. Наш підхід до загального розуміння автономії волі в міжнародному приватному праві із зазначеними вище застереженнями близький до позиції А.А. Рубанова.

Отже, авторів, які писали на тему автономії волі, можна віднести до тих, які визнають одну тенденцію (моністичний погляд на автономію волі): або «етатистську» в широкому сенсі, або «автономістську» (А.Н. Мандельштам, М.И. Брун, Дж. Чешир, В.І. Кисіль, Д.К. Мосс, А.Б. Покровська, М.М. Богуславський, А.Л. Маковський, Л.А. Лунц та інші) – та тих, які визнають обидві тенденції (дуалістичний погляд на автономію волі) (А.А. Рубанов, Н.В. Тригубович, А.Г. Філіпов, наша позиція).

Як основу для аналізу можна спочатку розглянути позиції сучасних українських і російських колізіоністів, які зверталися до проблеми автономії волі. Так, погляд Н.В. Тригубович, яка викладений у дисертації «Автономія волі в міжнародному приватному праві» (Саратов, 1999.): «На відміну від принципу свободи договору, що передбачає визначення сторонами матеріальних умов договору, автономія волі передбачає вільний вибір тої чи іншої правової системи, що вказує на її колізійно-правову природу. На відміну від колізійної прив'язки, автономія волі передбачає «договірний» елемент – це, перш за все, *угода* про вибір права, договір з колізійним змістом. Поєднання договірного і колізійного витоків визначають специфіку автономії волі як особливого самостійного інституту міжнародного приватного права»<sup>1</sup>, можна кваліфікувати як дуалістичний, оскільки вона визнає дві засади автономії волі – позитивну колізійну норму і договір, – тобто дві тенденції в оцінці даної проблеми. Аналогічної думки дотримується А.Г. Філіпов: «Принцип автономії волі є органічне поєднання двох джерел – колізійного (за призначенням) і принципу свободи до-

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 39.

говору (за способам реалізації)»<sup>1</sup>.

Скоріше перевагу моністичному погляду на автономію волі віддає М.М. Богуславський, який вважає джерелом автономії волі сторін принцип свободи договору: «Автономія полягає в тому, що сторони мають право встановлювати на свій розсуд умови і зміст договору»<sup>2</sup>. На основі процитованого твердження, зважаючи на те, що автономія волі може вважатися проявом свободи договору, такі російські автори, як Н.В. Тригубович<sup>3</sup>, А.Г. Філіпов<sup>4</sup>, оцінюють позицію М.М. Богуславського як «автономістську» у вузькому сенсі.

«Автономістським» є також погляд А.Б. Покровської: «На наш погляд, застосування права, обраного сторонами, є наслідком здійснення автономії волі сторін, як і здійснення будь-якого суб'єктивного права»<sup>5</sup>, оскільки в даному випадку проводиться аналогія між автономією волі і суб'єктивним правом, і при цьому застосування іноземного права розглядається як наслідок здійснення автономії волі, тобто вибір того чи іншого права залежить від автономії волі сторін, а не прямо від застосування колізійної норми.

Ми можемо погодитися з характеристикою В.І. Киселем

---

<sup>1</sup> Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве: Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. – М.: Статут, 1998. – С. 439.

<sup>2</sup> Богуславский М.М. Коллизионные вопросы обязательственных правоотношений во внешней торговле СССР // Правовое регулирование внешней торговли СССР. – М., 1960. – С. 480.

<sup>3</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 22.

<sup>4</sup> Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве: Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. – М.: Статут, 1998. – С. 437.

<sup>5</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 343.

погляду Д.К. Мосс, яка написала дисертацію «Автономія волі в практиці міжнародного комерційного арбітражу» (М., 1995.) та на її основі монографію «Автономія волі в практиці міжнародного комерційного арбітражу» (М., 1996.), як «етатистської» в широкому сенсі: «Згідно з загальноприйнятою концепцією, автономія волі являє собою інститут МПРП. Її існування закріплюється нормами національного права держав (найчастіше такими, що встановлені законом), а також міжнародними договорами (конвенціями)»<sup>1</sup>, що, зокрема, підтверджується також словами автора: «Однак між автономією волі і міжнародним комерційним арбітражем існує і більш глибокий зв'язок. *Санкціонуючи автономію волі, закон* (курсив наш. – С.З.) дає сторонам у договорі можливість на власний розсуд визначити, якому праву вони бажають підпорядкувати свої відносини. Надаючи сторонам право укласти арбітражну угоду, закон надає їм можливість на власний розсуд обрати спосіб вирішення їхнього спору. В обох випадках закон *санкціонує свободу вибору* (курсив наш. – С.З.) учасників цивільних правовідносин. Тобто свобода учасників договору є загальною базою як для автономії волі, так і міжнародного комерційного арбітражу». Санкціонування автономії волі законом є класичною формою «етатистського» підходу до розв'язання проблеми, хоча останнє речення цитати по суті суперечить попередньому змісту, оскільки виражає суть «автономістського» підходу.

Протилежною до позиції М.М. Богуславського, але також моністичною, є «етатистська» позиція В.І. Кисіля, який зазначає, що «взагалі, поза межами третейського провадження правотворча функція автономії волі виглядає вкрай сумнівною.

Оскільки ми ставимо собі за мету висвітлення законодавчого процесу в галузі кодифікації автономії волі, на нашу думку, потрібно виходити з розуміння її як нормативного явища. З погляду кодифікації, автономія волі, безумовно, є інститутом

---

<sup>1</sup> Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 92; Мосс Д.К. Автономія волі в практиці міжнародного комерційного арбітражу: Под ред. Рубанова А. А.; РАН. Ин-т государства и права. – М., 1996. – 83 с.

національного законодавства<sup>1</sup>, який виконує дві важливі функції: а) вирішення колізії законів шляхом вибору застосованого права сторонами певних правовідносин і б) *само регламентація* (курсив наш. – С.З.) шляхом установлення випадків та умов здійснення такого вибору, враховуючи норми національного законодавства щодо публічного порядку, обходу закону тощо. Відповідно до завдань, які ставить перед собою законодавець тієї чи іншої держави, положення про автономію волі поділяються на колізійні та матеріальні, причому останні відносяться до категорії загальних положень міжнародного приватного права<sup>2</sup>, хоча автор залишає певну долю невизначеності у своїй позиції, зважаючи на смисл згаданого вище пункту б).

*Теорія подвійного визнання (додаткова аргументація та висновок).* Викладені вище вихідні позиції щодо автономії волі – двонаправлене визнання, правопорядок/воля, санкціонування/саморегламентація та інші – дозволяють нам погодитись із твердженням А.Б. Покровської, що «відносно сутності принципу автономії волі сторін, яка застосовується на практиці з ХІХ століття, висловлювалися і висловлюються різні, іноді полярні точки зору»<sup>3</sup>, та в кінцевому рахунку, запропонувати власний теоретичний підхід до розуміння автономії волі та на його основі визначити її поняття.

На наш погляд, найбільш повно та якісно пояснює проблему автономії волі теорія, яку ми пропонуємо назвати «подвійним визнанням», тим більше, що сам термін «визнання», як і його аналоги «санкція», «одобрення», «схвалення» та інші,

---

<sup>1</sup> Міжнародні угоди після їх ратифікації розглядаються певною державою як частина національного права поряд із внутрішніми законодавчими актами.

<sup>2</sup> Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 96.

<sup>3</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 342.

мають спільну рису, а саме: вони двозначні, двоспрямовані, амбівалентні. Тому вибраний із відповідного переліку синонімів термін «визнання», який, як зазначено вище, застосовується для позначення центрального поняття в цивілістичній теорії волі тоді, коли йдеться про субординацію правопорядку і волі (в контексті визначення правочину в німецькому праві), можна поняття визнання використовувати за аналогією в доктрині міжнародного приватного права тоді, коли виникає потреба розв'язати проблему автономії волі в широкому сенсі, включаючи вільний вибір права, зокрема проблему субординації автономії волі з нормами відповідного правопорядку. При цьому автономію волі у міжнародному приватному праві належить розуміти як таку, що ділиться на дві частини – приватну автономію і автономію сторін.

Подвійне визнання в контексті автономії волі ми розуміємо в двох сенсах, по-перше, з погляду об'єктивних чи суб'єктивних її начал (про це йшлося вище), виходячи з яких можна розв'язати дану проблему; по-друге, проводячи аналогію між поняттями суб'єктивного начала і власне автономією волі та об'єктивним началом і гетерономією волі.

*Про визначення поняття автономії волі.* На основі теорії подвійного визнання, яка далі розвивається в даній роботі, можна наступним чином доктринально визначити поняття автономії волі у міжнародному приватному праві: Автономія волі в широкому сенсі – це принцип міжнародного приватного права, який на основі єдиного поняття волі є способом розв'язання як проблеми вільного вибору права (автономія сторін), так і виразом свободи договору з іноземним елементом, включаючи пророгаційну й арбітражну угоду (приватна автономія).

Автономія волі у вузькому сенсі – це подвійне визнання з одного боку, правопорядком волі, а з іншого – волею правопорядку, яке має на меті вільний вибір права на основі самовизначення сторін (автономії сторін), причому цей вибір характеризується двома формами: особливою колізійною прив'язкою *lex voluntatis* (позитивна колізійна норма правопорядку) або відповідною угодою сторін (воля), які разом є вира-

женням загального колізійного принципу. Автономія волі у вузькому сенсі в тій частині, яка стосується угоди сторін про вибір права, може бути доповнена угодою про вибір суду або арбітражу.

Складне, тобто таке, що має декілька складових, легальне визначення автономії волі в чинному МПрП-Законі, прийнятому 23 червня 2005 року, який набрав чинності 1 вересня 2005 року: «4) вибір права – право учасників правовідносин визначити право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом;

5) автономія волі – принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, яке підлягає застосуванню до відповідних правовідносин» (п.п. 4, 5 ст.1. Визначення термінів) та

«1. У випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин» (ч. 1 ст. 5. Автономія волі), в т. ч. враховуючи зміст ст. 43. Вибір права за згодою сторін договору, відповідно до якої: «1. Сторони договору згідно із статтями 5 та 10 цього Закону можуть обрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України»<sup>1</sup>, – є визначенням автономії волі у вузькому (колізійному) сенсі, та не враховує той факт, що якщо розуміти міжнародне приватне право, не тільки як колізійне право, а й як право, що охоплює також матеріальні норми, наприклад, про укладення договорів тощо, та процесуальні норми, предмет регулювання яких має іноземний елемент (міжнародне приватне право в широкому сенсі, яке містить поряд з колізійними нормами та матеріальними нормами права міжнародної торгівлі ще й норми міжнародного цивільного процесу та міжнародного комерційного арбітражу), то автономія волі також повинна розумітися в широкому сенсі та відповідно до трьох елементів у структурі міжнародного приватно-

---

<sup>1</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

го права – колізійного, матеріального, процесуального – складатися з трьох частин: а) автономії волі як вільного вибору права; б) автономії волі як свободи договору (угоди), приватної автономії та в) автономії волі як вільного вибору сторонами суду чи арбітражу. Отже, запропоноване нами вище доктринальне визначення автономії волі є уточненням і розвитком легального визначення.

## **1.2. Доктринальне та легальне обґрунтування вільного вибору права в міжнародному приватному праві**

Вільний вибір права у міжнародному приватному праві потребує філософського виправдання, історичного опису, порівняння розв'язання цієї проблеми в різних правопорядках і догматичної легітимації, керуючись запропонованою нами теорією «подвійного визнання» автономії волі.

*1.2.1. Філософське розуміння автономії волі в міжнародному приватному праві: теорія «подвійного визнання» волі.* Свобода у філософському значенні має регулятивне значення (І. Кант – 1724-1804). Як вважає А.А. Мережко: «... починати дослідження права варто з поняття свободи, оскільки, як справедливо відзначає Гегель (1770-1831. – С.3.), ідеєю права є свобода, а система права є царством здійсненої свободи [Гегель Г.В. Філософія права. – М., 1990. – С. 59, 67.] Це твердження у вищому ступені справедливе, оскільки без свободи, без вільної волі індивіда, міркування про право втрачають будь-який смисл.

Отже, свобода індивіда в суспільстві є вихідною точкою, з якої проростає, «саморозгортається» право»<sup>1</sup>. Свобода є провідним інститутом природного права, зокрема його родоначальник голландський юрист і правознавець Гуго де Гроот Гроцій (1583-1645) вважав, що «важливою рисою права є те, що воно встановлюється волею людей»<sup>2</sup>, – «згідно з Гроцієм, в праві збігаються намір Бога з людським раціональним розумінням, цінність вчи-

<sup>1</sup> Мережко А.А. Дialeктика права // Проблеми філософії права. – 2004. – Том II. – С. 177.

<sup>2</sup> Мірошніченко М.І., Мірошніченко В.І Історія вчень про державу і право: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2004. – С. 79.



нку визначається внутрішнім відношенням і переконанням»<sup>1</sup>, тобто вільною (свободною) волею людини.

Протилежним поглядом до доктрини природного права є позитивістський підхід до права, який характерний для англійської (І. Бентам – 1748-1832, Д. Остін – 1790-1859) та французької (О. Конт – 1798-1857) філософії, а також виражений у класичній формі чистої теорії права Г. Кельзенем (1881-1973).

Якщо натуралістична концепція за вихідну точку бере раціональну свободу волі, то позитивістська – такою точкою вважає нормативний правопорядок, установлений законодавцем, воля при цьому має опосередковане значення. Спільним знаменником для обох начал є воля як психічний акт, тобто тоді, коли вона «мислиться як здатність визначати саме себе до здійснення вчинків у відповідності з уявленнями про ті чи інші закони»<sup>2</sup> (І.Кант), або, замість законів, – про цінності: з одного боку мається на увазі воля розумної людини, а з іншого – воля, визнана правопорядком. В останньому випадку воля розуміється як вільна воля звичайної людини, тобто як психічна дія, яка полягає у виборі із різних спонукальних причин такого мотиву, який найбільше відповідає цілям і потребам тієї чи іншої людини. Незважаючи на те, що існують три точки зору на волю – раціоналістична (природно-правова), позитивістська і психологічна, – в кожній із них воля розуміється як вільна воля: «Воля як духовний акт завжди є вільною волею, тобто може обирати серед багатьох мотивів навіть такий мотив, який суперечить життєвим потребам людини»<sup>3</sup>, однак при цьому свобода волі пояснюється по-різному.

<sup>1</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем./ Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 119.

<sup>2</sup> Основоположения метафизики нравов // Кант И. Собрание сочинений. В 8-ми т. Т.6. – М.: Чоро, 1994. – С. 203.

<sup>3</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем./ Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 83.

*Про відношення свобода – автономія.* Щоб з'ясувати особливості свободи волі з погляду зору природного і позитивного права, спочатку потрібно дослідити, як співвідносяться поняття «свобода» і «автономія» в контексті проблеми волі, тобто, іншими словами, в етико-правовому контексті. Із попередньо викладеного можна зробити висновок, що автономія як самозаконність, самовизначення може здійснюватися на основі вільної (свободної) волі, а свобода не може інакше розумітися, ніж свобода волі, тому в етиці, а опосередковано і в праві, автономія і свобода є тотожними поняттями: «Природна необхідність була гетерономією діючих причин, оскільки кожен результат був можливим тільки за тим законом, який дещо по-іншому визначав діючу причину до причинності; а чим же іншим може бути свобода волі, як не автономією, тобто властивістю волі бути самою для себе законом? Але положення *воля є у всіх вчинках сама для себе законом* означає лише принцип поступати тільки згідно з такою максимою, яка може мати предмет самою себе також у якості всезагального закону. Але це є якраз та формула категоричного імперативу і принцип моральності; отже, вільна воля і воля, підпорядкована моральним законам, – це одне і те саме»<sup>1</sup>.

*Про відношення автономія (свобода) – воля в міжнародному приватному і цивільному праві.* Виходячи із викладеного, у міжнародному приватному праві поняття автономії волі та свободи волі - тотожні, тому термін «автономія» вживається у зворотах «автономія волі», «приватна автономія», «автономія сторін», а термін «свобода» можна використовувати у словосполученнях «свобода договору (угоди)», «колізійно-правова та матеріально-правова свобода». Можна також говорити про «процесуально-правову свободу» у випадку, коли йдеться про вибір сторонами визначення компетенції відповідного суду або арбітражу.

Цій автономії волі у міжнародному приватному праві відповідає той факт, що у «понятті правочину знаходить своє ви-

---

<sup>1</sup> Основоположення метафізики нравов // Кант И. Собрание сочинений. В 8-ми т. Т.6. - М.: Чоро, 1994. - С. 227.

раження принцип приватної автономії в цивільному праві. Згідно з даним принципом, окрема особа сама повинна формувати свої правові відносини, оскільки вона здатна до «самозаконотворчості». Основні положення поняття «самозаконотворчості» першопочатково були розроблені І.Кантом у філософії моралі. Замість цього можна говорити, що зміст принципу приватної автономії складає здатність людини до розумної волі і поведінки, яку правопорядок визнає (курсив наш. – С.З) через поняття угоди. Це цілком відповідає морально-філософській традиції XIX ст., що повертає нас до Канта, коли поняттю правочину надається така форма, яка більше не конкретизує розумність людської волі. Висока абстракція поняття правочину, покладеного в основу третього розділу Загальної частини, відповідає основоположній філософській концепції, що бере свій початок у німецькому філософському ідеалізмі<sup>1</sup>.

*Про відношення свобода – визнання.* Отже, проблема свободи, або автономії волі, тягне за собою проблему пошуку зв'язуючого елементу між природним і позитивним правом. У цивільному праві такою зв'язкою є поняття «визнання», яке, як мінімум, з XIX ст. розуміється як спосіб відношення правопорядку до волі (субординація правопорядок – воля). Визнання при цьому охоплює в себе не тільки волю як фактичний предмет, але й момент її оцінки. Отже, правопорядок пов'язує суб'єктивну волю та належний правовий результат. Визнання в даному випадку є елементом позитивістського погляду на право.

На основі філософського аналізу зрозуміло, що таке уявлення про визнання вузьке і має бути доповнене іншим уявленням, відповідно до якого норми правопорядку підлягають оцінці з погляду волі розумної людини. Якщо погодитися з тим, що воля людини розумної і людини звичайної збігаються або погоджуються, то можна говорити про визнання правопорядку волею (субординація воля – правопорядок). Іншими словами, воля

---

<sup>1</sup> Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – С. 162.

звичайної людини, є етико-раціональною, слугує підставою для оцінки норм позитивного права, і, отже, визнає існування позитивного правопорядку. Останнє положення найбільш практичне значення має у міжнародному приватному праві, тоді коли йдеться про вільний вибір сторонами застосовуваного права. Визнання в такому випадку розуміється як форма оцінки, а разом із традиційним розумінням визнання у цивільному праві визнання в міжнародному приватному праві є подвійним визнанням.

Отже, за превалюючою думкою, «свобода (Freiheit) – це можливість поводитись так, як хочеться. Свобода – це свобода волі. Воля – за своєю сутністю завжди вільна (російською «свободная». – С.3) воля. Проблема свободи в історії філософії ускладнювалася тим, що багато мислителів намагалися вивести із сутності свободи борг людини, намагалися або взагалі не використовувати поняття свободи, або застосовувати, обмеживши його у певний спосіб. Але борг ніколи не може впливати із самої свободи, а тільки з етичних міркувань. Будучи необмеженою за своєю сутністю, свобода якраз повинна передбачати етику (див. *Етика*), щоб зробити людей необмежено відповідальними за все те, що вони роблять і дозволяють робити іншим; (див. *Атеїзм, Детермінізм, Гріх, Доцільний, Індетермінізм, Лібералізм*)<sup>1</sup>, – то на основі такого поняття свободи, обмеженого поняттям колізійно-правової свободи, можна сформулювати концепцію автономії волі в міжнародному приватному праві, яка шляхом подвійного визнання дозволяє пояснити проблему вільного вибору застосовуваного права.

*Про обґрунтування періодизації проблеми свободи з акцентом на волю.* Отже, якщо визначити періодизацію історії філософських поглядів на поняття свободи, або автономії волі до XVI ст. і після нього до сьогодні, то на основі другої частини періодизації, зважаючи на те, що автор ідеї автономії волі у мі-

---

<sup>1</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем. / Общ. ред. В. А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 397.

жнародному приватному праві Ш. Дюмулен жив саме в XVI ст., можна створити періодизацію поглядів на автономію волі в цьому праві.

Що стосується першої частини філософської періодизації, то з точки зору колізійної доктрини досить констатації, що «в історії розвитку поняття свободи з давніх часів поняття *творчої свободи* (виділення курсивом мое. – С.3) поступово витісняє поняття свободи від перепон (примусу, казуальності, долі). У стародавній філософії (в Сократа й Платона) мова йде перш за все про свободу і долю, а потім про свободу від політичного деспотизму (в Аристотеля й Епікура), і про бідкування людського існування (в Епікура, стоїків, у неоплатонізмі). У середні віки мова йде про свободу від гріха і від прокляття церкви, причому виникає розлад між морально потребуючою свободою людини і потребуючою релігією могутністю Бога<sup>1</sup>, – яка пояснює, чому проблема автономії не могла бути висунена і розв'язана в рамках теорії статутів з XIV до XVI ст. Тільки нове розуміння проблеми свободи, як творчої свободи, дозволяє Дюмулену вперше сформулювати прив'язку *lex voluntatis*.

«В епоху Ренесансу і в наступний період під свободою розуміли *безперешкодне всебічне розгортання людської особистості* ( курсив наш. – С.3). З часів Просвітництва виникає поняття свободи, запозичене у лібералізму і природного права (Альтузій, Гоббс, Гроцій, Пуфендорф; в 1689 в Англії «Білль про права»), яке стримується таким, що все поглиблюється, науковим поглядом, який визнає панування всемогутньої природної причинності і закономірності. У німецькій релігійності та філософії, починаючи від Майстра Екхарта, включаючи Лейбніца, Канта, Готе і Шилера, а також німецький ідеалізм до Шопенгауера і Ніцше, висувається питання про свободу як про *постулат морально-творчої відповідності сутності та її розвитку* (курсив наш. – С.3). Марксизм вважає свободу фікцією: в дійсності лю-

---

<sup>1</sup> Філософський словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем. / Общ. ред. В. А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 398.

дина думає і чинить залежно від спонукання і середовища (*див. Ситуація*), причому основну роль у її середовищі відіграють економічні відносини та класова боротьба. Зв'язок свободи як політичної і соціальної вимоги людини з проблемою свободи волі була розглянута *О. Файтом*. Вимогу свободи він вважає обґрунтованою тільки в тому випадку, коли можна встановити, що людина здатна до вільного волевиявлення. Тобто соціологічна проблема пов'язується з антропологічною<sup>1</sup>. На основі зазначеного в цьому абзаці можна запропонувати таку періодизацію історії розв'язань проблеми свободи волі в історії філософії права, починаючи із XVI ст.: перший період - XVI-XVIII ст. – натуралістично-сциентиське розуміння; другий період - XIX-XXI ст. – постулат морально-творчого розуміння. У першому періоді природно-правова концепція свободи обмежується, як зазначено вище, «науковим поглядом», сутність якого полягає у визнанні детермінізму природних сил, зокрема, коли йдеться про волю людини. Природний детермінізм замінює детермінізм релігійний щодо волі, однак воля в кінцевому рахунку є вільною волею, що найбільш було виражено у філософії права І. Канта, яка є найчіткішим вираженням і завершенням класичної природно-правової доктрини.

Якщо свободу волі, у формі, запропонованій І. Кантом, сприйняти як один полюс, а релігійний детермінізм Середньовіччя чи сциентистський детермінізм волі Нового часу – як інший полюс, то в XIX і наступних століттях на цьому останньому полюсі займає своє місце філософія позитивізму.

*Про полюси у розумінні свободи волі.* «У Канта свобода – це умова самовизначення волі власним законом. Принцип же у Канта – це основоположна етична норма, яка є або суб'єктивною – максимомою – і направляє волю, оскільки вона є керівним моментом стосовно інших індивідів, або об'єктивною – законом – і в такому випадку визнається значущою для волі

---

<sup>1</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шихкоффа / Пер с нем. / Общ. ред. В. А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 397-398.

кожного розумного створіння»<sup>1</sup>. Таке розуміння проблеми свободи волі взято нами вище за основу теорії подвійного визнання, тоді коли ми говоримо про вихідні точки вираження проблеми.

У праці «Основоположення метафізики моралі» Кант зазначає, що, «уявлення про об'єктивний принцип, оскільки він примусовий для волі, називається повелінням (розуму), а формула повеління називається імперативом»<sup>2</sup>, при цьому він дає таке визначення принципу автономії: «автономія волі є така властивість волі, завдяки якій вона сама для себе закон (незалежно від будь-яких властивостей предметів воління). Принцип автономії волі зводиться, отже, до такого: обирати тільки так, щоб максими, які визначають наш вибір, водночас містилися в нашому волінні як всезагальний закон. Що це практичне правило є імператив ...»<sup>3</sup>, тоді як, правовим атрибутом громадянина є «основана на законі свобода кожного не підкорятися іншому закону, крім того, на який він дав свою згоду»<sup>4</sup>. Останнє положення Канта про правовий атрибут є уточненням формули автономії волі, яке свідчить про те, з одного боку, що вільна воля розуміється як корелят розумного закону, а, з другого боку, сама наявність такого кореляту в іншій площині висуває проблему двозначності (амбівалентності) розуміння волі, яку можна розв'язати або позитивістськи у формі «теорії визнання», або більш точніше, з урахуванням природно-правової доктрини, – у формі «теорії подвійного визнання»: в «теорії визнання» воля є предметом санкціонування державою, а в «теорії подвійного визнання», крім того, сам правопорядок виступає в аналогічній ролі предмета визнання.

Якщо взяти до уваги, що Кант розрізняв, з одного боку, природне право як невід'ємне, притаманне людині за природою право, яке покоїться на одних тільки апіорних принципах, і, з

---

<sup>1</sup> Философский энциклопедический словарь – М.: ИНФРА-М, 2003. – С. 363.

<sup>2</sup> Кант И. Собрание сочинений. – М., 1994. – Т. 4. – С. 185.

<sup>3</sup> Кант И. Собрание сочинений. – М., 1994. – Т. 4. – С. 219.

<sup>4</sup> Кант И. Собрание сочинений. – М., 1994. – Т. 6. – С. 345.

іншого боку, право позитивне, яке випливає з волі законодавця<sup>1</sup>, то, отже, він не тільки дає філософське обґрунтування правотворчої здібності волі індивіда, а й обмежує її (здібність) нормами позитивного закону.

Ідеї Канта знайшли своє продовження у Г. Гегеля, який «вважав ідеальною кінцевою метою світу усвідомлення духом своєї свободи (в волі), а значить, і дійсність його *свободи*»<sup>2</sup>. Гегель здійснив авторитетний науковий аналіз сутності свободи як конкретно-історичного явища: «Право – це наявне буття свободи. ... В цьому сенсі право виступає як міра свободи. Конкретною формою вираження права (особливим правом держави) є закон. Втілене в законі право набуває всезагальності і регулює зовнішні аспекти суспільних відносин. Отже, насамкінець, згідно із Гегелем, право є мірою формально визначеної свободи»<sup>3</sup>.

На розвиток положення Канта про «свободу кожного не підкорятися іншому закону, крім того, на який він дав свою згоду», Гегель говорить про те, що «*право не визнавати* (курсив наш. – С.З.) нічого, що я не вважаю за розумне, є вищим правом суб'єкта, але і право розумного як об'єктивного залишається твердо при суб'єкті» [Hegel, RPh, § 132]. Так Гегель, в опосередкування відповідної ідеї Канта, закладає філософські основи для створення на рубежі першої і другої половини ХІХ ст. в рамках позитивістської доктрини приватного права «теорії визнання».

Гегель по суті розрізняє звичайну і розумну волю: «супроти принципу одиничної волі належить нагадати про принцип, згідно з яким об'єктивна воля є в собі, у своєму понятті розумною, незалежною від того, чи пізнана вона одиницею і чи відповідає її добрій волі, і протилежне – знання і воля – суб'єктивність свободи, яка одна тільки стверджується в тому принципі (йдеться про концепцію Руссо. – Прим. пер.), містить

<sup>1</sup> Кант И. Собрание сочинений. – М., 1994. – Т. 6. – С. 261.

<sup>2</sup> Философский словарь: Основан Г.Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем. / Общ. ред. В. А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 83.

<sup>3</sup> Мірошніченко М.І., Мірошніченко В.І. Історія вчень про державу і право: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2004. – С. 119.



тільки один і тому однобічний момент ідеї розумної волі, яка є такою тільки тому, що вона є настільки ж у собі як і для себе» [Hegel, RPh, § 258]<sup>1</sup>, і тим самим закладає підвалини для створення колізійної концепції «осілості правового відношення» Савіньї, яка є виразом розумної волі, тоді як автономія волі (*lex voluntatis*) Дюмулена, є виразом звичайної волі, тобто, іншими словами, запропонований останнім автором колізійний принцип є дораціоналістичною психологічною концепцією, яка пізніше буде використана в рамках правового позитивізму. З кінця ХІХ ст. у доктрині міжнародного приватного права застосовуються як раціоналістичний підхід до розв'язання проблеми автономії волі у двох формах: у формі принципу більш тісного зв'язку (Савіньї) та у формі загального принципу автономії волі, тобто норми, яка формулюється в загальній частині закону про міжнародне приватне право або на початку частини цього самого закону про зобов'язання, – так і психологічний, тоді коли автономія волі включається до складу колізійної норми як її частина (колізійна прив'язка), тобто відповідна норма формулюється не як колізійна норма-принцип, а як двостороння колізійна норма.

Доповнивши викладену вище класичну німецьку філософію волі, яка ще й нині є підґрунтям вітчизняної панівної думки щодо проблеми свободи волі, твердженням Йогана Готліба Фіхте (1762-1814): «Воля кожного є справді загальний закон, бо всі хочуть одного і того ж, і немає необхідності в примушуванні, оскільки кожен уже сам по собі хоче те, що він повинен»<sup>2</sup>, а також врахувавши те, що «Фіхте стверджує, що практична дія не може існувати без свободи волі, подібно до того, як пізнавальна діяльність неможлива без свободної думки»<sup>3</sup>, – можна в цілому німецьку класичну філософію вважати основою позитивістської «теорії визнання» у приватному праві.

---

<sup>1</sup> Ципеліус Р. Філософія права: Підручник: Пер. з нім. – К.: Тандем, 2000. – С. 190, 191.

<sup>2</sup> Гоур М. Фіхте. – М.: Мысль, 1965. – С. 128.

<sup>3</sup> Цалін С.Д. Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права. – Харків: Основа, 1998. – С. 158.

Отже, якщо врахувати історію позитивістської доктрини в праві, то історична «теорія визнання» є розвитком і одним із способів пояснення зв'язку природного і позитивного права в контексті автономії волі. Однак вона має, як зазначалося вище, недолік прихованості взаємності, двосторонності, подвійності визнання.

Цей недолік пояснюється природою позитивістського розуміння права, яке є одностороннім, тобто таким, що тільки формально визнає автономію волі. Як приклад, можна навести погляди чотирьох представників правового позитивізму: англійців – І. Бентама, Дж. Остіна, француза – О. Конта, австрійця – Г. Кельзена, американця – Харт.

Так, перший представник позитивної школи права І. Бентам заперечував ідею природного права, яке історично і логічно передує державі, стверджуючи, що ніяких природних прав, що передують державі й урядам, не існує. Природними у людини є тільки почуття, нахили та здібності. Стандартом цінностей і причиною людської поведінки є винятково насолода і біль. Право – за Бентамом, – це сукупність знаків (символів), виданих і затверджених сувереном для забезпечення належної поведінки підданих<sup>1</sup>. Інший засновник юридичного позитивізму англійський правознавець Дж. Остін пов'язував природу права з волею суверена. «Під позитивними законами належить розуміти лише закони, які визначають обов'язки і передбачають наслідки, в тому числі негативні. Тому до позитивного права не можна віднести правила, встановлені особами й установами, які не є суверенами»<sup>2</sup>.

Французький позитивізм засновується О. Контом. «Конт (Comte) Огюст – французький філософ; н. 19.1.1798 (Монпельє) – пом. 5.9.1857 (Париж) – 1833-1845 – викладач в Паризькому політехнікумі. Головний представник класичного позитивізму. ... Згідно з його вченням, людський дух у своєму розвитку про-

<sup>1</sup> Мірошніченко М. І., Мірошніченко В. І. Історія вчень про державу і право: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2004. – С. 121.

<sup>2</sup> Історія політичних і правових вчень: Підручник / Під ред. Ф. Шульженко. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 190.

ходить три стадії: теологічну, метафізичну і позитивістську. На першій стадії, стадії панування духовенства і військових, людина пояснює явища природи з особливої волі самих речей або надприродних сутностей (фетишизм, політеїзм, монотеїзм). На другій стадії – при пануванні філософів і юристів – явища природи пояснюються абстрактними причинами, «ідеями» і «силами», гіпостазованими абстракціями. На третій, позитивістській, стадії, для якої характерне об'єднання теорії і практики, людина задовольняється тим, що завдяки спостереженню і експерименту відшукує зв'язки явищ і зв'язки, які є постійними, формулює в якості законів»<sup>1</sup>. Воля в такому разі втрачає самостійне значення і стає лише об'єктом спостереження задля відшукування зв'язків цього явища з іншими явищами.

Згідно з ученням Г. Кельзена, вирішальним критерієм права є «елемент сили», учений заперечував ідею про природне право і розглядав право як систему примусових норм. Будь-яка правова норма стає дійсною, якщо вона промульгована сувереном. Отже, право – це примусовий нормативний порядок (система), який вимагає належної поведінки, узгодженої з приписами конституції та законів<sup>2</sup>.

На основі поняття визнання побудована позитивістська концепція Гарта, який зазначає: «У повсякденному житті правової системи її правило визнання дуже рідко виразно формулюється як правило, хоча інколи суди в Англії можуть у загальних рисах сповіщати про умовне місце одного критерію права стосовно іншого, як вони це роблять, стверджуючи верховенство актів парламенту над іншими існуючими або пропонованими джерелами права. Здебільшого правило визнання не формулюється, однак його існування *доводиться* в той спосіб, в який окремі правила ідентифікуються чи то судами, чи то іншими

---

<sup>1</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шихоффа / Пер. с нем. / Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 218.

<sup>2</sup> Мірошніченко М. І., Мірошніченко В. І. Історія вчень про державу і право: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2004. – С. 194.

посадовими або приватними особами чи їхніми консультантами»<sup>1</sup>.

Викладений вище огляд провідних позитивістських поглядів дозволяє зробити висновок про те, що воля для всіх згаданих позитивістів має підпорядковане значення, і, отже, відношення правопорядок – воля розуміється як односторонній субординований зв'язок двох елементів, у якому правопорядок займає панівне, а воля – підпорядковане місце.

Якщо «позитивізм є філософією розчарування, яка після провалу метафізичних зусиль, що їй передували, прагнула відстояти як єдино предмет пізнання спостережувану дійсність і відповідний їй поняттєвий стрій»<sup>2</sup>, то «самозаконність – вищий прояв свободи. Вона відгороджує особистість від внутрішньої і зовнішньої сваволі. Будучи морально-конституційованою свободою волі, вона вимагає для себе простору у вигляді «зовнішніх» «цивільних» свобод. Правопорядок тому є соціальним простором людської моральності, тим простором зовнішньої свободи, в якому автономна особистість себе проявляє і відтворює. Цінність такого правопорядку безумовна, тобто така, що не залежить від ситуаційно змінливих уявлень про умови досягнення щастя, благополуччя, успіху. Завдяки моральному обґрунтуванню права переборюються крайнощі індивідуалізму й етатизму, а відносини особистості і суспільства опиняються на твердому підґрунті *взаємного визнання* (курсив наш. – С.З.)»<sup>3</sup>. Отже, якщо врахувати існування позитивного і природного права, не позитивістська «теорія визнання» XIX ст., а синкретична «теорія подвійного визнання» може бути використана для пояснення автономії волі у міжнародному приватному праві.

Різні філософи та філософські течії є прихильниками власних уявлень, які, як правило, не тільки оригінальні, але й протилежні. Внаслідок дослідження різних філософських думок і

<sup>1</sup> Харт Х.Л.А. Концепція права. – К.: Сфера, 1998. – С. 103.

<sup>2</sup> Ципеліус Р. Філософія права: Підручник: Пер. з нім. – К.: Тандем, 2000. – С. 11.

<sup>3</sup> Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002. – С. 100.

теорій нам вдалося знайти зв'язок, поєднуючу ланку, зокрема, між позитивістським і природним уявленням про автономію волі. Таким зв'язком є теорія «подвійного визнання». Поняття визнання бере свій початок зі вчень Канта, тому проблема автономії волі пройшла три етапи розвитку: докантивський, кантівський та післякантивський періоди. Отже, автономія волі перед тим як зайняти місце одного з основних принципів міжнародного приватного права, пройшла довгий історичний шлях розвитку таких філософських ідей, як «свобода», «воля», «автономія». Автономія волі – це самозаконність волі. Відокремлювати автономію волі від «свободи волі», «свободи договору» неможливо. Також підкреслимо, що поняття автономії волі й угоди у філософському значенні є однорідними поняттями, зважаючи при цьому на те, що у міжнародному приватному праві ці інститути мають свої специфічні риси. Оскільки міжнародне приватне право традиційно вважають позитивним правом, теорія «подвійного визнання» пов'язує міжнародне приватне право з філософією права. На основі запропонованої вище періодизації та експлікації історії поняття свободи в філософії права, починаючи з 16 ст., можна побудувати періодизацію історії принципу автономії волі в міжнародному приватному праві.

**1.2.2. Історія питання «подвійного визнання»: voluntas et iusta Історія теорії «подвійного визнання» волі.** З історії філософії свободи волі можна зробити висновок про те, що XVI та перша пол. XIX ст. є перехідними в розумінні даної проблеми. Тому необхідно поставити питання про те, чи не виникає не тільки в XVI ст. (Дюмулен), а й у першій пол. XIX ст. у міжнародному приватному праві новий підхід до розуміння автономії волі, зокрема, чи не може вважатися таким підходом концепція осілості правовідношення Савіньї? Якщо взяти до уваги, що всього є три вихідних погляди для розв'язання проблеми автономії волі – в загальному розглянуті вище психологічна, раціоналістична та позитивістська, – то, відповідаючи на це питання, можна розглянути всю історію принципу автономії волі у міжнародному приватному праві. Орієнтиром при цьому є кантівська констатація того, що

автономія волі є вищим принципом моральності<sup>1</sup>, а точніше – «автономія волі є така властивість людини, завдяки якій вона сама для себе обирає закон (незалежно від будь-яких властивостей предметів воління)»<sup>2</sup>.

*Про періоди.* У міжнародному приватному праві таким предметом є або вільний вибір права, або проблема свободи договору. Наведена нижче періодизація, зважаючи на тему дослідження, стосується тільки першої частини предмета, тобто автономії волі у вузькому сенсі (*lex voluntatis*). При цьому маємо, щонайперше, взяти до уваги те, що принцип автономії волі з XVI ст. одержав право на існування в більшості національних правових систем, у тому числі й у нашій країні, а також те, що, незважаючи на викладене вище філософсько-правове пояснення визнання свободи (автономії) волі, питання про поняття автономії волі залишається дискусійним у доктрині міжнародного приватного права.

Історія принципу автономії волі має передісторію, яка, якщо абстрагуватися від магістра Альдріка (XII ст.) і болонської глоси Акурсія (XIII ст.), розпочинається в XIV ст. з теорії статутів Бартола. Тим більше така абстракція потрібна щодо римського права та права раннього Середньовіччя.

За переважаючою думкою, яку, зокрема, представляє В.І. Кисіль, «у Стародавньому Римі не існувало передумов для виникнення міжнародного приватного права. ... Відсутність колізійного методу регулювання у римському праві пояснюється тим, що міжнародне приватне право може бути створено лише тоді, коли існує повага до іноземного права ... . Шанування римськими юристами власного права викликало у багатьох з них зневагу права іноземного ... . У цьому зв'язку зазвичай цитують Цицерона, який у своєму трактаті "De oratore" (55 р.) зазначає: ... (Неймовірно, наскільки будь-яке інше цивільне право крім нашого, здається бруталним і майже смішним)»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Кант І. Собрание сочинений. – М., 1994. – Т. 4. – С. 219.

<sup>2</sup> Кант І. Собрание сочинений. – М., 1994. – Т. 4. – С. 219.

<sup>3</sup> Kalensky P. Trends of International Private Law. – Prague. – Academia

Отже, джерела римського права, використані під час становлення деяких правових систем Європи, майже не містили положень, які могли б стати відправними для розвитку колізійних норм та доктрини міжнародного приватного права»<sup>1</sup>. Звичайно, що проблема автономії волі в зазначеному контексті не могла існувати.

Те саме в цілому стосується і проміжку часу від падіння Стародавнього Риму (476 р.) до заснування школи права Ірнерія (школи глосаторів), а отже, Болонського університету (1088 р.), тобто з кінця V до кінця XI ст. та XII, XIII ст. В.І. Кисіль, цитуючи М. Вольфа, зазначає, що в цей час «можливо, іноді сторонам надавалося право вказувати не закон їхнього дійсного місця походження, а закон, за яким вони хотіли б вирішити спір. Це було першим відхиленням від принципу походження в бік принципу автономії волі»<sup>2</sup>.

Починаючи з XII ст., між північно-італійськими містами (Болонья, Модена та інші), поживляються мирні торгово-промислові стосунки, в яких, як громади цих міст, так і їх громадяни, характеризуються автономними ознаками. Це призвело до того, що болонські юристи починають ставити колізійні питання – статут якого міста потрібно застосовувати тоді, коли відносини складаються між громадянами різних міст, – і давати на них відповіді (Альдрік, Жак де Ревіньї, П'єр Бельперш, Чино да Пістойа, Альберік да Рошате і т.д.), при цьому проблема автономії волі в рамках колізійної проблеми ще не висувається. В цей час «вільний за природним правом був, по суті, рабом за правом церковним. Таке кричуще протиріччя повинно було отримати обґрунтування в нескінченних дискусіях про свободу волі. Звідси правомірно зробити висновок, що світські правники того часу цілком усвідомлювали протиріччя між природним,

---

Publishing House of the Czechoslovak Academy of Science. – 1974. – P. 47.

<sup>1</sup> Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 28.

<sup>2</sup> Вольф Марк Международное частное право / Под ред. проф. Л. А. Лунца. – М.: Гос. изд-во ин. лит., 1948. – С. 36.

цивільним і церковним правом. Вихід із цього протиріччя болонські юристи вбачали в незліченних нюансах опозиції «*Voluntas alia justa*» («з власної волі, у противному разі за законом»)<sup>1</sup>. Мета ж ортодоксальної схоластики полягала у тому, щоб спрямувати «добровільність» благочестивих парафіян у потрібне для церкви економічне русло»<sup>2</sup>.

Засновники сучасної доктрини міжнародного приватного права – італійці Бартол (1314-1357) та Бальд (1327-1400) – опозицію *voluntas alia justa* вирішили на користь закону, а не волі. Іншими словами, теорія статутів Бартола/Бальда містить систему колізійних прив'язок, але ще не знає принципу автономії волі (*lex voluntatis*). Останній буде сформульований тільки через більш, ніж сто років після смерті Бальда. Крім того, також ще не існувало, через панування схоластики, нових філософських аргументів для застосування принципу свободи волі в теорії статутів.

Отже, період передісторії поняття автономії волі у міжнародному приватному праві – це, якщо взяти до уваги виникнення теорії статутів, XIV, XV ст.ст., тобто останні століття Середньовіччя пізньої схоластики, а якщо розширити історичне поле за рахунок раннього Середньовіччя, то передісторія віддаляється до часу падіння Стародавнього Риму (кінець IX).

Тому пануючою думкою є констатація того, що виникнення теорії автономії волі пов'язано з необхідністю вирішення колізії між різними правовими системами, що виникає при регулюванні відносин з іноземним елементом. «Ще на зорі виникнення сучасного міжнародного приватного права, коли виникає проблема необхідності визначення права, яке застосовувалося у відносинах з іноземцями, цю проблему розв'язували на підставі деяких логічно обґрунтованих колізійних прив'язок ... Питання

---

<sup>1</sup> Kantorowicz H., Buckland W.W. *Studies in Glossators of Roman Law*. Cambridge: Univ. Pr., 1938. – P. 301.

<sup>2</sup> Цалін С.Д. *Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права*. – Х.: Основа, 1998. – С. 108.



про самостійний вибір сторонами права, яке застосовувалося, не виникало»<sup>1</sup>.

Початком першого періоду в історії автономії волі у міжнародному приватному праві можна вважати XVI ст., коли інтерес до вирішення колізійних питань перемістився з Італії у Францію. В основі того, що саме в цьому столітті і саме у Франції вперше юридично визначається поняття автономії волі, лежать перші історичні факти.

*По-перше*, оскільки автономія волі є не тільки філософською, а й психологічною проблемою, то потрібно врахувати історію психології, відповідно до якої «першу психологію написав Аристотель; він розглядав душу як «першу ентелехію», тобто як одушевлену основу (принцип) тіла з трьома основними здатностями – харчуванням, відчуттям і мисленням. І тільки на основі прогресу природничих наук у XVI ст. аристотелівська психологія, яка панувала в основному протягом усього середньовіччя, змінилася новою психологією, в центрі якої постало твердження про те, що причинність закономірно визначає духовне життя. Це механічне розуміння життя представляли Гоббс і Спіноза»<sup>2</sup>. Аристотелівсько-схоластична психологія не стала, як зазначено вище, основою для теорії статутів Бартола. Водночас нове каузальне розуміння психологічних процесів за Гобсом і за Спінозою (дати життя яких відповідно 1588-1679 та 1632-1677 роки) появилось уже після смерті в 1566 р. автора ідеї автономії волі у міжнародному приватному праві Шарля Дюмулена, що означає, що принцип *lex voluntatis* зароджується в той час, коли завершується термін існування старого психологічного погляду на автономію волі та починається новий механічний погляд. Зрозуміло, що як освічена людина свого часу, Ш. Дюмулен не міг не бути обізнаним з сучасними йому філософсько-психологічними на-

---

<sup>1</sup> Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве: Актуальные проблемы гражданского права. / Под ред. М.И. Брагинского. – М.: Статут, 1998. – С. 425.

<sup>2</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем. / Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 368.

пряма інтелектуальна думка, і тому психологічна концепція автономії волі, яку пропонує Дюмулен, мала містити елементи як старої, так і нової психології.

По-друге, той факт, що поняття автономії виникає у Франції, пояснюється надзвичайним багатоманіттям джерел французького цивільного права: у різних провінціях королівства діяло або римське право, або відокремлені кутюми, які протягом XV-XVI століть піддалися офіційному редагуванню. Тому не випадково у Франції в XVI ст. виникають імена двох видатних юристів Дюмулена і д'Аржентре, кожен з яких робить значний внесок у розвиток колізійної доктрини, а перший з них якраз і пропонує принцип автономії волі, який застосовується спочатку не до міжнародних, а до міжобласних колізій законів.

Такі загальні передумови погодженої позиції сучасних авторів, які пишуть про історію проблеми, яка нами аналізується, щодо витоків і авторства доктрини автономії волі в міжнародному приватному праві. Так, зокрема, Н.В. Тригубович зазначає, що «вперше думка про можливість вибору права, застосовного до договору, виникла в XVI ст., а її автором вважається французький юрист Шарль Дюмулен (du Moulin, Molinaeus (1500-1566)). В той час територіальне об'єднання Франції йшло набагато швидше законодавчого, і Дюмулен у своїй юридичній практиці стикався з суперечливими кутюмами різних провінцій Франції. Зауважимо, що сучасна Дюмулену практика, при визначенні статуту договору, вирішальним визнавала закон місця його укладення. Дюмулен уперше звернув увагу і на інші фактори. Для подолання колізії він рекомендував вносити в договір погоджену сторонами умову про застосування до договору кутюмів Парижа»<sup>1</sup>. Отже, Дюмулен з технічного погляду розглядає автономію волі як різновид більш загального поняття свободи договору.

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 15, 16.

*По-третє*, психологічна каузальність в позиції Дюмулена має форму об'єктивно визначеного прикріплення. Тому А.А. Рубанов говорить, що «автором ідеї про те, що право може *санкціонувати угоду* (виділення курсивом моє. – С.З.) про визначення закону, був французький юрист Ш. Дюмулен ... Тоді панувало уявлення, що всі норми права прикріплені до предметів матеріального світу (до речей або до людей). Було загальновизнано, що в залежності від цієї прикріпленості вони повинні (або не повинні) отримувати юридичне значення в іншій країні (або області). Велися постійні спори про те, яка норма права прикріплена і до якого саме предмету матеріального світу»<sup>1</sup>.

*По-четверте*, положення про об'єктивне санкціонування аналогічне поняттю об'єктивного визнання правопорядком відповідного виявлення волі. Так, А.А. Рубанов зазначає: «Вважаючи, що норма прикріплена до того, про що вона говорить, Ш. Дюмулен виділив особливу групу норм, у яких ідеться про сутність справи, яка впливає на судові рішення. Їх він поділив на два види. Перший «горкається того, що залежить від волі сторін, або того, що може бути ними замінене»<sup>2</sup>. Норми другого виду «розпоряджаються тим, що не залежить від волі сторін, а залежить тільки від влади закону»<sup>3</sup>. Звідси випливало, що існують явища, до яких сторони за своєю волею можуть прикріплювати норми тієї чи іншої країни (або області), і таке їхнє бажання *повинно отримати визнання* (курсив наш. – С.З.) повсюдно. Ця теорія відкрила можливість для юридичного санкціонування угод про визначення права, що належить до застосування, і, отже, для виникнення зворотного зв'язку між правом і суспільним відношенням»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 171.

<sup>2</sup> Caroli Molinaei Franciae et Germaniae celeberrimi jurisconsulti operum. Bruxelles, 1965. Vol. 4. – P. 7.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Рубанов А. А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 171.

З попереднього абзацу можна зробити висновок про те, що якщо врахувати, що воля як предмет юридичного регулювання містить три складових: а) дієва воля, тобто воля бажати вжити дії, які взагалі ведуть до волевиявлення, б) воля виявитися, тобто усвідомлення бажання здійснити через поведінку якінебудь правочинні виявлення і в) правочиновля, тобто в кінцевому рахунку виявлення має бути спрямоване на правовий результат<sup>1</sup> (таке розуміння внутрішньої волі (теорія волі) доповнюється поняттям виявлення (теорія волевиявлення)), – то при визначенні застосовуваного права думка Дюмулена зводиться до того, що «до договорів повинно застосовуватися право, яке мали на увазі сторони. Якщо із самого договору це право виявляється недостатньо явно, необхідно звертати увагу на обставини, при яких воля сторін була виявлена: важливо з'ясувати собі те право, яке було в думках контрагентів, те право, яке вони мали на увазі, хоча визначено його не назвали»<sup>2</sup>.

Іншими словами, як підсумовує А.Н. Макаров, «... у питаннях, що залежать від волі сторін, Дюмулен допускає вільний аналіз. Навпаки, у питаннях, що вирішуються владою закону, цей аналіз, на думку Дюмулена, не може мати місця, а вирішує всеціло питання про об'єкт статуту: тут Дюмулен користується термінами, які зустрічалися ще в XIV ст. у французького юриста Фабера, – поділом статутів на реальні й особисті, в залежності від того, чи є їхнім об'єктом річ або особа»<sup>3</sup>. Отже, існують такі життєві ситуації, коли за допомогою волевиявлення сторін визначається статут договору (застосовуване до договору право),

---

<sup>1</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем./ Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 1426, 1427

<sup>2</sup> Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. – Москва: Юридическое издательство Наркомъос та РСФСР, 1924. – С. 31.

<sup>3</sup> Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. – Москва: Юридическое издательство Наркомъос та РСФСР, 1924. – С. 31.

що означає ніщо інше, ніж той факт, що до нього можуть бути прикріплені норми матеріального права тієї чи іншої країни.

Отже, Дюмулен уперше пропонує розв'язувати колізійну проблему не на основі норм *jus cogens*, тобто примусових норм, а на основі норм *jus dispositivum*, диспозитивних норм, беручи до уваги, що згаданий поділ норм був відомий ще глосаторам. Отже, французький учений аргументує відхилення від імперативних принципів, надаючи сторонам можливість самостійно обирати те право, яке варто застосовувати до їх правовідносин з чужеземним елементом. Крім того, Дюмулен зробив ще один «важливий висновок, який нині подекуди отримав законодавче закріплення: якщо сторони не здійснили явно висловленого вибору, такий вибір є мовчазним і повинен впливати з обставин справи»<sup>1</sup>.

*По-н'яте*, не варто забувати, що в XVI ст. у Франції з'являється також теорія, яка заперечує автономію волі, тобто є її антитезою. Ідеться про етатистську теорію молодшого сучасника Дюмулена – Жана Бодена (1530-1596), якого вважають родоначальником етатистських концепцій права, детальніше розглянутих нами вище в тій частині, що стосується автономії волі. ««Перша ознака суверенітету, – писав він, – влада повинна видавати закони або командувати всіма взагалі і кожним зокрема, яка не може бути передана підданим»<sup>2</sup>. Право за своєю сутністю – це «поведінка суверена, що стосується всіх його підданих взагалі»<sup>3</sup>. Примітно, що він вважав право продуктом держави, але еманациєю конкретного монарха: «Закони, що виходять від суверена, хоча й спираються на міцні і життєві основи, не залежать ні від чого, крім одної його волі»<sup>4</sup>. Інакше кажучи, право він пов'язував у причинно-наслідковому плані тільки з монархом, а будь-який зв'язок права з підданими виключалася»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 93.

<sup>2</sup> Bodin J. Les six livres de la republique. Geneve, 1599. – P. 233.

<sup>3</sup> Bodin J. Les six livres de la republique. Geneve, 1599. – P. 216.

<sup>4</sup> Bodin J. Les six livres de la republique. Geneve, 1599. – P. 216.

<sup>5</sup> Рубанов А. А. Принцип автономии воли сторон // Международное

Погляди Ж. Бодена, як і Ш. Дюмулена дораціоналістичні, тобто їх основа психолого-емпірична, при цьому, починаючи з Ж. Бодена, який представляє крайню етатистську точку зору, етатистські концепції девальвують в напрямку позитивістських «теорій санкціонування», «теорій визнання» тощо. Якщо взяти за основу положення про те, «що стосується джерел метафізичного пізнання, то вже за самою суттю його поняття вони не можуть бути емпіричними. Отже, принципи цього пізнання (до яких належать не тільки основоположення метафізики, але й її основні поняття) ніколи не повинні бути взятими з досвіду, оскільки воно повинно бути пізнанням не фізичним, а метафізичним, тобто таким, що лежить за межами досвіду. Отже, в основі його буде лежати не зовнішній досвід, що слугує джерелом фізики у власному розумінні, ні внутрішній досвід, що складає основу емпіричної психології. Воно є, отже, апріорне пізнання, або пізнання із чистого розсудку і чистого розуму».

У другому періоді історії автономії волі психолого-емпіричне розуміння волі доповнюється раціоналістичним поглядом, який знаходить своє вираження і завершення в концепції «осілости правового відношення» Савіньї. Йдеться про XVII-першу половину XIX ст. Якщо взяти до уваги, що раціоналізм для міжнародного приватного права не пропонує, аж до Савіньї, нічого нового з погляду розвитку принципу автономії волі, а також те, що раціоналістична філософія свободи волі викладена нами вище, то досить одразу перейти від Дюмулена до Савіньї.

Погляд Савіньї на автономію волі ширший за погляд Дюмулена: в одній частині він повторює і збігається з психолого-емпіричною концепцією Дюмулена, а в іншій доповнює її, ґрунтуючись на раціоналістичній філософії, яка, однак, при цьому ним заперечується. Так, враховуючи, що принцип «автономії

---

частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 171, 172.

<sup>5</sup> Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем. / Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – С. 1426, 1427.

<sup>1</sup> Кант И. Собрание сочинений. – М., 1994. – Т. 4. – С. 17.

волі» визначається у праці Савіньї «Система сучасного римсько-го права» (1849 р.), «вчення Савіньї, – як наголошує Л.А. Лунц, – здійснило значний вплив на розвиток колізійного права у Західній Європі. Воно висунуло ідею вибору закону за волею сторін, як основу вирішення колізії за всіма видами договорів, як вихідний принцип не тільки в тому розумінні, що волею сторін вирішується в конкретному випадку вибір закону, але і в тому розумінні, що всі інші колізійні принципи, які застосовуються при відсутності вибору закону сторонами, знижуються в своєму значенні до ролі додаткових начал, до ролі презумпції волі сторін, коли вона не виражена в договорі»<sup>1</sup>.

Якщо взяти до уваги, що поняття правового відношення формується в рамках раціоналістичної концепції, а також те, що на думку Савіньї, кожне правовідношення «за своєю природою належить і підкорено певному правопорядку»<sup>2</sup>, тобто Савіньї використовує природно-правові поняття і термінологію, то прагнення правовідносин до «осілості», будучи вирішальним моментом для визначення застосовуваного права поряд із первинною концепцією автономії волі, є по суті раціоналістичним відносним обмеженням психолого-емпіричної автономії волі. В історичній ретроспективі абсолютним обмеженням психолого-емпіричної теорії волі була концепція божого походження права (схоластика), яка стримувала аж до XVI ст. застосування автономії волі в колізійному регулюванні, тоді, коли правовий позитивізм XIX і наступних століть є, з одного боку, абсолютним обмеженням автономії волі (встановлення законодавцем імперативних колізійних норм) а, з іншого, – відносним у тій частині, яка стосується визнання принципу більш тісного зв'язку та принципу автономії волі.

---

<sup>1</sup> Лунц М.А. Внешнеторговая купля-продажа. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 142.

<sup>2</sup> Корецкий В.М. Савиньи в международном частном праве // В.М. Корецкий. Избранные труды. – К.: Наукова думка, 1989. – Т. 1. – С. 83, 84.

Не тільки ідеї Дюмулена, але й Савіньї були прогресивними як колись, так і нині, принаймні обидва поняття використані в українському МПрП-Законі (ст.ст. 4 та 5).

У третьому сучасному періоді (друга половина XIX-XXI ст.ст.) має місце згадане вище позитивістське завершення оформлення принципу автономії волі, яка до того часу була пов'язана, в першу чергу, з іменами Дюмулена та Савіньї, а також Ж. Бодена та інших.

Історія правового позитивізму опирається на те, що в рамках раціоналістичної концепції була сформована «теорія волі», тоді як «з другої половини століття (XIX. – С.З.), однак, чиста в о л ь о в а т е о р і я (reine Willenstheorie) починає все частіше і частіше піддаватися сумніву і критиці. Розвиток інтенсивного, іноді навіть лихоманкового оберту починає відчувати цю теорію, як серйозну перешкоду. Все енергійніше і наполегливіше лунають голоси про те, що не можна ігнорувати інтереси ні в чому не винних контрагентів, не можна приносити в жертву індивідуальної помилки або описці увесь хід цивільного обороту з його безперервним розвитком ділових відносин. Кожен має право довіряти волевиявленням інших, покладатися на них, як на щось серйозне і реальне. З іншого боку, кожен повинен нести на собі відповідальність за всі свої дії, за всі свої волевиявлення, за своє не тільки «бути», але й «видаватися»<sup>1</sup>. І під впливом цих ідей «вольовій теорії» була протиставлена «теорія виявлення» (Erklärungstheorie), або «теорія довіри» (Vertrauenstheorie), або ще інакше, «теорія обігу» (Verkehrstheorie): договір повинен визнаватися дійсним і непорушним»<sup>2</sup>. «Теорія волевиявлення» є новим способом пояснення автономії волі, в основу якого покладено поняття правочину. У міжнародному приватному праві це виражається в тому, що усталюється погляд на форму автономії волі. Йдеться про те, що автономія волі повинна виражатися за допомогою відповідної угоди (правочину).

<sup>1</sup> Ср. N e u b e c k e r. Haftung für Wort und Werk. 1910. – С. 27

<sup>2</sup> Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – С. 246, 247.



Починаючи з середини XIX ст. появляються різні позитивістські погляди на автономію волі, які традиційно діляться на «етатистські» й «автономістські». Зокрема, про автономію волі у міжнародному приватному праві писали такі автори: Д. Мейер, Манчіні, А. Мандельштам, М.І. Брун, Нідерер, Дж. Біль, Баєрфільд, Батіфоль, Дж. Чешир, Р. Вентруаб, Р. Еренцвейг, М. Седлер, П. Гото, М. Калєб, М. Вольф, Л.А. Лунц, А.А. Рубанов, А.Л. Маковський, М.М. Богуславський, А.Г. Філіпов, Н.В. Тригубович, Д.К. Мосс, А.Б. Покровська та інші. Зважаючи на те, що в цілому і загалом «автономістські» й «етатистські» теорії охарактеризовані нами вище, далі ми тільки на своєму місці використовуємо в рамках запропонованої нами концепції «подвійного визнання» ті чи інші положення згаданих авторів.

\*\*\*\*

Якщо підсумувати розгляд даного питання, то впливають такі висновки.

По-перше, історія принципу автономії волі ґрунтується на такій періодизації: передісторія (XIV, XV ст.ст.); перший період – виникнення психолого-емпіричного принципу автономії волі, Дюмулен (XVI ст.); другий період – раціоналістичне доповнення принципу автономії волі (принцип більш тісного зв'язку), Савіньї (XVII-перша половина XIX ст.); третій сучасний період – позитивістське завершення оформлення принципу автономії волі, «етатистські» й «автономістські» концепції автономії волі (друга половина XIX-XXI ст.ст.).

По-друге, автономія волі Дюмулена тісно пов'язана з історією психології та є дораціоналістичним психолого-емпіричним поняттям. Воля Дюмуленом сприймається як вільна воля звичайної емпіричної людини, яка звільняється з пут релігійного світоспоглядання та поступово набуває ознак творчої свободи. Ця свобода може бути обмежена розумом, тобто гіпостазованим детермінізмом природних сил, або державою у формі санкціонування, визнання тощо волі сторін.

По-третє, принцип осілості правового відношення Савіньї, який після цього має різноманітні форми, наприклад, принципу тісного зв'язку, принципу набутих прав, принципу ліпшого і

гіршого права тощо, за своєю суттю є, як розумна воля, корелятом загальної волі Дюмулена, тобто раціоналістичним доповненням психолого-емпіричного принципу автономії волі. Розумна воля розуміється не як воля людини, поведінка якої звичайна, а як абстрактна воля, яка визначається логічним шляхом суддею, зокрема при визначенні права, яке має регулювати відносини з іноземним елементом.

По-четверте, держава не може прямо впливати на формування вільної волі людини, однак вона може це здійснити опосередковано через проблему волевиявлення, яке покладено в основу поняття правочину. Загальним способом такого впливу є позитивне санкціонування, визнання тощо, внутрішньої вільної волі людини, яка тим чи іншим способом проявляється. У міжнародному приватному праві, наприклад, визнання має форму, з одного боку, принципу автономії волі, а з іншого – принципу більш тісного зв'язку. У широкому сенсі таке визнання охоплює також установлення визначених колізійних норм.

Отже, джерелом автономії волі є визнана державою свобода індивіда обирати право, що буде регулювати його відносини з іноземним елементом. Тобто, держава вирішує завдання про обсяг і обмеження автономії волі, зокрема і питання про те, чи не можна обмежити автономію волі в тій чи іншій правовій сфері повністю. Автономія волі є особливою диспозитивною нормою міжнародного приватного права, на відміну, з одного боку, від такої самої невизначеної, як і автономія волі, колізійної норми, яка називається принципом більш тісного зв'язку, а з іншого – від імперативної колізійної норми, яка має визначену колізійну прив'язку.

Автономія волі - загальновизнаний сьогодні принцип національного міжнародного приватного права, суть якого полягає в тому, що за складову правопорядку визнається право сторін вільно обирати право, яке має регулювати відносини з іноземним елементом.

По-п'яте, не тільки автономії волі властивий “вольовий” елемент, а й принципу більш тісного зв'язку та визначеній колізійній нормі. Однак воля в першому випадку є загальною та

суб'єктивною, ув другому – раціональною та суб'єктивною, а в третьому – об'єктивною, яка визнає існування суб'єктивної волі сторін. У міжнародному приватному праві, як у колізійному праві, така суб'єктивна воля оформлюється угодою про вибір права. За своєю метою автономія волі є лише іншим способом попередження колізій законів, ніж установлення визначених колізійних прив'язок і визначення застосовуваного права на основі принципу більш тісного зв'язку.

По-шосте, оскільки теорія волі, враховуючи також теорію волевиявлення, історично виникла раніше, ніж теорії інтересу і оцінки, а сучасне міжнародне приватне право розвивається спочатку і до сьогодні в основному в рамках першої теорії, то цим вона повністю опанувала це право, а інші дві мають доповнюоче значення, зокрема й тоді, коли розв'язується проблема вільного вибору права. Та якщо вільний вибір права традиційно вирішується за допомогою принципу автономії волі, то, ґрунтуючись на першій теорії, його вирішення може бути уточнене, враховуючи теорії інтересу й оцінки при їх застосуванні у міжнародному приватному праві.

По-сьоме, міжнародне приватне право при вирішенні питання про автономію волі має користуватися «теорією визнання», або якоюсь іншою позитивістською теорією. У такому випадку міжнародне приватне право буде лише позитивістською доктриною, що є, на наш погляд, суттєвим недоліком. виправити його можна, якщо враховувати історію автономії волі, в якій, крім позитивістського періоду, є ще психолого-емпіричний і, особливо, раціоналістичний періоди. Таким врахуванням є конструкція «подвійного визнання», тобто, з одного боку, позитивістського визнання, а з іншого – або загального (Дюмулен), або розумного визнання (Савіньї). Схема цієї конструкції виражається не тільки старою формулою *voluntas alia justa*, а й новою – *voluntas et justa*, тобто і воля і правопорядок є вихідними точками для взаємовизнання.

**1.2.3. Порівняльна тенденція повсюдного визнання автономії сторін.** Використовуючи термін визнання в загальному значенні, можна здійснити порівняння вирішення автономії волі

у вузькому колізійному сенсі в різних правопорядках з погляду визначення тенденції сучасного міжнародного приватного права, узявши за структуру цього пункту, з одного боку, дві крайні точки – невизнання і визнання автономії волі, а, з іншого боку, – поділ, запропонований Я. Крофоллером<sup>1</sup>, а саме: поняття, обсяг, виправдання, в т.ч. легітимація, обмеження автономії волі, однак поняття як обсягу, так і обмеження, ми ділимо на дві частини. Обсяг можна розділити на обсяг застосування і коло правопорядків країн, між якими можливий вибір права, а обмеження – на обмеження статуту автономії волі сторін і обмеження територіальної сфери дії норм про автономію волі.

Невизнання автономії волі у міжнародному приватному праві досить рідкісне, випадкове та ситуативне. Йдеться, насамперед, про ситуацію, яка склалася в Латинській Америці. Так, зокрема, в Кодексі міжнародного приватного права, прийнятому в Гавані 20 лютого 1928 р. на VI Міжнародній американській конференції, який вступив у силу 25 листопада 1928 р. (Кодекс Бустаманте), поняття автономії волі як принцип колізійного регулювання прямо не формулюється, а з інтерпретації ч. 1 та 2 ст. 184: «Договори повинні тлумачитися за загальним правилом, згідно із законом, який їх регулює».

Але якщо цей закон оспорується і повинен впливати із мовчазно вираженої волі сторін, законодавство, визначене на цей випадок статтями 185 і 186, буде застосовуватися в якості такого, що презюмується, навіть якщо це рішення призведе до застосування до даного договору закону, який відрізняється від результату тлумачення волі сторін»<sup>2</sup> та п. 3 ч. 1 ст. 3, який виділяє таку групу правил стосовно здійснення цивільних прав, як: «застосовувані тільки за виявлення, тлумачення або презумпції волі сторін або одної з сторін; вони називаються нормами авто-

---

<sup>1</sup> Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 268-276.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 769.

номними (*voluntaris*) або приватного порядку» автономія волі все ж таки побічно визнається у конклюдентній формі, зважаючи на слова «впливати із мовчазно вираженої волі сторін». Як приклад відсутності в національному законодавстві правового регулювання автономії волі можна навести Вступний закон 1942 р. до ЦК Бразилії.

Для більшості інших країн, у т.ч. і латиноамериканських, якщо взяти до уваги, наприклад те, що положення ст. 7 Міжамериканської конвенції про право, застосовуване до договірних зобов'язань «являють собою кардинальну зміну позиції доктрини і судової практики країн Американського континенту, адже протягом ста років принцип автономії волі у виборі застосовного до договору права ними не визнавався»<sup>1</sup>, – сьогодні є характерним визнання автономії волі. Отже, в цілому можна говорити про тенденцію в розвитку міжнародного приватного права, відповідно до якої визнання автономії волі стає повсюдним. Зважаючи на те, що автономія волі може бути викладена в законах про міжнародне приватне право різними способами, однак при цьому формулюється не завжди як звичайна колізійна норма, яка має як обсяг, так і прив'язку, то, розглядаючи визначення автономії волі в різних країнах, можна сформулювати умовну (гіпотетичну) колізійну норму.

Принцип автономії волі, в історико-компаративістському аспекті, ґрунтується на згаданій вище ст. 1134 ЦК Франції, згідно з якою договір є законом для сторін. Зважаючи на те, що правочин про вибір права двосторонній, тобто є договором, то, отже, його відповідна частина, в якій ідеться про цей вибір, також є законом для сторін, який визнається правопорядком.

*Про поняття автономії волі.* Поняття автономії волі в загальній формі викладене нами вище, коли йшлося про термінологію, яка застосовується для позначення проблеми автономії волі: приватна автономія, автономія сторін, вільний вибір права.

---

<sup>1</sup> Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 265.

Якщо взяти до уваги, що автономія сторін і вільний вибір права синоніми, то вибір права можна розділити на дві частини: прямий (категоричний або мовчазний, чи конклюдентний) вибір права і непрямий вибір права<sup>1</sup>. Наприклад, у німецькому колізійному праві «сторони можуть прямо (-категорично. – С.З.) вказати в договорі, право якої країни вони обирають (наприклад: «Діє німецьке право»)<sup>2</sup>. Можливий також і мовчазний вибір. Це повинно впливати з достатньою визначеністю «із норм договору або обставин справи» (ст. 27, абз. 1, реч. 2 Вступного закону до німецького ЦК), включаючи і другорядні (такі, як валюта, мова, місце укладення договору). Мовчазний вибір права визначають зазвичай і за юрисдикцією суду або арбітражу (вираз «юрисдикція міста Гамбурга» означає мовчазний вибір німецького права, а вираз «будь-який спір підлягає розгляду арбітражем у Лондоні» означає мовчазний вибір англійського права»<sup>3</sup>. Іншим прикладом категоричного та мовчазного виразу автономії волі є ст. 968 ЦК Ірану (1928-1936 рр.): «...якщо сторони не підпорядкували зобов'язання прямо у виражений або такий, що мається на увазі спосіб, якому-небудь іншому закону»<sup>4</sup>.

Непрямим вибором права є «вільне рішення поміж двома колізійними прив'язками (наприклад, між двома можливими місцями дії), якщо від цього рішення залежить авторитетність

---

<sup>1</sup> Kropholler Jan Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Mohr, 1997. – S. 269.

<sup>2</sup> Кох Х., Магнус У., Винеклер фон Моренсфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр.наук Ю. М. Юмашева. – М.: Международные отношения, 2001. – С. 144.

<sup>3</sup> Кох Х., Магнус У., Винеклер фон Моренсфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр.наук Ю. М. Юмашева. – М.: Международные отношения, 2001. – С. 144.

<sup>4</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 302.

одного чи іншого правопорядку»<sup>1</sup>. Такий непрямий вибір права можна назвати конкуренцію колізійних прив'язок.

*Про обсяг застосування автономії волі.* Обсяг застосування автономії волі в широкому сенсі можна розділити на формальну та змістовну сферу дії автономії волі. Формальна сфера дії автономії волі в різних країнах стосується гіпотези колізійної норми, а змістовна – її диспозиція, і, тобто, відповідна колізійна норма може бути визначена двома способами: прямим через визначення обсягу автономії волі, або опосередкованим через її обмеження. у першому випадку визначається обсяг застосування автономії волі за допомогою переліку статутів, у яких автономія волі застосовується, а також додатково враховується визначення статуту автономії волі, наприклад, у рамках договірного статуту – визначення сфери дії автономії волі щодо договору. У другому випадку також ідеться про два способи обмеження автономії волі.

*Про перелік статутів, у яких застосовується автономія волі.* Якщо порівняти нормативні акти різних країн про міжнародне приватне право, то можна зробити висновок про те, що до умовного переліку статутів, в яких застосовується автономія волі, завжди відноситься договірний (зобов'язальний) статут, а також, практично всі інші статuti, зокрема речовий, сімейний, спадковий та інші.

У більшості країн світу, за винятком України (ч. 1 ст. 5 МПРГІ-Закону), автономія волі, якщо вона визначається в загальній частині законів про міжнародне приватне право, формулюється не в прямій, а в опосередкованій формі шляхом обмеження обсягу застосування автономії волі, при цьому обмеження є не формальним, а змістовним, тобто таким, що стосується в цілому сфери дії, або, іншими словами, – правових наслідків застосування автономії волі (наприклад, § 11 федерального за-

---

<sup>1</sup> Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 269.

кону Австрії «Про міжнародне приватне право», в якому йдеться про відношення автономії волі і зворотного відсилання).

Прикладом застосування автономії волі в договірному статуті може бути § 24 глави V «Зобов'язальне право» Указу Угорщини (1979 р. №13) «Про міжнародне приватне право»: «До договорів застосовується право, вибране сторонами при укладанні договору або пізніше»<sup>1</sup>. Стаття 32 Закону Польщі «Про міжнародне приватне право» (1965 р.): «Сторони можуть підкорити трудові відносини вибраному ними праву, якщо воно має зв'язок з цими відносинами»<sup>2</sup>, є прикладом застосування автономії волі у трудовому статуті.

Досить рідко застосовується автономія волі в речовому статуті. Як приклад, можна навести зміст ч. 2 ст. 39 МГПЗ-Закону: «Право, яке застосовується до виникнення та припинення права власності та інших речових прав, що є предметом правочину, визначається відповідно до частини першої цієї статті, якщо інше не встановлено за згодою сторін. Вибір права сторонами правочину не зачіпає прав третіх осіб»<sup>3</sup>. Автономія волі застосовується і у сфері інтелектуальної власності, наприклад, до договорів у галузі інтелектуальної власності, ускладнених іноземним елементом «сторони вправі обирати застосовуване право»<sup>4</sup> згідно ст.122 федерального закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» (1987 р.).

Можливість реалізації автономії волі в сімейному статуті надається ст. 52 федерального закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право» (1987 р.): «Режим майнових відносин між

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 234.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 475.

<sup>3</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

<sup>4</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 652.



подружжям визначається за правом, вибраним подружжям»<sup>1</sup>. На спадковий статут також може розповсюджуватись автономія волі. Підтвердженням цього є ст. 1044 Кодексу про осіб і сім'ю Буркіна-Фасо (1989 р.): «Особа може вказати для регулювання в цілому спадкування після нього на закон якої-небудь держави; ця вказівка має дію, тільки якщо особа на момент смерті володіла громадянством цієї держави або мала там своє місце проживання»<sup>2</sup>.

*Про поділ усередні статутів.* Якщо детальніше зупинитися на аналізі договірної статуту, в якому автономія волі допускається майже в усіх країнах світу, з точки зору визначення формальної сфери дії автономії як обсягу її застосування, тобто, іншими словами, – визначення гіпотези умовної колізійної норми про автономію волі, то аналогами ст.ст. 32. Зміст правочину та ст. 33. Сфера дії права, що застосовується до правочину, українського МПрП-Закону, є, наприклад, ст. 9 закону Північної Кореї «Про колізії» (1962 р.): «Стосовно здійснення і наслідків юридичних дій застосовуваний закон визначається наміром сторін. Однак, якщо намір сторін не є очевидним, таким, що є визначеним є закон місця дії»<sup>3</sup>, а також ч. 1 ст. 69 закону Румунії № 105 «Стосовно до регулювання відносин міжнародного приватного прав» (1992 р.): «Умови сутності змісту односторонньої правової угоди встановлюються законом, обраним особою, яка її вчиняє» та ст. 81 цього ж закону: «Сутність і дійсність по суті угоди сторін про застосовуване право до договору визначається законом, який вибрали сторони»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 638.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 196.

<sup>3</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 714.

<sup>4</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство /

Статті 43. Вибір права за згодою сторін та 47. Сфера дії права, що застосовується до договору, вітчизняного МПрП-Закону, можна порівняти відповідно із ст. 25 Глави 2. «Міжнародне приватне право» Цивільного кодексу Греції від 1940 року: «Відносини за договором визначаються за правом держави, якому вони підкорились»<sup>1</sup> та ст. 64 закону № 2675 «Про міжнародне приватне право і міжнародний цивільний процес» Туреччини (1982 р.): «Право, що застосовується до договору, регулює, зокрема:

1. його існування;
2. його дійсність;
3. його тлумачення;
4. виконання зобов'язань, що впливають із нього;
5. наслідки повного або часткового невиконання зобов'язань, включаючи розрахунок збитків і способи відшкодування;
6. різні способи припинення зобов'язань, як і їх давність, засновану на впливі строків;
7. наслідки недійсності договору.

Порядок виконання і заходи, що належать до застосування кредитором у випадку відсутності виконання, регулюються правом держави, в якій вони дійсним чином застосовуються»<sup>2</sup>.

Окремою проблемою є поєднання автономії волі і розщеплення договірної статуту, прикладом чого може бути п. 4 ст. 1210. Вибір права сторонами договору Розділу IV. Міжнародне приватне право Частини третьої ЦК РФ: «Сторони договору

---

Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 504.

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 292.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 570.

можуть вибрати право, що підлягає застосуванню, як для договору в цілому, так і для окремих його частин»<sup>1</sup>.

Отже, в колізійному регулюванні прийнято не тільки в цілому визначати в яких статутах визнається автономія волі, але й конкретизується сам по собі статут автономії волі, в т.ч. через проблему розщеплення статуту.

*Про коло правопорядків країн, поміж яких можливий вибір права.* Сферу дії автономії волі можна визначити не тільки формально, але й змістовно через встановлення кола правопорядків, між якими можливий вибір права. «Як відомо, в законодавчій практиці іноземних країн вибір права сторонами або нічим не обмежений, або обмежений певними правопорядками»<sup>2</sup>. Крім того, правопорядок може розумітися в широкому сенсі, як такий, що включає норми, які прийнято називати «м'яким правом» («*soft law*»), *lex mercatoria* тощо.

Статтю нормативного акту про міжнародне приватне право можна інтерпретувати як таку, що не обмежує вибір певними правопорядками тоді, коли в ній відсутнє застереження про таке обмеження, наприклад, так сформульована ст. 145. Загальних положень цивільного права Китаю (1986 р.): «Сторони за договором, що регулює відносини, пов'язані із закордоном, можуть самі обрати право, що застосовується для регулювання спорів, пов'язаних з договором, якщо законом не встановлене інше»<sup>3</sup>.

Прикладом обмеженого вибору права є ст. 1-105 Одноманітного Торгового Кодексу США: «... у випадках, коли угода має розумний зв'язок з даним штатом, в також з іншим штатом або державою, сторони можуть погодитися про застосування до їхніх прав і обов'язків права або даного, або іншого штату чи

---

<sup>1</sup> ЦК РФ // Международное частное право. Сборник нормативных актов / Сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд., исп. и доп. – М.: ТК Велби, Узд-во Проспект, 2004. – С. 162.

<sup>2</sup> Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 293.

<sup>3</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 369, 370.

держави»<sup>1</sup> або ст. 41 ЦК Португалії (1966 р.): «Вказівка або відсилання сторін може, тим не менше, розповсюджуватись тільки на закон, застосовуваність якого відповідає якому-небудь берйозному інтересу заявників або який знаходиться у зв'язку з яким-небудь із елементів правової угоди, що заслуговує на увагу в сфері міжнародного приватного права»<sup>2</sup>. У першому випадку обмеження є «розумний зв'язок із штатом», а в другому – «серйозний інтерес заявників» і зв'язок закону з яким-небудь із елементів правової угоди.

Правопорядок розуміється в широкому сенсі як такий, що охоплює, зокрема, положення *lex mercatoria*, наприклад, відповідно до ст. 31. Закону Венесуели «Про міжнародне приватне право» (1998 р.): «Крім встановленого в попередніх статтях, застосовуються, коли треба, норми, звичаї і принципи міжнародного торгового права, рівно як і загальновизнані комерційні узвичаєння і практика з наміром дотримання вимог, які накладаються правосуддям і справедливістю при вирішенні конкретної справи».

*Про легітимацію автономії волі.* Легітимацією автономії волі є її визначення як колізійної норми-принципу, як правило, не в загальній частині нормативного акту про міжнародне приватне право, а в рамках такої складової зазначеного акту, як договірне (зобов'язальне) право, або визначення як колізійної прив'язки *lex voluntatis*, яка доповнює головну складову прив'язки двосторонньої колізійної норми.

Що стосується першого, то характерними є ст. 41. Зобов'язання, що впливають із правових угод ЦК Португалії: «Зобов'язання, що впливають із правових угод, як і її власне зміст, регулюється законом, який відповідно вказали або мали

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 530.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 484.

на увазі сторони»<sup>1</sup> або ст. 24 турецького закону «Про міжнародне приватне право і міжнародний цивільний процес»: «Договірні зобов'язання підпорядковуються праву, явно вибраному сторонами»<sup>2</sup>.

Автономія не як принцип, а як колізійна прив'язка *lex voluntatis*, формулюється, наприклад, в ч. 1 ст. 569 ЦК УРСР, що містила типову фразу «... якщо інше не встановлене погодженням сторін»<sup>3</sup>, або в ч. 1 ст. 19 ЦК Єгипту 1948 р.: «Договірні зобов'язання регулюються законом місця проживання, коли воно є спільним для обох сторін, що домовляються, і, у відсутності спільного місця проживання, законом місця, де договір був укладений. Все це діє, якщо тільки сторони не домовляться або якщо із обставин не випливає, що повинен застосовуватись інший закон»<sup>4</sup>.

*Про виправдання автономії волі.* Як зазначає Я. Крофоллер, «внутрішнє (правополітичне) виправдання вільного вибору права полягає почасти в старому принципі «*in dubio libertas*» (у випадку сумніву – свобода. – С.3.): якщо законодавець не може зважитися на змушення учасників до певного статуту (через встановлення прив'язки, яка не підлягає маніпулюванню) або взагалі до припису прив'язки, то він надає їм свободу непрямого або прямого вибору»<sup>5</sup>. Прикладом такого застосування виправ-

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 484.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 580.

<sup>3</sup> Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 року: текст із змінами і доп. станом на 1 липня 1998 р. – Ужгород: «ІВА», 1998. – С. 157.

<sup>4</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 296.

<sup>5</sup> Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 271.

дання може слугувати інтерпретація ст. 28 (Порядок застосування по відношенню комерційних справ) Закону Північної Кореї «Про колізії» (1962 р.): «Питання, які стосуються комерційних справ, якщо інше не передбачене в даній главі, регулюються комерційними звичаями, а якщо звичаї відсутні, використовуються застосовуваний закон, що стосується цивільних справ»<sup>1</sup>. Сумнів щодо наявності або змісту звичаю в даному випадку буде усунений як шляхом політико-правового виправдання вільного вибору права, так і шляхом застосування згаданої вище ст. 9 цього ж закону.

Поняття сумніву застосовується і в дещо іншому значенні, наприклад, у ст. 11. Вибір права Загальних положень закону Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» (1996 р.): «Вибір права сторонами не розповсюджується, у випадку сумніву, на відсильні норми вибраного правопорядку». Тут сумнів має значення вирішення питання про прийняття або відхилення зворотного права при виборі права.

*Про обмеження статуту автономії волі.* Наведений вище розгляд проблеми дозволяє зробити висновок про те, що поза рамками обсягу застосування автономії волі в різних країнах можуть бути особистий статут, часто – речовий та спадковий статут. У деяких країнах сімейний статут також є винятком з обсягу застосування автономії волі. Таке обмеження формальне, тоді як обмеження може бути також змістовним.

*Про обмеження територіальної сфери дії норм про автономію волі.* Змістовним є обмеження територіальної сфери дії норм про автономію волі. Характерна його ознака – незастосування іноземного права в силу тієї чи іншої причини: через зворотне відсилання, обхід закону (*fraus legis*), застереження про публічний порядок та дію імперативних норм вітчизняного правопорядку. Всі ці причини є змістовними умовами незастосування автономії волі у міжнародному приватному праві, які при-

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 718.

зводять до того, що сфера дії автономії волі, по суті, обмежується територією України або територією тієї країни, застосування правових норм якої не буде порушенням вітчизняних норм про згадані вище обмеження автономії волі.

Відношення автономії волі і зворотного відсилання може бути виражене або через їх прямий зв'язок в одній статті закону, наприклад, у § 11 федерального закону Австрії «Про міжнародне приватне право» 1978 року, який називається «Вибір права». В абз. 1 цього параграфу автономія волі формулюється в негативній формі, шляхом поєднання двох проблем: цієї проблеми та проблеми зворотного відсилання: «Вибір права сторонами не розповсюджується, у випадку сумніву, на відсилочні норми вибраного правопорядку»<sup>1</sup>. Крім того, в абз. 2. цього параграфу, на відміну від ч. 2 ст. 5 МПРП-Закону, де вживається вираз «... явно вираженим або прямо впливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи...»,<sup>2</sup> використовується лаконічне й абстрактне поняття «конклюдентний вираз»<sup>3</sup>. Пункт 3 цього параграфу, як і ч. 5 українського закону, можуть бути зрозумілі, якщо для їх аналізу використати поняття *ex tunc* (зворотно діючий) та *ex nunc* (віднині діючий): особливо важливий цей момент є для австрійського закону, де нечітко визначено правове положення третьої особи після наступного вибору права з погляду нанесеної шкоди. На підставі українського закону зробити це легше, оскільки в ньому ці поняття виражені: «... вибір прав або заміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотну дію (*ex tunc*) і є дійсними з моменту вчинення правочину (на перший погляд це *ex nunc*, хоча насправді це *ex tunc*)»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 159.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

<sup>3</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 160.

<sup>4</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство /

Якщо взяти до уваги, що § 11 австрійського закону доповнюється § 5, який називається «Зворотне і наступне відсилання», то аналогічна правова ситуація є в Ліхтенштейні, де формулювання ст. 5. Відсилка до матеріальної норми; зворотне відсилання Загальних положень закону Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право»: «Якщо визначене іноземне право, то застосовуються його матеріальні норми (правові норми, за винятком відсилочних норм). Це [правило] не діє, якщо відсилочні норми іноземного права оголошують визначеним ліхтенштейнське право; в цьому випадку застосовуються матеріальні норми ліхтенштейнського права (зворотне відсилання)»<sup>1</sup> доповнюється положеннями ст. 11, яка подібна до положень про поєднання автономії волі та зворотного відсилання § 11 згаданого вище австрійського закону. Подібно вирішується ситуація і в Чехії (§ 9. Вибір права та § 35. Зворотне відсилання і відсилання до закону третьої держави).

Якщо в австрійському, ліхтенштейнському чи чеському колізійному законі маємо накопичення норм щодо автономії волі і зворотного відсилання, оскільки існує, крім синкретично сформульованої норми про автономію волі, також спеціальна норма про зворотне відсилання, то у відповідних законах інших країн проблеми автономії волі та зворотного відсилання логічно об'єднуються в рамках єдиної системи нормативного акта про міжнародне приватне право, наприклад, ст. 14 та ст. 116 федерального закону «Про міжнародне приватне право» Швейцарії.

Відношення автономії волі і обходу закону часто формулюється в статті про обхід закону. При цьому формулювання відповідного положення може бути абстрактним, наприклад, ст. § 8 (1) Указу Угорщини № 13 «Про міжнародне приватне право» (1979 р.): «Не може застосовуватись іноземне право в тому випадку, коли воно прив'язується до іноземного елемента, створе-

---

Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 159.

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 406, 407.



ного сторонами штучно або шляхом симуляції з метою обходу іншим шляхом застосовуваної норми закону (обманна прив'язка)»<sup>1</sup> чи ст. 21 «Обхід закону» ЦК Португалії (1966 р.): «При застосуванні колізійних норм не враховуються фактичні склади і права, що створені з обманним наміром обійти застосовуваність того закону, який в інших обставинах був би компетентним»<sup>2</sup>, – а може бути конкретнішим, наприклад, 1 реч. ч. 1 ст. 10. МПрП-Закону: «1. Правочин та інші дії учасників приватно-правових відносин, спрямовані на підпорядкування цих відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними».

Застереження про публічний правопорядок, як правило, не формулюється в одній статті із автономією волі. Зв'язок автономії волі із застереженням про публічний порядок найчастіше виражається логічним шляхом. Так, негативне застереження про публічний порядок ст. 3 Глави 2. Міжнародне приватне право ЦК Греції: «Положення іноземного права не застосовуються, якщо його застосування суперечить добрим звичаям або в цілому публічному порядку»<sup>3</sup> кореспондується із ст. 25. Зобов'язання із договору, в якій формулюється принцип автономії волі. А ось аналогічне застереження із п. 1 ст. 16 Закону Італії № 218 «Реформа італійської системи міжнародного приватного права» (1995 р.): «Іноземне право не застосовується, якщо наслідки його застосування суперечать публічному порядку»<sup>4</sup> спів-

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 231.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 480.

<sup>3</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 292.

<sup>4</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 326.

відноситься із відповідним положенням Римської конвенції від 19 червня 1980 року «Про право, застосовуване до договірних зобов'язань», відсилання до якої зроблено в ст.57 італійського закону (це ст. 3 конвенції).

Позитивно сформульоване застереження про публічний порядок, яке досить рідко зустрічається, крім Франції: ст. 3 ЦК Франції – «Законои, що стосуються благоустрою (police) і безпеки, обов'язкові для всіх, хто проживає на території [Франції].

Нерухомість, навіть та, якою володіють іноземці, підпорядковується французьким законам.

Законои, що стосуються громадянського стану і здатності [право- і дієздатність] осіб, розповсюджуються на французів, навіть тих, що знаходяться в іноземній державі» та ст. 6 ЦК Франції: «не можна порушувати приватними угодами законои, що зачіпають суспільний порядок і добрі звичаї»<sup>1</sup> є за своєю суттю обмеженням уже згаданого вище положення про те, що договір, тобто погоджена автономна воля сторін, є для них законом (ст. 1134).

Автономія волі, як проблема, тісно пов'язана із іншою проблемою міжнародного приватного права – дією імперативних норм. Підтвердженням цього є п. 5 ст. 1210. Вибір права сторонами договору Розділу IV. Міжнародне приватне право Частини третьої ЦК РФ: «Якщо із сукупності обставин справи, що існували на момент вибору права, що підлягає застосуванню, впливає, що договір реально пов'язаний тільки з однією країною, то вибір права іншої країни не може зачіпати дію імперативних норм країни, з якою договір реально пов'язаний»<sup>2</sup>. Крім того, в російському ЦК є ст. 1192, яка безпосередньо стосується застосування імперативних норм, та яка є іншим аспектом проблеми відношення імперативних норм і автономії волі. Анало-

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 594.

<sup>2</sup> ЦК РФ // Международное частное право. Сборник нормативных актов / Сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд., исп. и доп. – М.: ТК Велби, Узд-во Проспект, 2004. – С. 6.

гом російської ст. 1192 є, наприклад, ст. 10 закону Венесуели «Про міжнародне приватне право»: «Незалежно від передбаченого в даному законі, в обов'язковому порядку застосовуються імперативні положення венесуельського права, які були прийняті для регулювання обставин справи, пов'язаних з різними правовими системами»<sup>1</sup>.

Попередня проблема відношення автономії волі і дії імперативних норм межує із проблемою відношення автономії волі та принципу більш тісного зв'язку. Згадана вище ст. 25 ЦК Греції: «Відносини за договором визначаються за правом держави, якій сторони підкорились. У відсутності цього застосовується право держави, яке, із урахуванням особливих обставин, є для договору належним»<sup>2</sup>, є класичним вираженням поєднання автономії волі і принципу найбільш тісного зв'язку в міжнародному приватному праві. Принцип більш тісного зв'язку може також бути способом обмеження автономії волі, наприклад, відповідно до § 1 ст. 25 Закону Польщі «Про міжнародне приватне право»: «У галузі договірних зобов'язань сторони можуть підпорядкувати свої відносини вибраному ними праву, якщо воно має зв'язок із зобов'язанням»<sup>3</sup>.

Отже, в національних джерелах міжнародного приватного права існує не тільки тенденція переходу від невизнання до визнання автономії волі, а й тенденція все більш детальнішого та повнішого регулювання автономії волі, яка має дві форми: прямо виражену в законі та логічно виражену, що дозволяє в першому випадку застосувати граматичне тлумачення граматичних норм, а в другому – логіко-систематичне тлумачення.

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 252.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 292.

<sup>3</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 473.

Тенденція переходу від невизнання до визнання автономії волі характерна також для найбільш сучасних міжнародно-правових джерел міжнародного приватного права, насамперед, для Римської конвенції (ст. 3 та інші) та Міжамериканської конвенції (ст. 7 та інші), а також і для Гаазької конвенції (ст. 7(2) та інші), яка не набрала чинності.

Усі ці конвенції містять детальне регулювання проблеми вільного вибору застосовуваного права. Так, зокрема, А.Г. Філіпов зазначає, що «всі три Конвенції займають схвальну позицію в питанні про необмеженість вибору права і про підпорядкування різних частин договору різним правопорядкам (*depecage*). З урахуванням аналогічних положень та інших конвенцій, наприклад, Гаазької конвенції про право, застосовуване до міжнародної купівлі-продажу рухомих матеріальних речей 1955 року, ймовірно, вказаний підхід до розуміння автономії волі слід вважати таким, що встановився у світовій практиці»<sup>1</sup>.

Отже, з погляду змісту норми щодо автономії волі в різних країнах, а також у згаданих вище та інших міжнародних колізійних конвенціях, можуть бути сформульовані:

По-перше, в позитивній або негативній формах: норма формулюється як колізійна норма-принцип або формулюються виключення із обсягу застосування цієї норми.

По-друге, автономія волі може бути сформульована як колізійна норма-принцип *lex voluntatis* або як двостороння колізійна норма з прив'язкою *lex voluntatis*.

По-третє, автономія волі може бути визначена або відкрито, або приховано (латентно), що потребує відповідного граматичного чи логіко-систематичного тлумачення.

Отже, на основі проведеного вище порівняння можна категорично стверджувати, що тенденцією сучасного міжнародного приватного права є повноцінне визнання автономії волі, тобто перехід від невизнання, зокрема, в деяких країнах Латинської

---

<sup>1</sup> Филиппов А. Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве: Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. – М.: Статут, 1998. – С. 458, 459.

Америци, до повсюдного визнання вільного вибору права як способу вираження колізійно-правової свободи.

**1.2.4. Легальне визнання автономії волі в українському міжнародному приватному праві (автономія сторін).** Визначена вище тенденція сучасного міжнародного приватного права про перехід від невизнання до визнання автономії волі знайшла свою легітимацію в Україні в МПрП-законі. Саме тому варто спочатку звернутися до граматичного та логіко-граматичного його аналізу, тобто догматичної характеристики відповідного нормативного матеріалу, керуючись при цьому запропонованою нами теорією «подвійного визнання». Структурно інтерпретація вітчизняного колізійного закону може бути такою самою, як і використана нами вище структура порівняльного аналізу автономії волі, яка ґрунтується на доповненій нами схемі Я. Крофоллера. Суть доповнення полягає в тому, що ми робимо акцент на структурі логічної колізійної норми при розгляді питання про обсяг і обмеження автономії волі.

Варто звернути увагу на те, що ч. 1 ст. 5 МПрП-Закону, в якій йдеться про найбільш загальне в цьому законі визначення автономії волі, технічно формулюється, по суті, не як класичний принцип, а як спосіб легітимації автономії волі, про що свідчать слова закону «у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть ...».

Політико-правовим виправданням автономії волі в українському колізійному законі, якщо взяти до уваги, що цей закон планувався як складова ЦК, а також те, що самостійне прийняття закону нічого не змінило з погляду його приватно-правової природи, є констатація того, що «основні положення концепції проекту нового Цивільного кодексу України (а також і чинного ЦК. – С.З.) полягають у такому. ... Цивільний кодекс має забезпечити нормальне функціонування і розвиток саме громадянського суспільства, тобто самостійної, незалежної від держави системи відносин між юридично вільними і рівноправними партнерами в усіх сферах життя людини, включаючи, безумовно, і підприємництво. Самостійність, незалежність, ініціативність приватного життя можна забезпечити лише за умови визнання

природного, об'єктивного, наднормативного характеру цивільних прав як прав, які постають із самого життя. Такі майнові та немайнові відносини, які ґрунтуються на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, і складають предмет цивільно-правового регулювання та основу громадянського суспільства. У проекті Кодексу вони регулюються за такими принципами:

- 1) неприпустимість втручання у сферу особистого життя фізичної особи;
- 2) свобода власності;
- 3) свобода підприємництва;
- 4) свобода договору;
- 5) судовий захист будь-якого порушення цивільного права;
- 6) справедливість, добросовісність та розумність»<sup>1</sup>.

*Про виправдання автономії волі.* З огляду на це положення ст. 3. Загальні засади цивільного законодавства ЦК України, в якій знайшли своє закріплення згадані вище принципи приватного права, застосовуються і в міжнародному приватному праві, особливо принцип свободи договору як нормальна форма принципу автономії волі в широкому сенсі – в ЦК традиційно головну увагу приділено «договірним зобов'язанням, питанням дії в них свободи договору, доброї волі в договірних відносинах»<sup>2</sup>, в свою чергу, в МПрП-законі принцип свободи волі має форму колізійної автономії волі, тобто автономії волі у вузькому сенсі. Таким чином, новий ЦК України, разом із логічною його складовою – МПрП-Законом, можна дійсно назвати «кодексом громадянського суспільства, або кодексом приватного життя»<sup>3</sup>, при цьому колізійний принцип автономії волі як автономії сто-

<sup>1</sup> Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 17.

<sup>2</sup> Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 25.

<sup>3</sup> Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 17.

рін є доповненням матеріального принципу автономії волі як приватної автономії. Синонімом приватної автономії є свобода договору, синонімом автономії сторін – вільний вибір права.

*Про поняття автономії волі.* Якщо взяти до уваги, що доктринальне визначення автономії волі здійснене нами вище, то на основі тільки легального визначення автономії волі (ч. 4 та 5 ст. 1, ч. 1 ст. 5, ст. 43 МПРП-Закону) можна зробити висновок про те, що, по-перше, норма закону про автономію волі є складною, тобто лише логічним шляхом, або за допомогою інтерпретації всього закону, можна встановити зміст умовної (гіпотетичної) колізійної норми про автономію волі. По-друге, згаданий у попередньому абзаці перелік норм (ст.ст. 1, 5, 43) не вичерпує проблему встановлення норм щодо автономії волі та має бути доповнений іншими нормами згаданого закону, а саме: ч. 1 ст. 31. Форма правочину («якщо інше не встановлено договором»); ч. 1 ст. 32. Зміст правочину («правом, яке обрано сторонами»); ч. 1 ст. 33. Сфера дії права, що застосовується до правочину разом із ч. 1 ст. 31 та ч. 1 ст. 32; ч. 1 ст. 36 разом із ч. 1 ст. 31 та ч. 1 ст. 32; ч. 1 ст. 35 «Позовна давність»; ч. 1 ст. 39 («Вибір права сторонами правочину»), ч. 1 ст. 41 («якщо інше не встановлено за згодою сторін»), ч. 1 ст. 42 («на вибір заявника»), ч. 1 ст. 43 («можуть обрати право»), ч. 2 ст. 45 («Вибір права сторонами договорів»), ч. 3 ст. 47. Сфера дії права, що застосовується до договору разом із ст. 31, ч. 4 ст. 49 («можуть обрати право»), ч. 1 ст. 50 («на вибір потерпілого»), ч. 2 ст. 51 («можуть домовитися про застосування до нього права»), п. 2 ч. 1 ст. 54 («якщо інше не передбачено договорами»); ч. 1 ст. 59 («можуть домовитися про застосування до нього права»), ч. 2 ст. 60 («може обрати право»), ч. 1 ст. 61 («може обрати для регулювання майнових наслідків шлюбу право»), ч. 1 ст. 69 разом із ч. 2 ст. 60, ст. 70 («якщо спадкодавцем не обрано»). Отже, автономія волі (автономія сторін) виражається в українському колізійному законі не тільки зворотами «автономія волі», «вибір права» «вибір права за згодою сторін договору», а й такими словами, як «договір», «погодження», «домовлення», «обрання», «вибір», «згода». У колізійній доктрині можна використовувати також

поняття «автономія сторін», «намір, воля, волевиявлення сторін» та «вільний вибір права».

По-третє, згадані вище два типи норм – колізійна норма-принцип автономії волі (*lex voluntatis* в широкому сенсі) та колізійна прив'язка автономії волі (*lex voluntatis* у вузькому сенсі) двосторонньої колізійної норми – доповнюється також іншими нормами, за допомогою яких уточнюється обсяг автономії волі або здійснюється її обмеження: п. 7) зворотнє відсилання, п. 8) відсилання до права третьої держави, 9) обхід закону ст. 1. Визначення термінів; ст. 6. Обсяг застосування права іноземної держави; ст. 9. Зворотнє відсилання та відсилання до права третьої держави; ст. 10. Наслідки обходу закону; ст. 12. Застереження про публічний порядок; ст. 14. Застосування імперативних норм.

По-четверте, поза рамками колізійно-правової свободи, але в рамках приватноправової свободи, міститься поняття про вільний вибір сторонами компетентного суду або арбітражу. Відповідно до ст. 76. МПрП-Закону: «1. Суди можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом у таких випадках:

1) якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи з іноземним елементом судам України, крім випадків, передбачених у статті 77 цього Закону». Отже, серед підстав визначення підсудності справ судам України є пророгаційна угода як вираження цивільно-процесуальної правової свободи. В міжнародному комерційному арбітражі свобода вибору компетентного арбітражу визнається в Україні на основі ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» (п.1 ст. 28) у формі арбітражної угоди (застереження), тобто у формі третейського запису.

Таке багатоманіття нормативного регулювання автономії волі у вітчизняному законодавстві дозволяє поставити проблему про те, як згадані вище та інші норми об'єднуються навколо ч. 1 ст. 5 МПрП-Закону. За аналогією з тим, як вирішується подібне питання в цивільному праві Німеччини щодо правопретензійних норм, можна сказати, що «техніка, що застосовується під час розв'язку цієї задачі, настільки ж вражаюча, наскільки й ефек-



тивна. Фактичний склад претензійної норми (в нашому випадку, колізійної норми щодо автономії волі. – С.3.) обґрунтовує правовий наслідок лише в загальних рисах (ч. 1 ст. 5 МПРП-Закону. – С.3.). Закріплені в такій нормі загальні претензійні (колізійні. – С.3.) передумови потім деталізуються допоміжними нормами»<sup>1</sup>. Допоміжними нормами щодо ч. 1 ст. 5 є всі згадані вище статті МПРП-Закону, крім хіба що ст.ст. 76, 77.

*Про обсяг застосування автономії сторін.* Відповідні положення, з одного боку, ст.ст. 6, 32, 33, 47, а, з іншого боку, ст.ст. 36, 39, 41, 43, 45, 47, 49, 50, 51, 54, 59, 60, 61, 62, 69, 70 є допоміжними з точки зору обсягу застосування автономії волі.

*Про обмеження статуту автономії сторін.* Якщо взяти до уваги, що особлива частина МПРП-Закону містить такі розділи, як: II. Колізійні норми щодо правового статусу фізичних та юридичних осіб (особистий статут) III. Колізійні норми щодо правочинів, довіреності, позовної давності (змішаний статут), IV. Колізійні норми щодо прав інтелектуальної власності (статут інтелектуальної власності), VI. Колізійні норми зобов'язального права (зобов'язальний статут), VII. Колізійні норми недоговірних зобов'язань (статут щодо не договірних зобов'язань), IX. Колізійні норми сімейного права (сімейний статут), X. Колізійні норми щодо спадкування (спадковий статут), – кожен із яких, за виключенням особистого статуту, містить норми про автономію волі, то виходить, що легально-визначений статут автономії волі в українському законодавстві є одним із найбільш широких у порівнянні з іншими національними правопорядками. Чи не єдиним обмеженням статуту автономії волі є відсутність вільного вибору права тоді, коли визначається правовий статус фізичних та юридичних осіб.

*Про коло правопорядків країн, між якими можливий вибір права.* Речення перше разом із реченням другим ч. 3 ст. 4 МПРП-Закону, а також, наприклад, п.1 ст. 28 ЗУ «Про міжнаро-

---

<sup>1</sup> Шапф Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – С. 32.

дний комерційний арбітраж», відповідно до якої в Україні визнається застосування *lex mercatoria*, – допоміжними положеннями з точки зору коло правопорядків країн, між якими можливий вибір права.

*Про обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі.* Обмеження територіальної сфери дії норм про автономію волі визначається у МПрП-Законі допоміжними стосовно до ч. 1 ст. 5 ст.ст. 1, 9, 10, 12, 14.

*Про міжнародні джерела автономії волі.* Якщо взяти до уваги, що робота над змістом МПрП-Закону «потребувала опрацювання багатьох міжнародних угод, що уніфікують колізійні норми, серед яких слід назвати Конвенцію про правову допомогу країн СНД (1993 р.), Конвенцію про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу (1986 р.), Римську конвенцію, Гаазькі конвенції з питань шлюбу, сім'ї та спадкування»<sup>1</sup>, а також те, що згадані та інші конвенції містять положення, якими визначається автономія волі в широкому або у вузькому колізійному сенсі, – то, отже, національне приватно-правове регулювання автономії волі ґрунтується на твердій міжнародній приватноправовій основі.

Ця основа стає ще міцнішою, якщо врахувати також те, що філософсько-правова ідея свободи як свободи волі пізніше знайшла своє закріплення в Римській конвенції про права людини 1950 року (ст. 5 проголошує право людини на свободу і недоторканість волі), в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 року, в практиці Європейського суду з прав людини тощо. Таким чином, в цілому і загалом автономія волі знаходить свій вираз у національній та міжнародній практиці застосування норм міжнародного приватного права.

*Загалом про конструкцію автономії волі.* Застосування автономії волі полегшиться, якщо на основі теорії та методології права, а також аналізу чинного колізійного законодавства, за-

---

<sup>1</sup> Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгєрта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 291.

пропонувати спосіб визначення умовної (гіпотетичної, логічної) колізійної норми про автономію волі.

\*\*\*

**Загальний висновок до першого розділу.** Взявши до уваги сентенцію професора С.І. Максимова: «Саме по собі позитивне право (в т.ч. міжнародне приватне право. – С.3.) не є предметом філософії права, а є таким лише у співвідношенні з природним правом, ... , з позиції якого оцінюється діюче право. Завдяки такому співвідношенню позитивне право виявляється виправданим (легітимованим) і одночасно обмеженим (лімітованим) у своїх претензіях»<sup>1</sup>, варто зробити застереження про те, що в наведеному ним же переліку термінів: «Хоча філософія права в своєму аналізі підстав права може використовувати і поняття позитивної науки про право, але власними її категоріями є «ідея, зміст, ціль права», «справедливість», «свобода» і «рівність», «визнання», «автономія особистості», «права людини» і ін.»<sup>2</sup>, – не всі терміни є, власне, філософсько-правовими. Так, поняття «визнання» є двозначним, тобто і позитивно- і філософсько-правовим, при цьому свобода волі є основою для такої амбівалентності. Тому в площині міжнародного приватного права можна вести мову не тільки про те, що автономія волі (автономія сторін, вільний вибір права) є нормальним способом вираження колізійно-правової свободи, а й про те, що цим способом є теорія «подвійного визнання».

Тому, автономію волі належить розуміти у двох значеннях: 1) в широкому розумінні – як приватну автономію, нормальним випадком якої є свобода договору, разом із автономією сторін, тобто вільним вибором права; 2) у вузькому розумінні – як автономію сторін, або, іншими словами, як спосіб вираження колізійно-правової свободи. Широке розуміння автономії волі співвідноситься із широким розумінням міжнародного приват-

---

<sup>1</sup> Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002. – С. 14.

<sup>2</sup> Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002. – С. 14.

ного права, а вузьке – з міжнародним приватним правом як колізійним правом, тобто міжнародним приватним правом у вузькому розумінні. Автономія волі застосовується і в міжнародному цивільному процесі (міжнародному комерційному арбітражі) як вільний вибір суду (арбітражу).

Воля як основа правового явища, яке ми розглядаємо, знаходить своє вираження через волевиявлення в понятті правочину за допомогою позитивно-правового методу визнання правопорядком волі суб'єкта. У міжнародному приватному праві таке визнання, в будь-якому разі, має подвійне значення, тобто має ще й зворотний другий напрямок визнання суб'єктом правопорядку.

Автономія волі і свобода волі є тотожні за змістом поняття, які можуть бути пояснені двома способами, кажучи словами Канта, – апіорно й апостеріорно. У першому випадку йдеться про раціональне визначення свободи волі, а в другому – про психолого-емпіричне. У міжнародному приватному праві апіорний аспект був виражений Савіні в XIX ст. у формі поняття «осілості правового відношення», а апостеріорний – Дюмуленом у XVI ст. у формі колізійної прив'язки *lex voluntatis*. У рамках теорії «подвійного визнання» психологічна і раціональна точки зору на поняття волі знаходяться на одному березі, а позитивно-правова характеристика волі – на іншому, оскільки в цьому разі автономія волі визнається тільки формально. Міжнародне приватне право можна уявити як ріку, яка тече між двома цими берегами, в руслі вільного вибору змісту правочину, зокрема умов договору, застосовуваного права та суду (арбітражу).

## РОЗДІЛ 2 УМОВИ, СПОСОБИ ТА МЕЖИ ЗАСТОСУВАННЯ (ФОРМАЛЬНА СФЕРА ДІЇ) АВТОНОМІЇ СТОРІН ЯК КОЛІЗІЙНОЇ НОРМИ

Незважаючи на те, що автономія волі в міжнародному приватному праві має два предмети – вибір права і вибір суду, – з метою ґрунтовного аналізу ми зупинимось на першому аспекті, а саме: на вільному виборі права, незважаючи на те, що вони тісно поєднані, наприклад, на підставі такого інституту, як *forum shopping*. При цьому ми зважаємо на те, що автономія сторін має формальну та змістовну сферу дії.

У цьому розділі ми зупинимось на описі та поясненні автономії волі як колізійної норми та її реалізації, а також формальної сфери дії автономії сторін, попередньо з'ясувавши умови та способи застосування автономії, а також питання дійсності та вад вільного вибору права. Цю сферу, так само як і змістовну сферу дії, можна охарактеризувати в позитивному та негативному сенсі: в першому випадку визначається обсяг застосування автономії сторін, а в другому – обмеження статуту автономії сторін.

У даному та наступному розділах термін «автономія сторін» вживається нами як синонім «автономії волі» у вузькому значенні. Якщо не застережене інше, то термін «автономія волі» далі розуміється нами тільки у вузькому значенні.

### 2.1. Автономія волі як колізійна норма та її реалізація.

Колізійно-правова свобода формально виражається двома способами: як колізійна норма-принцип *lex voluntatis* або як двостороння колізійна норма з прив'язкою *lex voluntatis*. Реалізується ця свобода у формі договору. Формальне вираження колізійно-правової свободи, а також її договірної реалізація, є двома аспектами єдиної проблеми «подвійного визнання» автономії

волі у міжнародному приватному праві, при цьому варто врахувати, що «теорія подвійного визнання» може також застосовуватись в цілому для пояснення історії та філософії приватного (цивільного) права з давніх-давен

*Про поняття гіпотетичної норми.* Два способи вираження колізійно-правової свободи ґрунтуються на основі структури, в першому випадку, умовної (гіпотетичної) колізійної норми-принципу *lex voluntatis*, а в другому – звичайної двосторонньої колізійної норми, ускладненої колізійною прив'язкою *lex voluntatis*. Ці два способи відрізняються не тим, як вважається в літературі, що колізійна норма-принцип *lex voluntatis* не має обсягу – так, А.Г. Філіпов констатує, що «автономію волі навряд чи можна назвати істинною колізійною нормою у зв'язку із відсутністю у неї обсягу. Скоріше вона є прив'язкою колізійної норми (саме так вважав Савіньї)<sup>1</sup>, але прив'язкою не зовсім звичайною, що не вказує задалегідь на конкретне застосовуване право, наприклад, «право країни продавця» або «право місця укладення угоди», що притаманне звичайним колізійним нормам.

На наш погляд, все ж однозначно визначити автономію волі як колізійну норму або прив'язку («не можна» – в даному місці логіка речення вимагає вставлення цього пропущеного слова. – С.З.), оскільки, здається, для її реалізації вимагається ще і угода сторін, що істотно і відрізняє автономію волі від інших колізійних прив'язок. Для такого поєднання більше підходить визначення «колізійний інститут»<sup>2</sup>, – тим, що обсяг колізійної норми-принципу *lex voluntatis* набагато ширший за обсяг двосторонньої колізійної норми *lex voluntatis*. Це два різновиди нормативного регулювання автономії волі, зокрема ті, які стосуються формулювання колізійної прив'язки.

---

<sup>1</sup> Мосс Д. К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража / Под ред. Рубанова А.А. – М.: РАН. Ин-т государства и права, 1996. – С. 8.

<sup>2</sup> Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве: Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. – М.: Статут, 1998. – С. 438.

*Про структуру норми права.* Сформульоване в попередньому абзаці положення ґрунтується на традиційному розумінні структури правової норми-припису<sup>1</sup>, яка має тільки два елементи, перший – це гіпотеза, а другий – або диспозиція, або санкція. Якщо прийняти до уваги, що звичайна колізійна норма має два структурні елементи – обсяг і прив'язку, то, отже, колізійна норма є нормою-приписом, в якій тотожними поняттями є гіпотеза і обсяг з одного боку та диспозиція (санкція) і прив'язка колізійної норми з іншого. При цьому кваліфікація колізійної прив'язки як диспозиції або санкції немає суттєвого значення, тобто прив'язку, швидше за все, варто розуміти як диспозицію правової норми. Водночас прив'язка може вважатися і санкцією в широкому сенсі.

Будь-яка норма права завжди має два структурні елементи, тому колізійна норма, незалежно від того, чи є вона нормою-принципом, чи спеціальною нормою, завжди має обсяг і прив'язку. Проблема полягає тільки в тому, як розрізняються відповідно обсяг і прив'язка у згаданих двох типів норм. При цьому зауважимо, що законодавець часто може сформулювати норму-принцип так, що в тексті відповідної статті, наприклад, ст. 3 ЦК України, здається, що відсутній такий структурний елемент норми, як гіпотеза (обсяг). Але, насправді це не так. Якщо розглянути зміст ст. 3 ЦК України, то слова статті «Загальними засадами цивільного законодавства ...» можна розуміти з технічного погляду тільки як гіпотезу відповідної норми, сформульовану найбільш абстрактно.

Незалежно від того, як формулюється гіпотеза (обсяг) правової норми – більш чи менш повно, при її застосуванні завжди потрібно здійснити логічне комбінування елементів першої структурної частини норми, при цьому згадані елементи можуть міститися як у рамках одної статті, так і в межах декількох статей нормативного акта. Крім того, ці елементи можуть тільки матися на увазі, тобто бути настільки загальновідомими і зрозумілими, що їх законодавець не вважає за потрібне записувати в

---

<sup>1</sup> Алексеев С.С. Теория права. – М.: БЕК, 1994. – С. 233.

тексті закону. Останнє, якраз, як правило, й характерно для норм-принципів. Однак, норми-принципи можуть формулюватися і з хоч високоабстрактно визначеною гіпотезою (обсягом), тоді, як гіпотеза (обсяг) спеціальної норми формулюється досить чітко. Саме такою є ч. 1 ст. 5 МПРП-Закону.

*Про широту обсягу.* Отже, якщо взяти до уваги, що правові норми поділяються на загальні та спеціальні норми, то підставою для такого поділу є кількісна характеристика або повнота обсягу (гіпотези) відповідної норми. Норма-принцип є загальною найбільш абстрактною та повною нормою права, а спеціальна норма завжди конкретніша, тобто менш повн з погляду свого обсягу (гіпотези).

*Про комбінування прив'язки.* Згаданим вище комбінуванням елементів гіпотези (обсягу) правової норми аналізована нами проблема ще не вирішується. Комбінуватися можуть також структурні елементи диспозиції (санкції) правової норми, а в міжнародному приватному праві – елементи колізійної прив'язки. Комбінування колізійної прив'язки – це завжди характерна ознака двосторонньої колізійної норми з прив'язкою *lex voluntatis*. Для колізійної норми-принципу автономії волі комбінування колізійної прив'язки, навпаки, нехарактерне.

*Про правову кваліфікацію.* Отже, тільки визначивши шляхом логічного комбінування, або, іншими словами, за допомогою логіко-систематичного тлумачення, зміст відповідної колізійної норми про автономію волі можна її належно застосувати, тобто здійснити відповідну правову кваліфікацію. «Відповідно з ученням про застосування закону через використання юридичної кваліфікації, перш за все необхідно встановити, чи може бути така, що знаходиться на розгляді судді, окрема життєва ситуація, кваліфікована в рамках фактичного складу закону. Якщо так, то стосовно такої життєвої ситуації діє приписаний законом правовий наслідок»<sup>1</sup>. «Фактичний склад» у даному випадку є

---

<sup>1</sup> Шапф Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: БЕК, 1996. – С. 11.



нічим іншим як синонімом згаданих вище термінів «гіпотеза» чи «обсяг» правової, в т.ч. колізійної, норми.

«Ця особлива природа фактичного складу потребує доповнення моделі правозастосування на основі юридичної кваліфікації. Лише на основі зовнішнього опису наданого йому на розгляд випадку суддя не може зробити висновок про те, чи підходить фактичний склад правової норми до даного випадку. Він повинен проаналізувати виражену в цьому складі правову ідею з точки зору її застосовуваності до справи, що розглядається. Суддя конкретизує загальну правову ідею за допомогою вже однозначно вирішених типів випадків і потім співставляє, справу, яка розглядається, з ними. Лише в кінці цього процесу юридичної оцінки суддя може прийти до висновку про те, що, така правова ідея, яка міститься у фактичному складі норми, є підходящою основою для вирішення справи, що ним розглядається. Судова кваліфікація випадку у відповідності з правовою нормою (точніше – окремих ознак випадку у відповідності з окремими ознаками фактичного складу правової норми) і є результатом оціночної діяльності судді»<sup>1</sup>.

Отже, узявши до уваги, що автономія волі в колізійному праві може бути визначена як колізійна норма-принцип та як спеціальна колізійна норма, а також те, що будь-яка колізійна норма є нормою приписом, тобто завжди містить два структурних елементи – обсяг і прив'язку, головним завданням дослідження є «конкретизація загальної правової ідеї» автономії волі шляхом комбінування як структурних елементів обсягу, так і, коли це потрібно, структурних елементів прив'язки колізійної норми (загальної норми-принципу та спеціальної норми) про автономію волі (*lex voluntatis*). Важливим застереженням при цьому є твердження про те, що автономія волі не є структурним елементом односторонньої колізійної норми.

Зазначене вище дозволяє зробити висновок про те, що починаючи з Савіньї, який «уперше вказав на колізійну природу

---

<sup>1</sup> Шапф Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: БЕК, 1996. – С. 12, 13.

автономії волі і визначив її як пріоритетний колізійний критерій стосовно до інших колізійних прив'язок, які повинні застосовуватись тоді, коли волю сторін встановити неможливо<sup>1</sup>, так і не зроблений наступний логічний крок, відповідно до якого автономія волі структурно характеризується не тільки за допомогою прив'язки, а й за допомогою обсягу колізійної норми. Наша робота не тільки ставить згадану проблему, а й в наступних розділах вирішує її. Таким чином, з точки зору структури, норма щодо автономії волі може бути сформульована як загальноприйнята колізійна норма з обсягом та прив'язкою.

Метою колізійної норми щодо автономії волі є вільний вибір права, який може бути реалізований у формі договору (угоди) або у формі, подібній до договору (мовчазне волевиявлення, конклюдентні дії). Про такі способи реалізації нормативно визнаної автономії волі типово говориться, зокрема, в ч. 2 ст. 116 федерального закону Швейцарії «Про міжнародне приватне право»: «Вибір права повинен бути вираженим в явній формі або повинен визначено випливати із договору або обставин справи; крім того, до вибору права застосовується обране право»<sup>2</sup>, яка є вираженням приватноправової свободи загалом та матеріально-правової чи колізійно-правової свободи зокрема.

«Така амбівалентність притаманна і поняттю свободи в сучасній науці про право. Перш за все, за допомогою основоположного для приватного права принципу приватної автономії (а для міжнародного приватного права – принципу автономії сторін. – С.3.) можна продемонструвати обидві сторони подібної амбівалентності. У приватному праві окрема людина вільна, оскільки вона розумна і до того ж може відповідати за свої дії. Далі свобода розглядається і як можливість самореалізації окремої людини, якій усі інші особи і сама держава не вправі проти-

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 27.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 651.

діяти. Однаковий ступінь самореалізації для кожної людини веде (таке основне ліберальне переконання) до найкращого результату для всіх.

Амбівалентності принципу приватної автономії (та автономії сторін. – С.3.) відповідає амбівалентність права та його інститутів. При цьому було б неправильним брати до уваги лише примус, який право здійснює в кожному конкретному випадку. *Більш важливим є визнання права людьми, що складає основу будь-якого правового впливу* (виділення курсивом моє. – С.3.)»<sup>1</sup>.

Значачене дозволяє не тільки перенести техніку застосування норм приватного права на сферу застосування норм міжнародного приватного права, зокрема в тій частині, яка стосується формулювання умовної (гіпотетичної, логічної) колізійної норми про автономію волі, а й керуватися принципом свободи договору тоді, коли йдеться про зміст і форму практичної реалізації правової норми щодо автономії волі, зважаючи, що основною формою такої реалізації є договір або угода про вільний вибір права.

Застосувавши за аналогією положення ч. 1 ст. 47 МПрП-Закону, проблему змісту в широкому сенсі угоди про вибір права можна розділити на три складових: по-перше, положення щодо «прав та обов'язків сторін», «дійсності договору» та «наслідків недійсності договору» (відповідно пп. 3, 1, 7 ч. 1 ст. 47), тобто про зміст угоди у вузькому сенсі, або про питання укладення угоди, по-друге, щодо «виконання договору», «наслідки невиконання або неналежного виконання договору» та «припинення договору» (пп. 4-6 ч. 1 ст. 47), по-третє, інші положення щодо «відступу права вимоги та переведення боргу згідно з договором», та «тлумачення договору» (відповідно пп. 8, 2 ч. 1 ст. 47).

Угода про вільний вибір права відрізняється своїм предметом від будь-якої іншої угоди, при цьому вона часто є частиною пророгаційної (арбітражної) угоди. Сказане вище підтвер-

---

<sup>1</sup> Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: БЕК, 1996. – С. 25, 26.

джується арбітражною практикою, зокрема в справі № 75 від 05.06.2005 р. МКАС при ТПП України зазначалося: «В арбітражному застереженні в контракті сторони визначили застосуванням матеріальне право Швейцарії»<sup>1</sup>.

Останнє дозволяє щодо угоди про вибір права сказати, що вона має за аналогією з пророгаційною (арбітражною) угодою дві особливості: по-перше, її укладення та чинність прав та обов'язків сторін не залежить від угоди, щодо якої визнається вільний вибір права, тобто в разі недійсності основної угоди угода про вибір права може бути чинною. По-друге, до змісту угоди про вибір права застосовується те саме право, що й до змісту основної або пророгаційної (арбітражної) угоди.

Зв'язок угоди про вибір права і пророгаційної (арбітражної) угоди виявляється в тому, що питання про дійсність угоди про передачу справи на вирішення тому чи іншому суду (арбітражу) буде вирішуватись судом (арбітражем), керуючись правом, обраним сторонами щодо даної пророгаційної (арбітражної) угоди, а при його відсутності, – щодо договору в цілому. Водночас угода про вибір права часто є складовою пророгаційної (арбітражної) угоди. Така двозначність правового статусу угоди про вибір права дозволяє вести мову про необхідність застосування аналогії при розв'язанні проблеми «компетенції компетенції» в міжнародному комерційному арбітражі та при визначенні питання про дійсність угоди про вибір права.

Угода про вибір права в частині її виконання, наслідків невиконання або неналежного виконання та її припинення, також має особливості, аналогічні особливостям пророгаційної (арбітражної) угоди, ускладнені при цьому тим, що правове вирішення проблеми виконання тощо, може бути відокремлене від правового вирішення проблеми згаданої в попередньому абзаці. Це стосується й питання cesii та тлумачення угоди про вибір права, при цьому питання cesii матиме практичне значення тільки тоді, коли ця угода є складовою основної пророгаційної (арбітражної) угоди.

---

<sup>1</sup> Практика МКАС при ТПП України. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И.Г. Побирченко. – К.: Практис, 2006. – С.95.

Зміст угоди про вибір права можна визначити й інакше, а саме за допомогою визначення предмета зазначеної угоди. Цей предмет може бути визначений у вузькому і широкому сенсі. У вузькому сенсі предмет вибору обмежується тільки матеріальними нормами, а в широкому вибір права може містити також колізійні та процесуальні норми. Проблема визначення предмету угоди про вибір права як такого, що включає або не містить вибір колізійних норм, аналізується нами нижче в контексті відношення автономії волі та зворотного відсилання. В цьому місці зупинимось тільки на питанні про те, чи включає вибір права також вибір процесуальних норм.

Питання про вибір процесуальних норм по-різному вирішується в міжнародному цивільному процесі та міжнародному комерційному арбітражі. У першому випадку належить керуватися положеннями Гаазької конвенції про міжнародний цивільний процес 1954 р. За загальним правилом до процесуальних норм застосовується принцип *lex fori*, тобто угода про вибір права в тій частині, яка стосується вибору процесуальних норм, які мають бути застосовані судом загальної юрисдикції, буде нікчемною. Та, незважаючи на те, що із правила *lex fori* щодо процесуальних норм є виняток, так, відповідно до ст. 14 Гаазької конвенції про міжнародний цивільний процес, при здійсненні певних процесуальних дій (наприклад, виконання іноземних судових доручень) допускається застосування іноземних процесуальних норм, – таке застосування відбувається не на основі вибору процесуального права сторонами, а на підставі відповідного звернення іноземного суду. Отже, і в цій останній частині не визнається можливість сторін вибрати процесуальне право.

Це узгоджується із панівною думкою про те, що, як зауважує М.М. Богуславський, іноземний закон, як правило, не підлягає застосуванню в російському суді з питань, які за російським законодавством вважаються процесуальними<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Богуславський М.М. Международное частное право. – М.: Юрист, 1998. – С. 352.

Інша правова ситуація існує у міжнародному комерційному арбітражі, коли виникає питання про можливість розповсюдження норм права, обраного сторонами, на сам арбітражний процес. Це питання є частиною більш загального питання про можливість сторін визначити процедуру розгляду справи у відповідному арбітражі. За загальним правилом сторони мають таку можливість, у т.ч. існує можливість застосування до арбітражної процедури права іноземної держави, обраного сторонами.

«Текст Нью-Йоркської конвенції 1958 року про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень передбачає право арбітражних судів застосовувати іноземні процесуальні норми права при наявності відповідної угоди сторін (п. 1 d, 1 e ст. V). Відсутність такої угоди зобов'язує арбітражі застосовувати норми країни місцезнаходження, порушення яких веде до відмови у визнанні і приведенні рішення до виконання. Європейська конвенція вказує на право сторін «установлювати правила процедури, яких повинні дотримуватись арбітри (b-iii IV)»<sup>1</sup>.

Та, в колізійній доктрині єдиного підходу до розв'язку даної проблеми не існує. Так, Д.К. Мосс, яка спеціально досліджувала цю проблему, вказує на два крайні погляди. Ідеться, насамперед, про позицію, відповідно до якої діяльність міжнародного комерційного арбітражу повністю визначається на підставі правила *lex arbitri*, тобто угода про вибір права, застосовуваного до арбітражної процедури, вважатиметься нікчемним: «із норм, згідно з якими інституційні арбітражні суди створюються при національних органах, таких як торгові палати, чітко впливає, що діяльність таких арбітражів підпорядковується закону країни, де арбітраж засідає»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып.5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 385.

<sup>2</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража / Под ред. Рубанова А.А. – М.: РАН. Ин-т государства и права, 1996. – С. 13.

Протилежною точкою зору є доктрина «делокалізації договору», суть якої зводиться до оголошення арбітражу «породженням» договору, що робить його діяльність незалежною від норм права місця знаходження арбітражу<sup>1</sup>.

У цілому, у даному випадку йдеться про обмеження вільного вибору права та про спосіб вираження цього вибору, який повинен бути досить чітким і певним. Крім того, охоплення правом, обраним сторонами договору, також процесуальних питань, ставить питання про єдність правового регулювання основного договору й арбітражної угоди. Виходячи із відсутності прямої заборони, а також теоретичного обґрунтування можливості розщеплення договірної статуту, на останнє питання можна дати позитивну відповідь. Тому нами пропонується в законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачити норму такого змісту: «Арбітражна угода регулюється правом договору, якщо інше не передбачене угодою сторін».

Як уже зазначалося вище, автономія волі передбачає договірний або квазідоговірний елемент, тобто автономія волі – це перш за все угода про вибір права. «Обрання сторонами відповідного правового регулювання виражається в укладанні так званої угоди про застосовуване право <sup>▲</sup> цивільно-правової угоди, сторони якої визначають право, застосовуване до «основної» угоди, ускладненої іноземним елементом та укладеної тими ж особами. Метою укладення угоди про застосовуване право є визначення відповідного правового регулювання угоди, і в більшості випадків воно слугує для розв'язання проблеми застосовуваного права при розгляді будь-якого спору сторін, що впливає з угоди або пов'язаного з ним»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Детальніше див.: Мосс Д.К. Автономія волі в практиці міжнародного комерційного арбітражу / Под ред. Рубанова А.А. – М.: РАН. Ін-т державства і права, 1996. – С. 15-22.

<sup>2</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 345.

Насамперед варто зупинитися на аналізі письмової та усної форми зазначеної угоди.

Тісний зв'язок угоди про застосовуване право і арбітражної угоди вказує на схожість їх правових режимів. Оскільки, згідно з п. 2 ст. 7 Закону України „Про міжнародний комерційний арбітраж” арбітражна угода укладається в письмовій формі, то, спираючись на аналогію закону, можна стверджувати про необхідність письмової форми для угоди про вибір права.

Крім того, згідно з вищезгаданою ст. 7, угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електров'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди<sup>1</sup>.

Аналіз національного законодавства свідчить, що вимога про письмову форму укладання угоди про обране право стосується лише випадків, коли однією із сторін договору виступає особа, національне законодавство якої містить імперативну норму щодо обов'язкової письмової форми.

На необхідність укладання угоди про вибір права в письмовій формі вказує і ч. 2 ст. 6 Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність” від 16.04.1991<sup>2</sup>, що містить вимогу про дотримання письмової форми укладення зовнішньоекономічного договору українськими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності. А оскільки угода про вибір права формально підпадає під ознаки зовнішньоекономічного договору, то до даної угоди може бути застосоване вищезгадане правило ст. 6 Закону України “Про зовнішньоекономічну діяльність”.

<sup>1</sup> Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 25. – Ст. 198.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.



Як стверджує російський учений М.Г. Розенберг, у практиці міжнародного комерційного арбітражу зустрічаються випадки усного укладання угоди про застосовуване право в арбітражному засіданні<sup>1</sup>, однак при цьому така форма викликає серйозну критику, зважаючи на те, що «факт укладання угоди фіксується в протоколі засідання, який підписується арбітром, підписи сторін на вказаному документі відсутні. Таким чином, зафіксовану арбітром угоду не можна вважати належно укладеною»<sup>2</sup>.

Таким чином, угода про вибір права на практиці може укладатися як в письмовій, так і в усній формі. Письмова форма є більш надійною з погляду визначення арбітражем справжнього волевиявлення сторін щодо права, яке має регулювати їх стосунки. Тому доречними є типові форми укладання угоди про вибір право, що полегшує цивільний та комерційний обіг.

Узагальнюючи, можна зробити такі висновки.

По-перше, автономія волі може вважатися не тільки колізійним принципом, а й колізійною нормою тільки тоді, коли в цій нормі є обсяг і прив'язка. На нашу думку, автономія волі є колізійною нормою, яка має як складові обсяг і прив'язку. Встановлення, насамперед, обсягу цієї колізійної норми, незалежно від того, наскільки обсяг визначений, можна здійснити за допомогою поняття умовної (гіпотетичної) правової норми. Це в окремих випадках стосується і визначення прив'язки *lex voluntatis*. За допомогою комбінування елементів обсягу і прив'язки колізійної норми про автономію волі здійснюється конкретизація загальної правової ідеї вільного вибору права. Визначивши обсяг і прив'язку колізійної норми про автономію

---

<sup>1</sup> Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. – М.: Статут, 2000. – С. 14.

<sup>2</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 355.

волі, можна належно здійснити правову кваліфікацію ситуації, коли виникає потреба у сторін обрати право, яке б найбільш вдало й ефективно регулювало їх відносини з іноземним елементом. Отже, вільний вибір права є кінцевою метою застосування колізійної норми щодо автономії волі.

По-друге, теорія «подвійного визнання» автономії волі розв'язує як підсумовану вище проблему конструювання колізійної норми про автономію волі, так і питання про зміст і форму її реалізації на практиці. Маємо на увазі, щонайперше, амбівалентність згаданої теорії.

По-третє, зміст угоди про автономію волі може бути визначеним як у тексті основної угоди в якості однієї з її умов, зокрема в такій її частині, як пророгаційне (арбітражне) застереження, так і в тексті пророгаційної (арбітражної) угоди, або може бути укладеною у вигляді окремого документа. Хоча письмова форма угоди про вибір права не є загальнообов'язковою у міжнародній практиці, що означає, що вона може бути й усною, проте остання в силу своєї непевності має суттєвий недолік. Відповідно до українського законодавства, угода про вибір завжди має укладатися в письмовій формі. Останнє, проте, не суперечить тому, що вибір права в ситуації за участю українського учасника, тим не менше, може бути визначений на підставі мовчазного волевиявлення і конклюдентних дій сторін.

По-четверте, угода про вибір права за своєю суттю аналогічна до природи пророгаційної (арбітражної) угоди, тобто, іншими словами, має з нею дуже тісний зв'язок. Це пояснюється не тільки тим, що обидві угоди мають службовий характер стосовно основної угоди, а й тим, що вони є автономними структурними елементами цієї основної угоди. Тому питання про вибір права має бути вирішене незалежно від того, чи спір виник про дійсність або недійсність основної угоди, бо у протилежному випадку, якщо на підставі вибраного права основна угода має бути визнана недійсною, то угода про вибір права, як частина даної угоди, також буде вважатися недійсною, що тягне за собою не тільки порушення принципу автономії волі, а й є такою логічною суперечністю, яка не може бути усунена.

У нормальній ситуації зміст угоди про вибір права підпорядковується нормам цивільного або торгового права, що застосовується до основної або пророгаційної (арбітражної) угоди. Не буде суттєвим порушенням у випадку укладення окремої угоди про вибір права таке її застереження, відповідно до якого до цієї угоди визначається право, що до неї має застосовуватися.

По-п'яте, форма угоди про вибір права повинна також регулюватися правом, яке застосовується до форми основного договору.

## 2.2. Умови та способи застосування автономії сторін.

### Дійсність вільного вибору права

Сторони у своєму виборі права є принципово вільними, однак для застосування автономії волі мають значення певні умови та способи її реалізації. Юридичний ефект вільного вибору права також неоднозначний: цей вибір може бути дійсним (позитивний аспект) або характеризуватися таким недоліком, який виключає або обмежує можливість вибору права. В останньому випадку, щонайперше, йдеться про відношення вільного вибору права (*lex voluntatis*) і принципу більш тісного зв'язку, хоча дана проблема цим відношенням не обмежується.

На відміну від чинного раніше колізійного права, «де можливість вибору права країни сторонами правовідносин обмежувалася в основному сферою зовнішньоекономічних угод, у проекті ЦК (та чинному законі МПрП-Законі. – С.3.) цьому колізійному правилу надається особливе значення, що повністю відповідає основним засадам приватного права з його свободою волі приватних осіб. По-перше, значно *розширилася сфера правовідносин, де допускається вибір права країни* (курсив наш. – С.3.). Крім договірного права, автономія волі тепер передбачається для всіх правочинів, для деяких питань права власності, а в обмеженому вигляді – для деліктів, сімейного права (загальні юридичні наслідки шлюбу, майнові наслідки шлюбу) та спадкового права. По-друге, у проекті (та чинному законі, за винятком питання обмеження кола правопорядків. – С.3.) уперше визна-

чені основні правила щодо самої автономії волі, зокрема: вибір права країни має бути явно виражений або прямо впливати з умов правочину чи обставин справи; вибір права країни, як правило, не обмежується колом правопорядків країн, між якими можливий вибір; вибір права країни або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені сторонами у будь-який час, явно виражений вибір права країни може бути здійснений як щодо правочину в цілому, так і щодо його окремих частин<sup>1</sup>.

Згадане вище розширення сфери застосування автономії волі стосується як формальної, так і змістовної складової. Для розуміння того, що ми називаємо формальною або змістовною сферою дії автономії волі, потрібно знову повернутися до поняття структури правової норми в контексті «пояснення процесу «пошуку відповідного рішення»», який «веде до важливих висновків для аналізу закону як вихідного пункту для здійснення юридичної кваліфікації. Звернемося до правового наслідку. Його настання допускається (або, іншими словами, визнається – С.З.) законом *лише за наявності умов, передбачених фактичним складом* (курсив наш. – С.З.). При цьому *він діє* (виділення курсивом мос. – С.З.) *лише за наявності такої передумови*. Відношення закону через санкцію до окремого випадку має важливе значення для розуміння процесу «пошуку рішення, що відповідає діючому праву». Воно дає можливість впорядкувати те, що в законі «загальне».

Так званий фактичний склад закону не є лише описом такого, що підлягає вирішенню випадку, як це може здатися на перший погляд; у ньому виражена правова ідея, яка обґрунтовує правовий наслідок. Отже, *передбачені у фактичному складі умови рішення* (виділення курсивом мос. – С.З.) містять одночасно і його обґрунтування. Це стане зрозумілим, якщо подивитися на закон з позиції судді, який його приймає. Суддя встановлює настання правових наслідків не тільки в тому випадку, коли

---

<sup>1</sup> Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 293.

реалізовані передумови фактичного складу, у більшості, оскільки вони реалізовані»<sup>1</sup>. Формальна сфера дії автономії волі має стосунок до фактичного складу закону, а змістовна – до правового наслідку, або, використовуючи термінологію колізійного права, формальна сфера приймає до уваги обсяг колізійної норми або колізійний статут, а змістовний колізійну прив'язку або застосований закон.

Загальною умовою застосування автономії сторін у міжнародному приватному праві є наявність іноземного елемента. Про це, зокрема, свідчить не тільки ч. 1 ст. 2. Сфера застосування МПрП-Закону, але й тлумачення «від протилежного» ч. 6 ст. 5 цього ж закону. Саме по собі це не потребує детального пояснення, за винятком хіба що проблеми про те, як бути в тому випадку, коли вибір права здійснюється при наявності іноземного елемента, а пізніше цей елемент зникає. За панівною думкою, яка реалізована в законі та не оспорується доктриною, «оскільки ціль автономії волі полягає у вирішенні колізій, то ці цивільні відносини повинні мати міжнародний (у приватному сенсі) характер. Це повинні бути відносини, що регулюються міжнародним приватним правом, тобто відносини, в яких присутній іноземний елемент»<sup>2</sup>.

Якщо взяти до уваги, що під триєдиним «іноземним елементом» традиційно розуміють «1) суб'єкт, який має іноземну належність (громадянство, місце проживання – щодо фізичних осіб; «національність» – щодо юридичних осіб); 2) об'єкт, який знаходиться на території іноземної держави; 3) юридичний факт, що мав чи має місце за кордоном»<sup>3</sup>, то для того, щоб мати можливість вільного вибору іноземного права, досить одного із трьох згаданих елементів. Така правова позиція характерна як

---

<sup>1</sup> Шапп Я. Основы гражданского права Германии: Учебник. – М.: БЕК, 1996. – С. 12, 13.

<sup>2</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 40.

<sup>3</sup> Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право: Навч. посіб. – 2-е вид., допов. – К., Юрінком Інтер, 2000. – С. 8.

для національного, в т.ч. українського приватного права, так і для права міжнародного.

Так, більшість міжнародних документів закріплюють загальне правило, що визначає міжнародний характер відносин. Наприклад, ч. 1 ст. 1 Конвенції ООН «Про договори міжнародної купівлі-продажу товарів» 1980 р., укладена у Відні, визначає міжнародний характер договірних стосунків з акцентом на третій згаданий вище елемент: «сторонами, комерційні підприємства яких знаходяться у різних державах»<sup>1</sup> та виключає застосування першого (ч. 3 цієї статті), а другий ігнорує. Тобто «комерційне підприємство» відповідно до смислу і принципів цієї конвенції розуміється не як суб'єкт чи об'єкт права, як це є в більшості випадків в українському законодавстві, а – як комерційна діяльність, тобто сукупність певних юридичних і фактичних дій (правочинів, квазіправочинів тощо). Останнє поняття комерційного підприємства як відповідної діяльності в українському законодавстві використовується в ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Та зауважимо, що Віденська конвенція, яка присвячена матеріально-правовому регулюванню міжнародної купівлі-продажу товарів, хоч і не прямо, а опосередковано у певних випадках допускає вільний вибір права, якщо взяти до уваги ч. 2 ст. 7: «Питання, що стосуються предмета регулювання даної Конвенції, які прямо в ній не вирішені, підлягають вирішенню у відповідності із загальними принципами, на яких вона заснована, а при відсутності таких принципів – у відповідності з правом, що застосовується в силу норм міжнародного приватного права»<sup>2</sup>.

Прямо вільний вибір права при укладенні договорів купівлі-продажу товарів визначений в колізійних конвенціях, наприклад, в ст. 7 Гаазької конвенції «Про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів» 1986

---

<sup>1</sup> Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Статут, 1996. – С. 196.

<sup>2</sup> Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Статут, 1996. – С. 198.

р., яка аналогічно до Віденської конвенції визначає іноземний елемент через поняття комерційного підприємства.

У національному праві, враховуючи те, що автономія волі, як правило, закріплюється в законах про міжнародне приватне право або в окремих розділах цивільних кодексів, норми яких регулюють «міжнародні невідносини, ускладнені іноземним елементом»<sup>1</sup>, то предметом автономії волі (автономії сторін, вільного вибору права) автоматично повинні бути відносини, що не виходять за рамки предметного складу міжнародного приватного права. При цьому, наприклад, зважаючи на преамбулу МПрП-Закону, в якій визнаються міжнародними приватними – «приватноправові відносини, які хоча б через один із своїх елементів пов'язані з одним або кількома правопорядками, іншими, ніж український правопорядок»<sup>2</sup>, а також абз. 1 п. 2 ч. 1 ст. 1 цього закону – до предметного складу українського міжнародного приватного права включаються приватні відносини хоча б з одним іноземним субелементом, в т.ч. таким, як комерційне підприємство. Про останнє свідчить тлумачення абз. 4 п. 2 ч. 1 ст. 1 МПрП-Закону, в якому йдеться про таку ознаку, як юридичний факт. Зрозуміло, що для застосування принципу автономії волі із правила про достатність одного субелементу іноземного елемента винятку в законі немає.

Отже, із викладеного опису правового регулювання приватних відносин можна зробити висновок про те, що в Україні при відсутності іноземного елемента МПрП-Закон не застосовується, так само як не застосовується й іноземне право, в т.ч. на підставі автономії волі. Український законодавець, в ч. 6 ст. 5 МПрП-Закону, розв'язує проблему загальних умов застосування автономії волі досить чітко і лаконічно: «вибір права не здійснюється, якщо відсутній іноземний елемент у правовідносинах»<sup>3</sup>, тобто вибір права дозволяється винятково до відносин, що мають міжнародний (приватний) характер, і не допускається

<sup>1</sup> Фединак Г.С., Фединак Л.С. Міжнародне приватне право: Навч. посіб. – 2-е вид., допов. – К., Юрінком Інтер, 2000. – С. 9.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

<sup>3</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

при приватноправових відносинах, що мають суто внутрішній характер. Аналогічно розв'язується дана проблема колізійним законодавством багатьох країн світу.

Однак така ситуація не є категорично прийнятною. Так, «згідно п. 3 ст. 3 Римської конвенції, той факт, що сторони обрали іноземне право (навіть якщо це поєднується з вибором суду, але всі інші елементи, що мають значення для ситуації під час вибору права, пов'язані тільки з однією країною), не перешкоджає застосуванню імперативних норм права цієї країни»<sup>1</sup>. Указане положення означає, що Римська конвенція допускає не значні обмеження умов для застосування автономії волі, яка набуває майже абсолютного значення, оскільки при створенні конвенції «експерти навели приклади справ, у яких вибір іноземного права сторонами був повністю виправданим, хоча ніяких інших елементів не існувало. Цей підхід визнали добре обґрунтованим і, з рештою, дозволили сторонам договору, всі елементи якого пов'язані з однією країною, обирати в якості застосовуваного іноземне право з урахуванням того, що такий вибір не повинен виключати застосування імперативних норм тієї країни, в якій локалізовані всі елементи договору»<sup>2</sup>. Аналогічний підхід відомий і національно-правовому регулюванню колізійних відносин, наприклад, у Німеччині відповідно до абз. 3 ст. 27 Вступного закону до німецького ЦК, який допускає вибір права, навіть коли «обставини справи пов'язані тільки з однією державою»<sup>3</sup>. «При цьому імперативні норми національного права мають пріоритет перед обраним сторонами правом»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Бардина М.О. О праве, применимом к договорным обязательствам в органах ЕС // Хозяйство и право. – 1997. – № 4. – С. 118.

<sup>2</sup> Лугинина Ю.С. Основные положения Конвенции 1980 года, о праве применимом к договорным обязательствам и Межамериканской конвенции 1994 г., о праве применимом к международным договорам (Сравнительный анализ) // Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В.Витрянского. – М: Статут. – 2002. – С. 407.

<sup>3</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И.



Зрозуміло, що питання про те, як бути у випадку, коли іноземний елемент при виборі застосовного права був наявний, а пізніше відпадає, залежить від ставлення до автономії волі в цілому. Але якщо автономія волі характеризується абсолютними ознаками, то припинення іноземного елемента не буде впливати на уже здійснений вільний вибір права. У протилежному випадку, питання може бути позитивно вирішене з погляду дійсності існуючого вибору права шляхом тлумачення відповідних правових норм. Ідеться, насамперед, про те, що вчинений вибір є таким юридичним фактом, умови для недійсності якого, так само як і згаданий правовий наслідок, мають бути прямо визначені в законі. Якщо вони не визначені, то вільний вибір права після відпадання іноземного елемента має визнаватися правопорядком. Детальніше дослідження питання «іноземного елемента» виходить за рамки даної роботи.

Крім загальної умови застосування автономії волі, в міжнародному приватному праві є також особливі (спеціальні) умови, які за своєю суттю є попередніми або побічними питаннями, що виникають тоді, коли ставиться основне колізійне питання, незалежно від того, як воно вирішується: на основі *lex voluntatis* або шляхом застосування відповідної імперативної колізійної норми. Найбільш суттєвими спеціальними умовами застосування автономії волі є питання про суб'єкти та часові рамки її реалізації.

Питання про суб'єкти автономії волі розпадається на дві частини: про сторони відповідного відношення, в якому визнається вільний вибір права, та про проблему третіх осіб при цьому.

Проблема сторін у контексті автономії волі розв'язується в цілому в рамках розглянутого вище питання іноземного елемента, оскільки це, узявши до уваги, наприклад, абз. 2 п. 2 ч. 1

---

Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 279.

<sup>1</sup> Детальніше див.: Кох Х., Магнус У., Винеклер фон Моренсфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр. наук Ю.М. Юмашева. – М.: Международные отношения, 2001. – С. 144.

ст. 1 МПрП-Закону: «хоча б один учасник правовідносин є іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою»<sup>1</sup>, форма, або субелемент іноземного елемента. Із вищевикладеного зрозуміло, що для вільного вибору іноземного права не потрібно, що хоча б один учасник відповідних правових відносин був іноземцем. Водночас у даному випадку особливе значення має питання про цивільну дієздатність, яка є необхідною умовою для застосування автономії сторін.

Більш складна проблема – питання третіх осіб з погляду вибору застосування іноземного. Про це свідчить хоча б те, що як у міжнародному, так і в національному праві існує спеціальне регулювання цієї проблеми. Так, п. 3 ст. 11. Вибір права Загальних положень закону Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право» констатує: «Правовому положенню третьої особи наступним вибором права шкода не спричиняється»<sup>2</sup>. Аналогічне правове регулювання існує в п. 2 ч. 5 ст. 5 МПрП-Закону, при цьому проблема в українському законі так само стосується обмеження або порушення прав третіх осіб не взагалі, а з певного моменту, що є традиційним підходом до розв'язку даної проблеми.

В міжнародних джерелах, наприклад, згідно з п. 2 ст. 7 згаданої вище Гаазької конвенції «Будь-яка зміна сторонами застосовуваного права після укладення договору не наносить шкоди формальній дійсності договору або правам третіх осіб»<sup>3</sup>. Аналогічну норму також містить і п. 2 ст. 3 Римської конвенції, про яку також ішлося вище.

Проблема часу має значення не тільки при визнанні права третіх осіб, але й у ширшій площині. Йдеться про те, що питання про умови застосування автономії сторін містить у собі ще

---

<sup>1</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 407.

<sup>3</sup> Конвенция ООН о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров. Гаага, 1986 г. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1996. – С. 257.

однин важливий момент: коли може бути зроблений вибір права?

У деяких країнах (ФРН, Швейцарія) вибір права (або заміна раніше здійсненого вибору) допускається в будь-який час, тобто при укладанні договору, на різних етапах його виконання, у процесі арбітражного вирішення спору. В інших країнах (Угорщина, Італія) вимагається, щоб вибір був зроблений під час укладання угоди<sup>1</sup>. В Україні положення про те, що «вибір права країни або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені сторонами у будь-який час, зокрема, при вчиненні правочину, на різних стадіях його виконання тощо» (ч. 5 ст. 5 МППрП-Закону)<sup>2</sup>, можна інтерпретувати тільки так, що відповідна норма визнає необмежену часовими рамками автономію сторін.

Міжнародно-правова уніфікація часової проблеми автономії волі не відрізняється від наведеного вище національного регулювання. Так, відповідно до п. 2 ст. 7 Гаазької конвенції «Про право, застосовуване до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів» «сторони можуть в будь-який час домовитися про підпорядкування договору в цілому або його частини якому-небудь іншому праву, крім права, яким він регулювався раніше, незалежно від того, що право, що раніше регулювало цей договір, було обране сторонами»<sup>3</sup>.

Що ж стосується практики, то вона також займає позитивну позицію щодо можливості здійснення автономії сторін у будь-який час, навіть під час розгляду спору в суді (арбітражі), про що, зокрема, свідчить справа МКАС при ТПП України № 8 від 21.02.2003 року: «Згідно з наданою Арбітражному суду мировою угодою, підписаною в засіданні Арбітражного суду ..

---

<sup>1</sup> Довгерт А. С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. – К., 1992. – С. 47.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

<sup>3</sup> Конвенция ООН о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров. Гаага, 1986 г. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Статут, 1996. – С. 257.

«Матеріальним правом, що регулює контракт № 54 від 6 травня 1999 р., є матеріальне право України»<sup>1</sup>.

Отже, ні національний, ні міжнародний закони, як правило, не обмежують сторони часовими рамками щодо застосування автономії волі. Не є винятком і розглянута вище проблема обмеження чи порушення прав, які набули треті особи до моменту вибору права або зміна раніше обраного права.

Згадані вище загальні та особливі умови застосування автономії волі мають значення для двох можливих способів її реалізації: на підставі письмової угоди та конклюдентних дій, які можуть бути пояснені через поняття мовчазного волевиявлення та інших їх ознак. Способи застосування автономії волі є іншим аспектом розглянутого вище питання про форми реалізації колізійної норми про автономію волі. Зважаючи на те, що ми вже розглянули договірну форму, або, іншими словами, договірний спосіб застосування автономії волі, в цьому місці ми зупинимося на таких, крім питання про загальну кількість способів, питаннях: характеристика квазідоговірного способу застосування автономії волі та пояснення його відмінностей від договірної форми реалізації вільного вибору права, в т.ч. визначення переваг кожної із них.

Відомо, що застосування автономії волі передбачає вибір сторонами певної правової системи, при цьому такий вибір може бути по-різному виражений. Як зазначено вище, договірний та квазідоговірний спосіб застосування автономії волі є прямою формою реалізації автономії сторін, про що свідчить, зокрема, аналіз ч. 2 ст. 5 МПРП-Закону, в якій для позначення обох згаданих способом вживаються синонімічні слова «явно вираженим або прямо впливати з дій сторін правочину...»<sup>2</sup>. Непрямою формою реалізації можна вважати пояснену вище конкуренцію колізійних прив'язок.

---

<sup>1</sup> Практика МКАС при ТПП України. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И.Г. Побирченко. – К.: Практис, 2006. – С. 96-97.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

У доктрині міжнародного приватного права зустрічаються й інші схеми, які, на наш погляд, не мають переваг у порівнянні із наведеним нами поділом способів застосування автономії волі на дві частини. Так, Н.В. Тригубович пропонує наступну класифікацію способів вираження автономії волі в залежності від наслідків, які вони за собою тягнуть: «1. Сторони чітко і ясно виявили свій вибір застосовуваного до договору права, закріпивши його як умову договору чи арбітражного застереження;

2. Сторони не виразили свій вибір, але він може бути з упевненістю виведений з умов договору чи дійсних обставин справи (намір, що мається на увазі, мовчазний вибір);

3. Сторони не зробили вибір, але суддя приписує їм такий вибір, визначаючи його на основі суб'єктивних критеріїв (гіпотетична воля);

4. Сторони не виявили свій намір здійснити вибір застосовуваного до договору права, і суд визначає застосовуване право згідно з тією чи іншою колізійною нормою»<sup>1</sup>. Дана класифікація немає єдиної підстави для поділу. Так, перші три складові відрізняються від четвертої тим, що за основу береться критерій вибору або невибору права. Мається на увазі, що в другому та третьому пунктах сторони все ж таки зробили вибір, але не в письмовій формі, тоді як в останньому випадку ні в письмовій, ні в іншій формі сторони вибору не зробили. Саме тому в даному випадку має застосовуватись імперативна колізійна норма. Далі зауважимо, що другий та третій критерії, насправді, нічим з погляду існування та пізнання вибору права суттєво не відрізняються один від одного: з одного боку йдеться про внутрішню психолого-емпіричну волю, яка виражена назовні у конклюдентній (мовчазній формі), тоді як з другого – про розумну волю, вираження якої назовні встановлюється за допомогою раціональних операцій. У зв'язку з тим Н.В. Тригубович, на відміну від нас, не проводить паралель між гіпотетичною волею

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 97.

та принципом більш тісного зв'язку, що ж до третього пункту класифікації, то варто сказати, що відсутність у більшості іноземних колізійно-правових актів, у т.ч. і в українському законі «Про міжнародне приватне право», а також в міжнародних конвенціях норм, які б закріплювали можливість установлення гіпотетичної волі інакше, ніж через поняття більш тісного зв'язку, свідчить про недостатню обґрунтованість зазначеної правової позиції.

Тому, якщо об'єднати два чи всі три останні критерії, запропоновані Н.В. Тригубович, та протиставити їх першому критерію, то отримаємо класифікацію, якій вище надали перевагу: категоричний або конклюдентний вибір права. Однак, із застереженням про те, що конклюдентні дії у вузькому сенсі та гіпотетична воля (2 та 3 пункт класифікації) досить подібні, варто погодитись із Н.В. Тригубович у тому, що «всі чотири ситуації є ланками одного ланцюга, до яких суд, що визначає застосовуване право, звертається послідовно»<sup>1</sup>. Тобто, якщо вибір застосовуваного права категорично не виражений, суд буде намагатися вивести його з умов договору чи з обставин справи (конклюдентний вибір), якщо ж це неможливо, суд самостійно визначає застосовуване право, як свідчить законодавчий досвід, згідно з принципом більш тісного зв'язку. Тоді, коли й це неможливо, тобто є ситуація, коли вибір права не з'ясований жодним із згаданих способів (*non liquet*), то належить застосовувати імперативну колізійну норму, що відповідає 4 пункту класифікації Н.В. Тригубович.

Викладене вище потребує детальнішого розгляду конклюдентного способу вибору права, який розпадається на дві частини: конклюдентні дії у вузькому розумінні та мовчазне волевиявлення. Про це, зокрема, свідчить аналіз ч. 2 ст. 5 МПРП-Закону, відповідно до якого слова «прямо впливати з дій сторін правочину» необхідно кваліфікувати як конклюдентні дії у ву-

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве Дис... канд. юрид. наук. (12.00.03) – Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 97.

зькому сенсі, а слова «прямо впливати з ... умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності ...»<sup>1</sup> – як мовчазне волевиявлення. У міжнародному приватному праві існує й протилежний погляд, який не виділяє мовчазне волевиявлення із поняття конклюдентних дій. Наприклад, А.Б. Покровська пише: «Вибір права, що впливає з поведінки сторін, складають конклюдентні дії, воля сторін у даному випадку вважається мовчазною. Прикладом може бути систематичне оформлення документів стороною договору у відповідності з вимогами законодавства відповідної країни, оскільки про це просить друга сторона договору ...»<sup>2</sup>, однак така позиція не буде відповідати чинному в Україні законодавству (ч. 2 ст. 5 МПРП-Закону).

Про позитивне ставлення до конклюдентного вибору права, зокрема, говорив Л.А. Лунц: «Воля, що безперечно витікає із дій сторін (так званих “конклюдентних дій”), повинна бути взята до уваги»<sup>3</sup>. Конклюдентний спосіб здійснення автономії волі – достатньо розповсюджене явище національного законодавства іноземних держав. Зокрема, про нього йдеться в ч. 1. ст. 39 Загальних положень закону Ліхтенштейну «Про міжнародне приватне право»: «Зобов'язальні відносини регулюються згідно з тим правом, яке сторони вказали прямо вираженим способом або конклюдентно»<sup>4</sup>, що можна було б вважати стислою формулою положення, викладеного більш детально в ч. 2 ст. 5. МПРП-Закону.

Можливість існування конклюдентного вибору права мо-

<sup>1</sup> Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

<sup>2</sup> Покровская А. Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 353.

<sup>3</sup> Лунц Л. А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. – С. 248.

<sup>4</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 413.

же бути підтверджена і практикою його застосування. Зокрема, в справі № 8 від 21.02.2003 р. МКАС при ТПП України: «Відповідач розтлумачив частину першу розділу «Арбітраж», у якому сторони передбачили можливість передачі спорів на розгляд Міжнародного Арбітражного Суду ТПП в м. Відень із застосуванням матеріального права Австрії. В результаті чого він дійшов висновку, що при виборі в даному випадку застосовуваного права сторони керувалися принципом *lex arbitri* (застосування права тої країни, в якій знаходиться арбітраж). Продавець вправі звернутися в МКАС при ТПП України, якщо позивачем у спорі є продавець. У зв'язку з цим, відповідач вважає, що по аналогії з ч. 1 арбітражного застереження, застосовуючи принцип *lex arbitri* при розгляді спору МКАС при ТПП України, застосуванню підлягає матеріальне право України»<sup>1</sup>.

Крім того, справа № 217/2001, від 06.09.2002 р. МКАС при ТПП РФ, передбачала наступне: «При кваліфікації договору і, відповідно, при визначенні застосовуваних норм законодавства, береться до уваги не тільки буквальне значення слів, указаних у договорі, але й результати аналізу передбачених у ньому змісту відносин сторін»<sup>2</sup>.

На доповнення варто сказати, що, з одного боку, місцезнаходження сторін та їхня національність, місцезнаходження предмета договору, посилання до положень, термінології чи інститутів певної правової системи, невідомих іншим правовим системам, використання мови, документації, що прийнята в конкретній країні та інше, можуть бути використані в якості доказів мовчазного вибору застосовного права, а з іншого — вони можуть бути конклюдентним вибором права. Х. Кох взагалі називає такі докази «другорядними»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Практика МКАС при ТПП України. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И.Г. Побирченко. — К.: Праксис, 2006. — С. 95-96.

<sup>2</sup> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 — 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. — М.: Статут, 2004. — С. 409.

<sup>3</sup> Кох Х., Магнус У., Винеклер фон Моренсфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр.



Деякі ситуації вимагають врахування доказів як мовчазного, так і конклюдентного вибору, наприклад, як вважає О. Белоглавок, «не можна робити висновки щодо вирішальної правової системи, виходячи лише з факту, що контракт було написано певною мовою, тому що у міжнародних ділових стосунках контракти часто пишуть мовою третьої країни (мовою, яку звикли використовувати учасники міжнародних угод). Інколи контракти пишуть кількома мовами. Деякі мови (як правило, ті, що традиційно використовуються у міжнародних ділових відносинах, а саме: англійська, французька, німецька та іноді іспанська) є державними мовами багатьох країн»<sup>1</sup>.

Однак часто достатньо лише того, щоб у контракті згадувалося про конкретну норму певної правової системи або певний правовий інститут, що є типовим для цієї правової системи. Але сумнівів щодо типовості саме конкретній правовій системі цього бути не може. «Наприклад, якщо контракт містить статтю щодо «зменшення купівельної ціни на 50%», то, за певних обставин, ми можемо припустити, що сторони домовилися використовувати австрійське право, тому що «зменшення купівельної ціни на 50%» є відносно добре відомим інститутом австрійського цивільного (зобов'язального права) права»<sup>2</sup>.

Про складність розмежування конклюдентних дій і мовчазного вибору права свідчить також аналіз, зокрема, двох міжнародних конвенцій, які стосуються цього вибору, а саме Римської конвенції та Гаазької конвенції. При відсутності категорично вираженої волі сторін суд управі вирішувати питання про наявність мовчазного волевиявлення щодо вибору права різними способами: або зважаючи на умови правочину, або на обставини справи. При цьому слід звернути увагу на особливу роль суду (арбітражу) при визначенні такого способу застосу-

---

наук Ю. М. Юмашева. – М.: Международные отношения, 2001. – С. 144.

<sup>1</sup> Белоглавок О. Міжнародне контрактне право. – К.: Таксон, 2000. – С.49.

<sup>2</sup> Белоглавок О. Міжнародне контрактне право. – К.: Таксон, 2000. – С.51.

вання автономії волі. Як правило, питання про наявність мовчазного вибору судом «вирішується за клопотанням однієї зі сторін договору, яка наполягає на тому, що погодження сторін стосовно обрання відповідної правової системи справді була»<sup>1</sup>.

Про особливу роль у визначенні мовчазного вибору права може свідчити також те, що в судовій практиці в якості доказів мовчазного вибору права є врахування факту укладення пророгаційного (арбітражного) застереження, тобто проблема вибору права в даному випадку вирішується через застосування колізійного принципу *lex fori* (*lex arbitri*). Доказами визнання судом (арбітражем) мовчазного вибору права служить наведена, зокрема, Н.В. Тригубович, практика англійських, французьких та американських судів (арбітражних судів)<sup>2</sup>.

Та, як підтверджує практика МКАС при ТПП України, не завжди вибір компетентного суду вказує на вибір застосовуваного права, зокрема в справі № 61 від 18.02.2003р. зазначалось: «Правовою підставою розгляду справи в МКАС при ТПП України є розділ «арбітраж» контракту від 10 березня 1999р., згідно з яким ...

Продавець управі звернутися до МКАС при ТПП України, якщо позивачем у спорі є продавець. Вирішення спору проводиться відповідно з регламентом вказаного Арбітражного Суду.

...

Позивач визнав відсилання відповідача на матеріальне право України необґрунтованим. ...

Арбітражний суд дійшов висновку, що в контракті відсутня угода сторін про застосовуване право при розгляді

---

<sup>1</sup> Покровская А. Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 351.

<sup>2</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права.– Саратов, 1999. – С. 102-104.

справи МКАС при ТПП України»<sup>1</sup>.

Мовчазний вибір передбачений в п. 1 ст. 3 Римської конвенції з акцентом на те, що вибір права може з «розумною визначеністю впливати із умов договору або обставин справи»<sup>2</sup>, тоді як п. 1 ст. 7 Гаазької конвенції закріплює, що «вибір права повинен прямо впливати з умов договору і поведінки сторін, що розглядаються в сукупності»<sup>3</sup>, тобто не містить такого елементу, як «впливати із ... обставин справи». Цікаво, що в п. 1 ст. 7 Міжамериканської конвенції, йдеться про «поведінку сторін і умови договору», що формально відповідає регулюванню не Римської, а Гаазької конвенції, хоча насправді відмінність не є суттєвою. Якщо врахувати досвід згаданих міжнародних конвенцій, то ч. 2 ст. 5 МПРГІ-Закону є найбільш повним регулюванням, оскільки в ньому використовуються всі згадані в цьому абзаці поняття. А от, наприклад, ст. 19 Єгипетського ЦК, використовує тільки одне з них, про що свідчить твердження М. Іссад, що в цій країні «до контракту застосовується право, обране сторонами, або право, вибір якого «впливає із обставин»»<sup>4</sup>.

Викладений вище доктринальний та нормативний матеріал щодо способів застосування автономії волі можна підсумувати шляхом пояснення відмінностей категоричної та конклюдентної форми реалізації вільного вибору права. Головною відмінністю є складність встановлення суддею у випадку виникнення спору передумов вільного вибору права сторонами: в першому випадку це зробити досить легко, і проблема при цьому полягає тільки в тому, щоб угода про вибір права була визнана дійсною та була належно інтерпретована, а в другому

<sup>1</sup> Практика МКАС при ТПП України. Внешнеэкономические споры / Под общ. ред. И.Г. Побирченко. – К.: Практис, 2006. – С. 94.

<sup>2</sup> Бардина М.О. О праве, применимом к договорным обязательствам в органах ЕС // Хозяйство и право. – 1997. – № 4. – С. 117.

<sup>3</sup> Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения разрешение споров. – 3-е изд. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 257.

<sup>4</sup> Иссад М. Международное частное право / Под ред. проф. М.М. Богуславского. М.: Прогресс, 1989. – С. 190.

суд зустрічається із тими проблемами, які були нами викладені вище. Таким чином, категоричний вибір права має суттєву перевагу перед конклюдентним вибором, яка полягає в тому, що перший спосіб є набагато визначенішим за другий. При категоричному застосуванні автономії волі сторони з упевненістю виражають свій вибір в угоді, як правило, посилаючись на матеріальні норми обраної правової системи (наприклад: “Всі відносини, що випливають з укладеного договору, підлягають регулюванню нормами матеріального права України”). Таке волевиявлення сторін є класичним способом здійснення принципу автономії сторін.

Крім того, необхідно взяти до уваги те, що твердження А.Б. Покровської про те, що «зважаючи на те, що обрання сторонами правового регулювання своїх договірних стосунків виражається в укладенні угоди про застосовуване право (форма якого повинна відповідати формі зовнішньоекономічного договору, частиною якого вона є), компетентний орган не у змозі буде визнати конклюдентні дії сторін правочином про застосовуване право, якщо стороною в договорі буде особа, національне законодавство якої вимагає укладення зовнішньоекономічного правочину у письмовій формі»<sup>1</sup>, правильне тільки наполовину, оскільки, крім загальної норми про обов’язковість форми зовнішньоекономічних угод (наприклад ч. 2 ст. 6 ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність»), у тому ж національному законодавстві може бути спеціальна норма про те, що конклюдентний вибір права допускається (згадана вище ч. 2 ст. 5 МПРП-Закону). У такому випадку перевага повинна надаватися застосуванню спеціальної норми. Додатковим аргументом є кваліфікація поняття «впливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи» як юридичного факту, якщо не договірною, то позадоговірною характеру, який у

---

<sup>1</sup> Покровская А. Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып.5 / Под ред. В.В. Вигрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 354, 355.

будь-якому випадку має неписьмову форму.

Згадана вище проблема дійсності вибору права може бути конкретизована так. При розгляді умов застосування автономії волі не менш важливо розглянути питання про те, за яким правом визначається дійсність угоди про вибір права, оскільки від цього залежить правове регулювання договірних відносин сторін у цілому, а, крім того, невизначеність цього питання може призвести до несанкціонованого обмеження прав сторін обирати застосовуване право.

Зважаючи на вищепроведений порівняльно-правовий аналіз, можна стверджувати, що більшість правових систем закріплює автономію волі, але в різних країнах нормативне закріплення має різні обсяги. Неоднакове колізійно-правове регулювання автономії волі в різних країнах є причиною неоднозначного вирішення проблеми визначення дійсності угоди про вибір права: питання може бути розв'язане на основі принципів *lex fori (lex arbitri)*, *lex causae*, *lex voluntatis* або принципу більш тісного зв'язку.

Так, як зазначає Н.В. Тригубович, німецький колізіоніст «Раапе Л. вважає, що «мірилом для угоди про вибір права слугує колізійна норма країни суду»<sup>1</sup>. Ф. Вішер стверджує, що «тільки суд, який контролює вибір права, визначає умови, межі і можливості автономії волі»<sup>2</sup>. Вирішення питання чітко і недвозначне, коли спір розглядається національним судовим або арбітражним органом»<sup>3</sup>. Таке розв'язання проблеми на основі *lex fori (lex arbitri)* досить справедливе, але не можна забувати про те, що все-таки існує різниця між вибором права у випадку, коли спір буде розглядатися судовою установою або коли сто-

<sup>1</sup> Раапе Л. Международное частное право: Сокр. пер. нем. изд. А.М. Гурвича. Под ред. и с предисл. д-ра юрид. наук Л.А. Лунца. – М.: Изд-во. иностр. лит., 1960. – С. 428.

<sup>2</sup> Visser F. General course on Private International Law. Recicuel des course. Hague, 1992. Vol. 1. – P. 139.

<sup>3</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 49, 50.

рони звернуться до міжнародного комерційного арбітражу, оскільки арбітражна процедура можлива тільки на основі письмової арбітражної угоди (застереження), то питання про дійсність угоди про вибір права, як правило, вирішується в рамках питання про дійсність основної або арбітражної угоди.

На компромісний шлях розв'язання проблеми також указує В.Л. Толстих: «... автономія волі регулює відносини суду і сторін. Такі відносини за своєю природою є процесуальними, і, як і будь-які інші процесуальні відносини, повинні регулюватися правом країни суду. Звідси висновок: угода сторін про вибір права повинна регулюватися правом країни суду в частині правових наслідків дії цієї угоди. Форма і дійсність угоди про вибір права регулюються правом країни, яке застосовується до основного договору»<sup>1</sup>. В останньому реченні фіксується принцип *lex causae*.

Останній підхід – за своєю суттю подвоєння *lex voluntatis* – закріплений в п. 1 ст. 10 Гаазької конвенції: «Питання, що стосуються наявності і матеріальної дійсності – згоди сторін стосовно вибору застосовуваного права, в тих випадках, коли такий вибір задовольняє вимоги статті 7 (в цій статті йдеться про *lex voluntatis*. – С.3.), визначаються обраним правом. Якщо згідно з даним правом вибір недійсний, право, що регулює договір, визначається за статтею 8 Конвенції»<sup>2</sup>.

Найбільш складним випадком визначення дійсності угоди про вибір права є застосування для цього принципу більш тісного зв'язку, який може застосовуватися субсидіарно, тобто тоді, коли описані вище не дають позитивного результату. Тому ми можемо погодитися з думкою Н.В. Тригубович, що «найбільш прийнятним було б визначати дійсність угоди про вибір права за правом, обраним сторонами правом. По-перше, такий підхід од-

<sup>1</sup> Толстих В.Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 58.

<sup>2</sup> Конвенция ООН о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров. Гаага, 1986 г. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Статут, 1996. – С. 212.

разу ж вирішив би колізійне питання і не потрібно було б додаткового застосування колізійних норм або додаткового визначення країни, з якою договір має суттєвий зв'язок. По-друге, саме з цим правом пов'язували свої правові очікування сторони при укладанні договору. По-третє, обране право буде регулювати договір, з приводу якого і відбулася угода про вибір права»<sup>1</sup>.

При розв'язуванні дійсності угоди про вибір права за обраним сторонами правом з'являється нова проблема, пов'язана із так званою «теорією розщеплення договору», аналіз якої буде викладений нижче. В даному випадку виникне колізія правопорядків, обраних сторонами до різних частин договору, тому, як вбачається, сторони повинні самі визначити, яким правом буде регулюватися дійсність їхньої угоди про вибір права.

Аналіз ст.ст. 32, 33 МПрП-Закону дозволяє зробити висновок про те, що український законодавець є прихильником розв'язання проблеми дійсності угоди про вибір права на основі права, обраного сторонами.

Субсидіарність принципу більш тісного зв'язку проявляється не тільки при вирішенні питання про дійсність угоди про вибір права, а й у випадку, коли вибір права не може бути визначеним. Отже, принцип більш тісного зв'язку застосовується не тільки при відсутності в цілому виборі сторонами застосовного права, а й тоді, коли цей вибір не можна встановити. Останнє положення підтверджується ч. 2 ст. 4, а також безпосередньо ч. 2. ст. 32 Закону України «Про міжнародне приватне право» та, крім того, ч. 10 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»<sup>2</sup>.

Таке правило закріплюють також більшість конвенцій, що діють у даній сфері (п. 1 ст. 4 Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань, ст. 9 Міжамериканської конвенції про право, що застосовується до міжнародних контрактів). Однак, згідно з п. 1 ст. 8 Гаазької

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 49, 54.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 року, діє право країни продавця.

Наведене свідчить про запозичення українським законодавством підходу, встановленого Римською конвенцією, що є позитивним моментом для національного законодавства.

Підсумовуючи сказане, можна сформулювати висновок про те, що для аналізу автономії волі ключове значення має проблема предмета норм, які утворюють цей інститут, тобто вирішення питання про те, які суспільні відносини вони регулюють.

Як вбачається, визначення права, що буде вирішувати питання про дійсність угоди про вибір права, справедливіше віддати на розсуд сторонам правочину, стосовно якого реалізується автономія волі.

У зв'язку з тим, що в чинному МПрП-Законі питання дійсності угоди про вибір права спеціально не врегульовані, що вимагає складної інтерпретації ст.ст. 4, 32 та 33 цього закону, ми пропонуємо доповнення такого змісту: «Сторони правочину можуть обрати право, що визначає дійсність угоди про вибір права. При відсутності такого вибору регулювання здійснюється на загальних підставах.

При підпорядкуванні правочину декільком правовим системам, сторони зазначають, яка з них буде вирішувати питання дійсності угоди про вибір права, інакше дане питання вирішується згідно з частиною 2 даної статті».

Свій вибір сторони можуть здійснити в будь-який момент за умови того, що при цьому не зачіпаються інтереси третіх осіб. Запропонована новела буде відповідати концепції ЗУ «Про міжнародне приватне право», яка була викладена розробниками відповідного проекту в збірнику «Кодифікація приватного (цивільного) права України» (К., 2000), зокрема, в тій частині, яка стосується засад автономії волі<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 293.



### 2.3. Формальна сфера дії автономії волі

Узявши до уваги поділ сфери дії на формальну та змістовну, першу з них можна визначити двома способами: прямим і непрямим. У першому випадку визначається обсяг застосування за допомогою конкретизації статуту автономії волі на основі вітчизняного законодавства. При цьому статут нами розуміється в традиційному значенні як синонім тієї чи іншої галузі застосовуваного матеріального права у випадку виникнення колізійного питання. У другому випадку формальну сферу дію автономії волі можна уточнити шляхом визначення того матеріального права (колізійного статуту), стосовно якого автономія волі не застосовується повністю або частково.

**2.3.1. Обсяг застосування автономії сторін.** У літературі міжнародного приватного права сформувалася думка, що своєрідність матеріально-правової галузі не є перепорою на шляху принципової допустимості автономії сторін, однак впливає на її оформлення в деталях<sup>1</sup>.

Класичною галуззю застосування автономії сторін у міжнародному приватному праві є зобов'язальне право. У зобов'язальному праві автономія сторін найчастіше зустрічається в праві договорів, для якого характерний принцип свободи договору (приватна автономія), що – вираження матеріально-правової свободи. Колізійно-правова свобода є доповненням першого різновиду свободи.

А ось, автономія волі може застосовуватись і поза рамками як договірної, так і зобов'язального права в цілому. У згаданій вище літературі констатується тенденція все більше зважати на можливість використання національним законодавцем принципу автономії сторін поза межами зобов'язального права.

---

<sup>1</sup> Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 272.

Ця тенденція в майбутньому все більше посилюватиметься за допомогою діяльності Гаазької конференції<sup>1</sup>. Український закон «Про міжнародне приватне право» є яскравим прикладом підтвердження встановленої тенденції, оскільки в ньому, як зазначалося вище, з одинадцяти розділів особливої частини закону принцип автономії волі не згадується тільки в одному з них, а саме в розділі II Колізійні норми щодо правового статусу фізичних та юридичних осіб.

Отже, зобов'язальний статут, як нормальна формальна сфера дії автономії волі в міжнародному приватному праві, розпадається на дві частини, кожна з яких може мати певну специфіку з погляду позитивно-правового визнання або невизнання автономії волі. Насамперед, звернемося до аналізу договірного статуту в аспекті автономії сторін, який розпадається на дві складові: по-перше, про легальну конструкцію загального положення про сферу дії права, що застосовується до договору (йдеться про об'єднання в систему ч. 1 ст. 5, ст.ст. 31-33, 35, 43-45, 47 ЗУ «Про міжнародне приватне право»), по-друге, про розщеплення договірного статуту.

Що стосується першого елемента класифікації, то варто зазначити, що вітчизняний законодавець застосовує досить складну конструкцію для так званого договірного статуту автономії волі: абстрактно виражена гіпотеза ч. 1 ст. 5 ЗУ «Про міжнародне приватне право» конкретизується гіпотезою ст. 43 цього ж закону. Ці дві статті можна назвати основними нормами щодо автономії волі, при цьому перша норма є принципом, а друга – безпосередньо окреслює межі, в яких суб'єкти права (в даному випадку сторони договору) можуть самостійно здійснювати вибір права. Всі інші згадані в попередньому абзаці статті є допоміжними до двох останніх статей, оскільки вони лише по-різному інтерпретують згадане в гіпотезі ст. 43 поняття договору як такого. Отже, формальною сферою дії автономії волі, або,

---

<sup>1</sup> Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 270.

іншими словами, договірним статутом автономії волі, є фактичний склад (гіпотеза) ст. 43 ЗУ «Про міжнародне приватне право», яка при своєму застосуванні має бути розвинута за рахунок інших, перерахованих нами статей.

Допоміжні норми утворюють певну ієрархію, відповідно до якої, положення ст. 47 ЗУ «Про міжнародне приватне право» мають бути доповнені ст.ст. 31-33, 35 цього ж закону. Це дозволяє нам стверджувати, що українське колізійне законодавство додатково до формальної сфери дії автономії сторін відносить зміст правочину, дійсність правочину, його тлумачення та правові наслідки недійсності правочину, а також, за винятками, передбаченими законом, – форма правочину та позовна давність.

Для порівняння, міжнародні договори відносять до питань, що регулюються правом, обраним сторонами, в т.ч.: тлумачення договору, права й обов'язки сторін і виконання договору, момент набуття покупцем права на продукти, плоди і доходи, пов'язані з товарами, момент переходу на покупця ризику стосовно товарів, дійсність і юридична сила положень про збереження права власності на товари у відносинах між сторонами, наслідки невиконання договору, включаючи види збитків, за які може бути отримана компенсація, без шкоди, проте, для процесуальних норм суду – різні способи погашення зобов'язань, а також строки набувальної та позовної давності, наслідки нікчемності або недійсності договору<sup>1</sup>. Все це разом утворює, з урахуванням застереження про поділ на основні та допоміжні норми, поняття статуту автономії волі, в даному випадку договірного статуту автономії волі. Формальна сфера дії автономії волі та статут автономії волі – тотожні поняття.

Що ж стосується розщеплення договірного статуту, то, в першу чергу, це питання про те, чи можуть сторони обрати право не до всього договору, а лише до частини, залишаючи про-

---

<sup>1</sup> Конвенція ООН о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров. – Гаага, 1986 г. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Статут, 1996. – С. 260.

блему застосування права до інших частин договору на розсуд компетентного суду. В Україні чинне законодавство передбачає таку можливість для сторін договору в ч. 3 ст. 5 ЗУ «Про міжнародне приватне право», відповідно до якої вибір права може бути здійснений щодо правочину в цілому або його окремої частини. Право сторін на укладення угоди про застосовне право щодо частини договору передбачається також ст. 27 Вступного закону до німецького ЦК, яка визнає, що вибір права може стосуватися лише частини договірних зобов'язань<sup>1</sup>.

Можливість вибору декількох правових систем закріплюється в міжнародно-правових актах колізійного характеру, зокрема в п. 1 ст. 3 згаданої вище Римської конвенції, яка передбачає, що «сторони при визначенні застосовуваного права можуть обрати право, яке застосовується до всього контракту або тільки до частини контракту»<sup>2</sup>.

Іншим аспектом є питання про вибір різних правопорядків до різних частин договору, кожен з яких створює умови для самостійного врегулювання своєї частини договору. Український законодавець визнає даний вибір за умови, що він буде явно вираженим (ч. 4 ст. 5 вищезгаданого закону).

Як доводить Д.К. Мосс, «причини такого вибору можуть бути різними. Наприклад, жодна із сторін не хоче, щоб інша сторона відчувала себе «як вдома», внаслідок чого жодна з них не схильна надавати іншій перевагу виключного застосування її власної правової системи, оскільки це надало б їй більший доступ до інформації і т.д.

... У практиці міжнародного комерційного арбітражу помітне місце зайняли концесійні договори. У таких випадках сторони зазвичай обирають право так, щоб поєднати законодавство держави-власника із іншим національним законодавством або з загальними принципами права. Вважається, що такий вибір не

---

<sup>1</sup> Кох Х., Магнус У., Винеклер фон Моренсфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр. наук Ю.М. Юмашева. – М.: Международные отношения, 2001. –

<sup>2</sup> Бардина М.О. О праве, применимом к договорным обязательствам в органах ЕС // Хозяйство и право. – 1997. – № 4. – С. 117.

порушує суверенітету держави-власника, оскільки її право не виключається, а інша сторона отримує гарантію, що цей суверенітет не буде використаний на шкоду їй, наприклад, прийняттям нового законодавства, яке небажаним чином змінить умови договору»<sup>1</sup>.

А ось, А.Б. Покровська стверджує, що «досить часто подібне «дроблення» договору викликане частковим виконанням договору на території різних держав; у такому випадку настільки різномірне правове регулювання може сприяти тому, щоб уникнути суперечностей з місцевими органами управління»<sup>2</sup>.

Розщеплення зобов'язального статуту передбачається, наприклад, у вищезгаданій Міжамериканській конвенції. Так, «третя фраза статті 7(1) конвенції Мехіко допускає розщеплення колізійної прив'язки і погодження до окремих частин контракту застосування права різних держав»<sup>3</sup>.

Панівною думкою щодо розв'язку даної проблеми можна вважати твердження Н.В. Тригубович, що аналізований нами вище вибір «повинен бути «логічно послідовним і не суперечливим»<sup>4</sup>, щоб у результаті його здійснення не виникла ситуація, коли права й обов'язки продавця і покупця підпорядковані різним правовим системам, які суперечать одна одній. У даному

---

<sup>1</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 108.

<sup>2</sup> Покровская А. Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В. В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 368.

<sup>3</sup> Вилкова Н.Г. Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам // Право и экономика, – М., 1997. – № 4. – С. 65.

<sup>4</sup> Kaye P. New international law of contract of the European Community. Dartmouth. 1993. – P. 150

випадку вибір буде визнаний недійсним і не буде врахований судом»<sup>1</sup>.

Отже, як закріплює міжнародне, українське національне законодавство та законодавча практика зарубіжних країн, в цілому сторони не обмежені у виборі правових систем, що регулюють окремі частини договору. Однак, в доктрині міжнародного приватного права єдності думок щодо питання, яке ми розглядаємо, досі немає.

Так, А.А. Рубанов указував: «Право країни знаходиться у зв'язках міжнародної взаємодії з правом інших країн як з єдиними нормативними системами. В основі цих зв'язків лежить відображення таких нормативних систем саме в тому вигляді, як вони існують в дійсності. Реально ж вони являють собою єдине ціле. Коли юридичні або фізичні особи комбінують правові норми різних країн, вони ігнорують цю обставину. Санкціонування (або, іншими словами, визнання. – С.З.) таких угод не відповідає закономірностям міжнародної взаємодії національних правових систем, хоча використання сторонами елементів і існує об'єктивно»<sup>2</sup>. Аналогічного до позиції А.А. Рубанова негативно погляду на розщеплення договірної статуту притримується російський вчений В.Л. Толстих, який вважає, що «даний підхід є неправильним і недоцільним. ... Із погляду практики, і з точки зору теорії підпорядкування договору різним правовим системам несприятливе»<sup>3</sup>.

А ось Белоглазек О. знаходить компромісне рішення, згідно з яким «вибір кількох правових систем – «поділ зобов'язального статуту» – є винятком, і сторони контракту повинні звертатися до нього тільки у випадку крайньої потреби

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 90.

<sup>2</sup> Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 170.

<sup>3</sup> Толстих В.Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 52,53.

(така позиція відповідає розумній організації правових відносин)»<sup>1</sup>.

Ми із застереженням підтримуємо останню точку зору, оскільки вибір сторонами до окремих частин свого договору різних правопорядків набуває широкого розповсюдження, і їх намагання в такий спосіб більш детально врегулювати окремі питання власних договірних відносин є позитивним моментом. Умовою такого вибору потрібно вважати реалізацію автономії волі з достатньою обґрунтованістю, а не суперечливістю, і без порушень імперативних норм обраних правових систем.

Спеціальними випадками розщеплення договірного статуту є так звана проблема «часткового відсилання» та «інкорпорація в договір норм іноземного права». Як вважає Н.В. Тригубович, «часткове відсилання є тоді, коли сторони в договорі роблять відсилання не на правову систему в цілому, а на конкретний закон (наприклад, у договорі міжнародної купівлі-продажу на ОТК (Одноманітний торговий кодекс. – С.З.) штату Нью-Йорк або в договорі морського перевезення на КТМ (Кодекс торговельного мореплавства. – С.З.) РФ)»<sup>2</sup>. Даний автор не вважає відсилання на окремих закон вибором застосовуваного права. На нашу думку, така позиція є хибна, зокрема тому, що суд може визнати такий вибір застосуванням автономії волі, що випливає з умов договору.

«Подільність договору (ідеться про проблему «розщеплення договірного статуту». – С.З.) також потрібно відрізнити від інкорпорації в договір норм іноземного права. – Як далі вважає Н.В. Тригубович, – сторони, підкоривши свій договір окремій правовій системі, можуть інкорпорувати в нього окремі норми якої-небудь іншої правової системи, які внаслідок інкорпорації стають частиною цього договору»<sup>3</sup>. На нашу думку, таку

---

<sup>1</sup> Белоглазек О. Міжнародне контрактне право. – К.: Таксон, 2000. – С. 53.

<sup>2</sup> Тригубович Н.В. Автономія волі в міжнародному частному праві: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 91.

<sup>3</sup> Тригубович Н.В. Автономія волі в міжнародному частному праві:

інкорпорацію можна здійснити на основі вибору права із застереженням про те, що, на відміну від думки автора цитати, яка вважає, що при інкорпорації норми, інкорпоровані в договір, є постійними і не залежать від змін, що приймаються в законодавстві країни, звідки такі норми були інкорпоровані, – зміна відповідних норм іноземного права після їх інкорпорації у договір має впливати на долю вже інкорпорованих в договір норм. Останнє твердження можна довести, використовуючи ту ж нашу аргументацію, що й у попередньому абзаці про визнання такого вибору автономією волі, що впливає з умов договору.

Третім і останнім, а також більш суперечливим, аспектом проблеми розщеплення договірного статуту є вибір декількох правопорядків, що будуть застосовуватися до договору в цілому. На відміну від подільності, де правові системи застосовуються до окремих частин договору, тут правопорядки застосовуються одночасно або одночасно застосовуються національна правова система та *lex mercatoria*. Як правило, судова (арбітражна) практика негативно ставиться до такого вибору, зокрема, в справі № 2/2001 від 28.02.2002 р. МКАС при ТПП РФ роз'яснювалося, що вказівка в контракті про застосування до відносин сторін законодавства двох держав тягне за собою визнання того, що сторонами не визначено застосовуване право. З урахуванням цього, МКАС при вирішенні спору керувався Віденською конвенцією 1980 р., оскільки місцезнаходженням обох сторін є держави-учасниці цієї Конвенції (Росія і Україна), і субсидіарно – нормами російського права як права країни продавця<sup>1</sup>.

Прикладом розв'язку проблеми вибору до договору одночасно національного права конкретної країни та *lex mercatoria* можна назвати рішення по справі № 11/2002 від 05. 06. 2002 р. цього ж комерційного арбітражу, відповідно до якого такий ви-

---

Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 93.

<sup>1</sup> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 – 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004. – С. 263.



бір також було визнано нездійсненим: «Умова договору сторін, згідно з якою спори із нього підлягають вирішенню на основі загальних принципів права *lex mercatoria* з одночасною вказівкою, що відносини за договором в цілому регулюються законодавством Німеччини і Російської Федерації, кваліфіковане складом арбітражу як таке, що означає, що сторони не здійснили вибір права конкретної держави»<sup>1</sup>.

Тож, як бачимо, вибір до договору в цілому двох іта більше правопорядків не має достатнього виправдання, оскільки такий вибір не вирішує основного завдання автономії волі сторін як колізійної норми, а саме – не вирішує колізію законів. І навіть, якщо визнати цей вибір таким, що вирішує колізію побічно, то таке вирішення може призвести до непередбачуваних наслідків (наприклад, обрані правопорядки по-різному врегульовують одні і ті ж самі правовідносини сторін), які можуть тільки негативно впливати як на відносини сторін, так і на стан правосуддя.

Отже, три проаналізовані нами вище аспекти розщеплення договірного статуту автономії волі є розвитком легальної конструкції абстрактної колізійної норми з прив'язкою *lex voluntatis*, в основу ідеї якої покладено принцип єдиного договірного статуту.

Зважаючи на те, що зобов'язальне право не обмежується правом договорів, у якому автономія волі має дві грані – матеріальну (приватна автономія) і колізійну (автономія сторін), а також включає шість різновидів позадоговірних зобов'язань: зобов'язання про покриття шкоди (делікти), безпідставне збагачення (кондикцію) та, крім того, ведення чужих справ без доручення (*negociorum gestio*); публічна обіцянка винагороди, яка розпадається на два варіанти: публічна обіцянка винагороди без оголошення конкурсу та публічна обіцянка нагороди за результатами конкурсу; рятування здоров'я та життя фізичної особи,

---

<sup>1</sup> Практика міжнародного комерційного арбітражного суда при ТПП РФ за 2001 – 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004. – С. 353.

майна фізичної або юридичної особи; створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи, – варто поставити питання про те, як у цих останніх зобов'язаннях проявляється автономія волі. Український законодавець дає відповідь у ст.ст. 48-51 МПрП-Закону тільки на два з цих шести питань, а саме про делікти та кондикцію.

Що ж стосується деліктів, то сторони таких зобов'язань у будь-який час після виникнення можуть обрати право держави суду (ч. 4 ст. 49 МПрП-Закону), так, що свобода вибору в даному випадку обмежується правилом *lex fori*. Проблема захисту прав споживачів, точніше, питання покриття шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), у випадку наявності іноземного елемента, в чинному вітчизняному колізійному праві також вирішується на основі принципу автономії волі сторін. При цьому вибір права альтернативний, а саме: потерпілий може обрати один із трьох запропонованих законодавцем варіантів колізійних прив'язок – або право держави, у якій знаходиться місце проживання або основне місце діяльності потерпілого; або право держави, у якій знаходиться місце проживання або місцезнаходження виробника або особи, яка надала послугу; або право держави, у якій споживач придбав товар або в якій йому була надана послуга (ст. 50 МПрП-Закону). Вибір права *lex fori* в першому випадку є пом'якшенням загального положення про *lex loci delicti commissi* (ч. 1 ст. 49 МПрП-Закону). Воно здійснюється з метою спрощення судового провадження, оскільки судові легше застосувати власне право, і водночас законодавець не змушує сторони застосовувати право країни суду, а лише дозволяє це зробити. Альтернативність у другому випадку збігається з характерною ознакою права захисту споживачів, яка полягає в тому, що споживач має можливість вибирати способи захисту свого порушеного матеріального права, наприклад, перераховані в ч. 3 ст. 10 ЗУ «Про захист прав споживачів». Тому можливість вибрати застосовуване право є розширенням матеріально-правової свободи споживача за рахунок свободи колізійно-правової. Отже, в обох випадках за суб'єктом визнається обмежена певним колом правопорядків автономія волі.

Що стосується кондикції з іноземним елементом, то правове регулювання вітчизняного МПРП-Закону в частині, що стосується вільного вибору права, (абз. 2 ч. 1 ст. 51), збігається з унормуванням щодо вільного вибору права в деліктних зобов'язаннях (ч. 4 ст. 49), тобто також обмежується правилом *lex fori*.

Інша правова ситуація передбачається як щодо кількості позадоговірних інститутів, так і щодо принципу широкої автономії волі, в запропонованому Комісією, одним із інститутів ЄС, проекті регламенту Європейського Парламенту і Ради «Про право, яке застосовується до позадоговірних зобов'язань» (КОМ (2003) 427 кінцева редакція), який прийнято скорочено називати «Рим II» на противагу Римській конвенції «Про право, застосовуване до договірних зобов'язань», яку називають «Рим I» (відповідні тексти знаходяться на офіційному сайті ЄС у рубриці EUR-LEX за адресою [http://europa.eu.int/documents/eur-lex/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/documents/eur-lex/index_de.htm)). Так, згаданий проект регулює, крім деліктів і кондикцій, ще й ведення чужих справ без доручення, при цьому в ньому немає тих обмежень, які існують у ЗУ "Про міжнародне приватне право" (ч. 4 ст. 49 та абз. 2 ч. 1 ст. 51).

Так, ст. 10 проекту Регламенту визнає, крім галузі позадоговірних зобов'язань на основі порушення права інтелектуальної власності, за сторонами право після настання спірного випадку домовитися про те, яке право має застосовуватися до їх зобов'язальних відносин. Цей вибір повинен бути категоричним або з достатньою визначеністю впливати із обставин справи та не може зачіпати ніяких прав третіх осіб. Зазначена стаття допускає два обмеження. У випадку, коли знаходяться всі інші складові обставин справи на момент настання шкоди в іншій державі, ніж у тій, право якої було вибрано, вибір права сторонами не стосується застосування тих положень, від яких за правом цієї іншої держави не можна відхилитися за допомогою угоди. У даному випадку йдеться про застосування імперативних норм держави, «*ordre public*». Друге обмеження стосується випадку, коли всі інші елементи обставин справи знаходяться на момент настання шкоди в одній або декількох державах-членах ЄС, то

вибір сторонами права третьої країни не стосується застосування визначень спільного права. Отже, автономія волі для позадоговірних зобов'язань за проектом Регламенту в загальному щирша за автономію волі для цих же зобов'язань в українському праві, а обмеження свободи вибору права також інші. В останньому випадку в європейському праві йдеться не про *lex fori*, а про *ordre public*.

Ні українське законодавство, ні європейське право спеціально не визначає свого ставлення до визнання автономії волі в таких галузях зобов'язального права, як: публічна обіцянка винагороди; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи; створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. На нашу думку, застосування автономії волі в зазначених сферах залежить від того, чи буде в майбутньому вітчизняному міжнародному приватному праві збережена логіка системи колізійних норм для недоговірних зобов'язань МПрП-Закону, чи ця логіка буде адаптована до правової ситуації, яка складається в європейському міжнародному приватному праві. У першому випадку має застосовуватися ст. 48 МПрП-Закону, відповідно до якої автономія волі в цілому для даних випадків не визнається, а має застосовуватися право держави, в якій була відповідна юридична дія. За аналогією закону може також субсидіарно застосовуватись абз. 2 ч. 1 ст. 51 цього ж закону, відповідно до якої сторони можуть скористатися можливістю обмеженого принципом *lex fori* вибору права. У протилежному випадку, відповідно до духу згаданого вище проекту Регламенту, автономія волі для перерахованих в цьому абзаці інститутів має визнаватися з єдиним обмеженням, яким є застереження про публічний порядок.

Українське міжнародне приватне право визнає автономію волі досить широко поза рамками зобов'язального права. Так, у речовому праві автономія волі визнається законодавцем щодо виникнення та припинення права власності та інших речових прав, що є предметом правочину, при цьому вибір права сторонами правочину не повинен зачіпати прав третіх осіб (ч. 2 ст. 39 МПрП-Закону автономія волі також визнається щодо рухомого

майно, що перебуває в дорозі, *«res in transitu»*. З аналізу трьох частин ст. 42 згаданого закону можна зробити висновок, що обмежена автономія волі – про що свідчать слова закону «здійснюється на вибір заявника відповідно до права держави, у якій майно знаходиться, або відповідно до права держави суду» – визнається також щодо захисту права власності та інших речових прав у випадку, коли йдеться про рухомі речі, які не підлягають, крім того, реєстрації.

Що ж стосується автономії волі у міжнародному сімейному та спадковому праві, то український законодавець, визнаючи можливість вибрати сторонами право, досить суттєво цей вибір обмежує. Тому, щоб урахувати згадану специфіку правового регулювання, ми відповідний матеріал аналізуємо нижче під відповідною рубрикою поряд з іншими обмеженнями автономії сторін.

Підсумовуючи, зауважимо, що, визнаючи в досить широкому обсязі застосування автономії сторін у зобов'язальних та інших відносинах, українське міжнародне приватне право містить деякі обмеження, які суттєво впливають як на формальну, так і на змістовну сферу дії автономії волі.

**2.3.2. Обмеження статуту автономії сторін.** Формальним обмеженням сфери застосування автономії волі є повне або часткове її незастосування для вибору права, яке має регулювати певні цивільні відносини з іноземним елементом. У такому випадку це обмеження, чіткіше окреслює межі тієї сфери, де автономія волі застосовується. Отже, формальну сферу дії автономії волі можна визначити не тільки в позитивній, – про що йшлося вище, – а й в негативній формі за допомогою аналізу відносин, в яких автономія сторін не визнається. У чинному українському колізійному праві йдеться про правовий статус фізичних та юридичних осіб, про право інтелектуальної власності та міжнародне приватне трудове право.

Як зазначає Я. Крофоллер, «у сфері особистого статуту свобода вибору – наскільки вона взагалі допустима – в загальному суттєво обмежується. Це відповідає все більшому публіч-

ному інтересу в цій галузі»<sup>1</sup>. Таким чином, правове регулювання відповідних відносин в Україні, яке не визнає автономії волі, відповідає ситуації в інших країнах, зокрема, в Німеччині, та не вимагає додаткового пояснення.

Що стосується автономії волі в праві інтелектуальної власності, то варто проблему розділити на дві частини. По-перше, щодо правочинів, предметом яких є право інтелектуальної власності, автономія волі визнається, про що свідчить аналіз бланкетної ст. 36 МПрП-Закону. Тобто правове регулювання в даному випадку є частиною унормування зобов'язальних відносин у цілому, для яких вільний вибір права є нормальним випадком.

По-друге, у сфері захисту прав інтелектуальної власності застосовується право за правилом *lex fori*, а не *lex voluntatis* (ст. 37 МПрП-Закону). Таке регулювання відповідає підходу, який зафіксований в абз. 1 ст. 10 проекту згаданого вище Регламенту («Рим II»), відповідно до якого в даному випадку вільний вибір права не визнається.

Відповідно до ст. 52 МПрП-Закону у вітчизняному міжнародному приватному трудовому праві за загальним правилом автономія сторін не визнається. Від змісту п. 2 ч. 1 ст. 54 цього закону можна абстрагуватися, оскільки в ньому йдеться про досить складну та спеціальну проблему, в якій автономія волі може бути, якщо іноземці та особи без громадянства, які працюють в Україні, але за межами України уклали з іноземними роботодавцями – фізичними чи юридичними особами, трудові договори про виконання роботи в Україні.

Водночас у вітчизняній колізійній доктрині висловлювалась авторитетна точка зору про можливість визнання автономії волі в трудових відносинах з іноземним елементом. Так, А.С. Довгерт зазначає, що «врахувавши сучасну законодавчу практику багатьох країн світу, специфіку трудового контракту, пропо-

---

<sup>1</sup> Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – S. 274.

нується розв'язувати проблему *lex voluntatis* в міжнародних трудових відносинах належить у наступних рамках.

По-перше, передбачити письмову форму вибору сторонами права як у момент укладання трудового договору, так і під час його дії або зміни.

По-друге, обраний сторонами закон повинен мати тісний зв'язок з трудовим контрактом. ...

По-третє, для захисту «слабкої сторони» трудового контракту (працівника) необхідно слідувати сучасній тенденції в європейському міжнародному приватному праві. Згідно з нею вибір закону сторонами трудового контракту не повинен призводити до погіршення умов праці в порівнянні з обов'язковими положеннями закону тієї країни, який би застосовувався при відсутності вибору.

По-четверте, ... варто, очевидно, передбачити правило, яке дозволяє сторонам трудового контракту підпорядковувати елементи змісту трудових правовідносин різним правовим системам<sup>1</sup>. Цю класифікацію варто доповнити, п'ятим, положенням про обмеження автономії волі в трудових відносинах застосуванням імперативних норм відповідного правопорядку<sup>2</sup> та, шостим, – про відсутність суперечностей між вибраним правом та засадами публічного порядку країни, в якій розглядається трудовий спір.

Підтримуючи в цілому погляд А.С. Довгєрта про визнання автономії волі в міжнародних трудових відносинах, зазначимо, що вона має і супротивників, позиція яких отримала закріплення в діючому законодавстві України (згадана вище ст. 52 МПрП-Закону), та, яка полягає в тому, що «державна зацікавлена в тому, щоб застосовувались імперативні норми, а не «приватні основи» права. Відмова від автономії волі при укладанні трудового договору обґрунтовується також єдністю правового регулювання праці робітників одного підприємства і

<sup>1</sup> Довгєрт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. – К., 1992. – С. 51-52.

<sup>2</sup> Довгєрт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. – К., 1992. – С. 50.

«слабким» положенням робітника, як сторони трудового договору»<sup>1</sup>.

Отже, обмеження автономії волі в трудових відносинах співпадає за змістом з обмеженням вільного вибору права у відносинах за участю споживача, для яких є спільним наявність сторони, що потребує спеціального захисту. Зрештою, принцип автономії волі не повинен слугувати інструментом обмеження захисту інтересів споживачів і працівників.

Тож, якщо легально визнати автономію сторін в трудових відносинах, то відповідна норма (ч. 1 нової редакції ст. 52) МПРГ-Закону могла би бути сформульована за схемою, яка використовується, зокрема, німецьким законодавцем у абз. 1 ст. 30 Вступного закону до ЦК Німеччини: «В трудових договорах і трудових відносинах вибір права сторін не повинен призвести до того, щоб працівник був позбавлений захисту, який надається імперативними положеннями того права, яке було б застосоване згідно з абзацом 2 (в якому йдеться про *lex loci laboris* та *lex loci deligationis* та принцип більш тісного зв'язку. – С.З.) у відсутності вибору права»<sup>2</sup>. Частина 2 ст. 52 закону мала б у такому випадку містити положення про відношення законодавця до згаданих колізійних прив'язок *lex loci laboris* та *lex loci deligationis* та принципу більш тісного зв'язку у міжнародних трудових відносинах.

Як підсумок, варто зауважити, що нині для обмеження сфери застосування автономії волі сторін, або іншими словами, обмеження статуту автономії сторін, має об'єктивне підґрунтя тільки нормативна галузь, яку в колізійній доктрині прийнято називати персональним статутом, а також сфера захисту суб'єктивних прав та інтересів.

\*\*\*

---

<sup>1</sup> Довгерт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. – К., 1992. – С. 48.

<sup>2</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 280, 281.



Підсумовуючи підрозділ «Формальна сфера дії автономії сторін», насамперед, скажемо про те, що визнання автономії правопорядком є необхідною передумовою до здійснення її сторонами в конкретному виді правовідносин. Вибір права сторонами договору, ускладненого іноземним елементом, стосується лише питань взаємних відносин сторін договору, тобто зобов'язального статуту правочину, і не стосується третіх осіб і публічних інститутів.

Чинний МПрІІ-Закон відповідно до тенденції широкого і повного визнання автономії волі у відносинах з іноземним елементом включає в обсяг застосування вільного вибору права практично всі можливі правові сфери, за винятком міжнародного приватного трудового права, в якому *lex voluntatis*, на нашу думку, також міг би бути легально закріпленим. Водночас відмова в українському законі від використання автономії сторін щодо персонального статуту враховує тенденцію посилення публічних інтересів у цій сфері.

Автономія волі, хоч і діє у сфері речових, деліктних, сімейних, спадкових відносин, а також у сфері відносин, пов'язаних з інтелектуальною власністю, але має досить обмежений обсяг застосування, що пояснюється специфікою згаданих відносин. Законодавство і практика багатьох країн свідчить про наявність норм, які обмежують автономію волі у сфері договорів споживання та трудових відносин.

\*\*\*\*\*

**Загальний висновок до другого розділу.** Автономія волі виражається не тільки як колізійний принцип, а й як колізійна норма, звичайним виразом реалізації якої на практиці є угода про вибір права. Отже, вільний вибір права є кінцевою метою застосування колізійної норми щодо автономії волі.

Загальною умовою застосування вільного вибору права є наявність іноземного елемента в цивільних відносинах, які є предметом регулювання на основі автономії волі. Поняття загальних умов у цілому кореспондується із поняттям основного колізійного питання. Зважаючи на те, що автономію волі в колі-

зійному праві прийнято називати автономією сторін, а також те, що в даному випадку спеціальне місце займає питання про цивільну дієздатність особи, яке є попереднім колізійним питанням, проблема про суб'єкти автономії волі в зазначеному аспекті є особливою умовою застосування вільного вибору права. Те саме стосується часових рамок автономії волі, оскільки вони також є частиною попереднього колізійного питання. Крім того, питання про учасників автономії волі розпадаються на дві частини: про сторони та треті особи автономії волі.

Способи застосування автономії волі можна спочатку розділити на два різновиди: прямий та непрямий вибір права. Прямий вибір права також ділиться на категоричний та конклюдентний. Конклюдентний у широкому сенсі вибір охоплює мовчазний та конклюдентний у вузькому сенсі вибір права. Непрямий вибір – це ніщо інше, як конкуренція колізійних прив'язок. Із застереженням конклюдентний та непрямий вибір права збігається із принципом більш тісного зв'язку – в обох випадках суд шукає й обґрунтовує розумність вибору права. Принцип більш тісного зв'язку і є раціональним вибором права.

Класифікацію способів вибору права можна представити так:

- прямий вибір права;
- категоричний вибір права,
- конклюдентний вибір права, у т.ч. мовчазний вибір права;
- непрямий вибір права.

Питання про дійсність угоди про вибір права найкраще і доцільніше визначати за правом, яке сторони самі обрали. У такому випадку проблему дійсності вибору права можна назвати, за аналогією з проблемою «компетенції компетенцій» у міжнародному комерційному арбітражі, «вибором вибору права».

Межі застосування вільного вибору права по-різному пролягають у тих чи інших галузях матеріального цивільного права, однак принципова допустимість автономії сторін є характерною ознакою для всього міжнародного приватного права, за чи не

єдиним винятком питання про особистий статут, у якому автономія волі, як правило, не визнається.

За допомогою позитивної характеристики формальної сфери дії автономії волі можна визначити обсяг застосування автономії сторін, тоді як за допомогою негативної – обмеження застосування. У будь-якому випадку йдеться про окреслення статуту автономії волі (автономії сторін, вільного вибору права) в міжнародному приватному праві.

Принципова допустимість автономії волі в колізійному праві є формальним аспектом принципу абсолютності вибору права. Змістовним аспектом принципу є встановлення правових наслідків застосування автономії сторін. Об'єднавши два аспекти в єдиному понятті визнання абсолютності вибору права на основі врахування структури абстрактної колізійної норми *lex voluntatis*, ми отримаємо не тільки колізійний принцип, але й логіку, природу, мету, завдання та результат застосування автономії волі у міжнародному приватному праві.

### РОЗДІЛ 3

## ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ЗАСТОСУВАННЯ (ЗМІСТОВНА СФЕРА ДІЇ) КОЛІЗІЙНОЇ НОРМИ LEX VOLUNTATIS

З'ясувавши в попередньому розділі формальну сферу дії автономії сторін, у цьому розділі ми визначаємо аналогічну змістовну сферу. При цьому знову використовується поділ на її позитивну та негативну характеристики: в одному випадку встановлюється коло правопорядків, між якими можливий вибір права, а в протилежному – обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі.

### 3.1. Коло правопорядків країн, поміж яких можливий вибір права

Якщо погодитися з тим, що правопорядок – це система норм, то його можна розділити на дві частини: національний і ненаціональний правопорядок. Національний правопорядок має три типи норм: матеріальні, колізійні та процесуальні. Ненаціональний правопорядок – два типи: міжнародно-правові норми та норми *sui generis*. Останні часто називають «*soft law*», *lex mercatoria*, так зване субправо (С.В. Бахін) тощо. Отже, у міжнародному приватному праві постає питання про те, що мається на увазі у випадку відсилання до правопорядку, іншого, ніж вітчизняний: до якого типу національного правопорядку відсилає імперативна колізійна норма? Чи можна відіслати до ненаціонального правопорядку? На ці два запитання потрібно дати відповіді й тоді, коли застосовується диспозитивна колізійна норма, тобто, іншими словами, колізійна норма *lex voluntatis*. Відповідь на них є відповіддю на загальне питання про коло правопорядків, між якими можливий вибір права.

Спочатку розглянемо проблему можливості вибору різного типу норм національного правопорядку. Нормальним випад-

ком є вибір матеріальних норм вітчизняного або іноземного правопорядку. Так, професор М.М. Богуславський зазначає: «Оскільки колізійна норма (в т.ч. диспозитивна колізійна норма *lex voluntatis*. – С.3.) – це норма, що визначає, право якої держави повинно бути застосоване до відповідного правовідношення, тобто норма відсилочного характеру, нею можна керуватися *тільки разом* (курсив наш. – С.3.) з якими-небудь матеріально-правовими нормами, до яких вона відсилає, – нормами законодавства, що вирішують питання по суті. ... Разом з матеріально-правовою нормою, до якої вона відсилає, колізійна норма виражає певне правило поведінки для учасників цивільного обігу»<sup>1</sup>. Останнє твердження не варто розуміти як таке, що свідчить про можливість вибору тільки матеріального права національного правопорядку. Воно означає лише, що вибір права, зрештою, має завершитися встановленням і застосуванням матеріального права, але, з одного боку, застосування інших норм, ніж матеріальні, цим положенням не виключається, а, з другого – ці матеріальні норми можуть бути і ненаціональними.

Особливою проблемою вибору матеріального права є питання про те, чи можна здійснювати вибір національного у вузькому сенсі права, якщо міжнародним договором передбачено застосування до відповідних відносин матеріально-правових норм. В Україні це питання врегульоване в ч. 5 ст. 4 МПрП-Закону, оскільки згадане в законі поняття «на підставі колізійних норм» варто, враховуючи положення ч. 1 цієї ж статті, тлумачити як таке, що охоплює і колізійну норму *lex voluntatis*. Вибір права в даному випадку не визнається у випадку, якщо сама угода не допускає застосування замість неї норм національного правопорядку.

Абстрагуючись від колізійного аспекту, звернемо увагу на те, що в міжнародному приватному праві існує не тільки проблема розщеплення статуту, а й розщеплення застосовуваного права як правового наслідку. В останньому випадку є особливий

---

<sup>1</sup> Богуславський М.М. Международное частное право. – М.: Юрист, 1998. – С.77.

вибір матеріального права. Прикладом зазначеного є ст. 59 МПрП-Закону, яка закріплює, що сторони шлюбного договору можуть обрати право держави, що застосовується до шлюбного договору. Дана стаття обмежує щодо кола правових систем, між якими може бути обране застосовуване право, а саме: подружжя може обрати або право держави особистого закону одного з подружжя, або право країни, в якій один з них має звичайне місце перебування, або, стосовно до нерухомого майна, право держави, у якій це майно знаходиться.

Зважаючи на те, що в більшості випадків вибір права здійснюється на основі двосторонніх правочинів (угод, договорів), актуальною є проблема про можливість вибору матеріального права на основі одностороннього правочину, ускладненого іноземним елементом.

У науці міжнародного приватного права немає єдиної думки з приводу даного питання. Так, наприклад, не підтримує теорію стосовно розповсюдження принципу *lex voluntatis* на односторонні угоди Н.В. Тригубович. Вона вважає, що «правовідношення на стадії реалізації умови про застосовуване право являє собою договір і може розглядатися тільки в якості такого»<sup>1</sup>.

Протилежного погляду дотримується український законодавець, оскільки в ст. 70 МПрП-Закону він визнає за спадкодавцем право обрати в заповіті право держави, громадянином якої він був. Це доводить можливість здійснення автономії волі, хоча й в обмеженій формі, в односторонніх правочинах. Отже, це свідчить про сприйняття українським міжнародним приватним правом теорії про розповсюдження принципу автономії волі сторін на односторонні правочини. Визнання автономії волі в односторонніх угодах можна знайти і в іноземних національних колізійних законах, зокрема, в ст. 30 Закону Польщі «Про міжнародне приватне право»: «Правила про право, що належить до

---

<sup>1</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 349.

застосування до договірних зобов'язань, застосовуються відповідно до зобов'язань із односторонніх правових дій»<sup>1</sup>.

Іншим випадком здійснення автономії волі є вибір колізійних норм певного національного правопорядку. Національним та міжнародним правом такий вибір може як визнаватися, так і не визнаватися. Так, порівнявши ст. 7, у якій йдеться про вибір права, та ст. 15 – «Термін «право» в Конвенції означає діюче в державі право, за винятком колізійних норм»<sup>2</sup> – Гаазької конвенції, можна зробити висновок про те, що обрання права в ній обмежується тільки матеріальним правом. Протилежний погляд закріплений в Конвенції про врегулювання інвестиційних спорів між державами та фізичними і юридичними особами інших держав 1965 р. Статтю 42 цієї конвенції – «Арбітраж розглядає спір, згідно з нормами права, у відповідності з угодою сторін. У випадку відсутності угоди сторін Арбітраж застосовує право Договірної держави, яка виступає в якості сторони спору, а також ті норми міжнародного права, які можуть бути застосовані»<sup>3</sup> – можна інтерпретувати як таку, що визнає вибір правопорядку в обсязі, який охоплює також колізійні норми. Такий висновок можна зробити на основі порівняння ст. 42 згаданої конвенції із подібною їй ч. 1 ст. 28 ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж», враховуючи те, що вітчизняний закон прийнятий на основі Типового закону ЮНСІТРАЛ: «Третейський суд вирішує спір згідно з такими нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору. Якщо в ньому не висловлено іншого наміру, будь-яке положення права

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 475.

<sup>2</sup> Конвенция ООН о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров. Гаага, 1986г. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Статут, 1996. – С. 261.

<sup>3</sup> Конвенция про урегулирование инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств 1965 г. // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, 1997. – С. 605.

або системи права будь-якої держави повинно тлумачитись як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм»<sup>1</sup> – якщо перші речення ч. 1 ст. 42 та ч. 1 ст. 28 збігаються, то в ст. 42 відсутнє положення, яке міститься в другому реченні ч. 1 ст. 28, що обмежувало б вибір тільки матеріальними нормами.

Законодавство низки зарубіжних країн тлумачить правочин про вибір права як відсилання до матеріально-правових норм указаної правової системи (наприклад, абз. 2 ст. 4 Вступного закону ЦК Німеччини, де проблема розв'язується в рамках проблеми зворотного і подальшого відсилання).

У колізійній доктрині зазначалося, що «тлумачення угоди про застосовуване право як відсилаючої в тому числі до колізійних норм обраного правопорядку, по суті позбавляє смислу її укладення, адже при застосуванні колізійних норм може бути визначена інша правова система, ніж вказана в угоді. З цього погляду таке тлумачення може розглядатися як ще один вид обмеження принципу автономії волі сторін» (А.Б. Покровська)<sup>2</sup>. В даному випадку виникає ситуація, коли вибір колізійного права сильно ускладнює визначення матеріального права конкретної країни як кінцевої мети відповіді на колізійне питання.

Проте, із викладеного вище можна зробити висновок про те, що в колізійному праві немає абсолютної заборони вибирати колізійні норми. Такий вибір можливий у двох формах: у загальній та особливій. У загальній формі вибір колізійного права буде тоді, коли сторони зазначають в угоді, що їх відносини будуть регулюватися правом певної країни, без конкретизації, яке право мається на увазі – матеріальне без колізійного чи матеріальне разом із колізійним. Додатковою умовою для дійсності та-

<sup>1</sup> Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 25. – Ст. 198.

<sup>2</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 360.



кого вибору є відсутність у національному чи міжнародному праві норм про обсяг про застосування відповідного права, а також норм про зворотне та подальше відсилання. В особливій формі згаданий вибір є тоді, коли сторони в договорі передбачають, що їхні відносини, наприклад, будуть регулюватися правом країни - продавця, -позивача тощо. Підтвердженням останньої тези є той факт, що практика в цілому позитивно ставиться до такого способу вибору сторонами колізійної норми, зокрема, у справі № 185/2000 від 30.05.2001 р. МКАС при ТПП РФ, арбітражем було прийняте рішення про застосування права країни-позивача, на яке вказали сторони в договорі, в якості субсидіарного статуту<sup>1</sup>.

Незважаючи на те, що при обранні колізійної норми виникає ряд проблем, такий вибір можна вважати здійсненням автономії волі. Адже сторони, хоча й опосередковано, але обирають застосовуване право.

В Україні невисловлений намір сторін щодо колізійних норм обраного ними права повинен тлумачитись як такий, що безпосередньо відсилає до матеріального права, а не до його колізійних норм (ст. 28 ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж»<sup>2</sup>, ст. 8.1 Регламенту Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 25.08.1994 р.<sup>3</sup>). Це ж підтверджується також аналізом ст. 6 та ст. 9 ЗУ "Про міжнародне приватне право" – якщо перша стаття не обмежує обсяг застосування права, то друга, навпаки, обмежує виключенням із нього колізійних норм.

Нормальний вибір матеріальних норм, про які йшлося вище, – це вибір норм цивільного права. Можливість вибору

---

<sup>1</sup> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 – 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004. – С. 107.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 25. – Ст. 198.

<sup>3</sup> Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України // Сборник международных договоров. Международная торговля. Международный гражданский процесс / Сост. И.В. Фисенко. – Минск: Амалфея, 1999. – С. 341-362.

публічного права, в т.ч. процесуальних норм, є третім аспектом питання про коло правопорядків, між якими можливий вибір права. Доктрина в цілому негативно ставиться до застосування публічного права як обраного права, обґрунтовуючи такий підхід тим, що міжнародне приватне право регулює «цивільно-правові відносини»<sup>1</sup>, крім того, «можливість застосування іноземного права є поступкою лише цивільному праву, а не публічному іноземному праву»<sup>2</sup>. З іншого боку, за допомогою такого інституту, як *forum shopping*, тобто «поведінки особи, що втягнута в міжнародний правовий спір, яка звертається до суду певної держави не тому, що він для оцінки правового спору є в найвигіднішому положенні, а єдино і тільки тому, так як на основі колізійних норм *lex fori* для вищезгаданої особи в результаті застосовується найбільш сприятливе право»<sup>3</sup>, вибір публічного, зокрема цивільного процесуального права, плавно переходить у питання про вибір суду. Зважаючи, отже, на самостійність останнього питання, яка формально проявляється в тому, що у вітчизняному МПрП-Законі, в п. 5 ст. 1 автономія волі визначається тільки як вибір права, бо визначення застосовуваного права і підсудність є окремими питаннями, що виникають у сфері приватноправових відносин з іноземним елементом (відповідно до п.1 та п. 4 ст. 2 згаданого закону), при цьому суддя вирішує ці питання також роздільно, не змішуючи їх, – воно в рамках широкого поняття автономії сторін заслуговує на незалежне дослідження.

---

<sup>1</sup> Богуславский М.М. Международное частное право. – М.: Юрист, 1998. – С. 9.

<sup>2</sup> Монастырский Ю.Э. Пределы применения иностранных законов в целях правосудия по международным спорам // Московский журнал международного права. – 1996. – № 3 – С. 186.

<sup>3</sup> Glossar des internationalen Privatrechts, Forum shopping, in Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung // KOM (2002) 654 endgültig.

Протилежну до згаданої вище доктрини думку відстоює Д. К. Мосс, яка зазначає, що в міжнародному приватному праві «сформувалася думка, що оскільки дане право (національне право в цілому. – С.З.) було обране для регулювання визначених відносин, то воно повинно застосовуватись у всій своїй сукупності. ... Метою такого широкого підходу є забезпечення такого застосування закону, яке було б аналогічним його застосуванню в країні, де він існує, тобто застосування, яке враховує всі факти і загальні умови, що існують у даній країні». Найяскравішим прикладом автор називає ст. 13 Швейцарського закону «Про міжнародне приватне право».

Що ж стосується українського колізійного законодавства, то воно, як вбачається, займає позитивну позицію до застосування публічних норм обраного права, яка випливає з аналізу ч. 2 ст. 6 МПРГ-Закону, оскільки, відповідно до цієї частини, застосування норми права іноземної держави не може бути обмежене тільки на тій підставі, що ця норма належить до публічного права. Отже, у сфері колізійного права вибір публічних норм іноземного права в результаті реалізації автономії сторін може бути як застосування права *sui generis*.

Застосування іноземного процесуального права в цілому та на основі вибору цього права, зокрема в міжнародному цивільному процесі, як правило, не визнається. Ми погоджуємося з поглядом М.М. Богуславського, який вважає, що «розглядаючи справи з іноземним елементом, суди в РФ, як і в інших країнах, у принципі застосовують при вирішенні цивільних процесуальних питань право своєї країни. При цьому можливі випадки, коли те чи інше поняття за російським законодавством відноситься до матеріального права, а за правом якої-небудь іноземної держави – до процесу, або навпаки. Іноземний закон, як правило, не підлягає застосуванню в російському суді по тих питаннях, які, за нашим законодавством, вважаються процесуальними. І, на-

---

<sup>1</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 113.

впаки, та обставина, що дана норма вважається в іншій країні процесуальною, не перешкоджає її застосуванню нашим судом, якщо за російським правом вона розглядається як норма матеріального цивільного права»<sup>1</sup>. Зазначене стосується і розгляду справи в державних господарських судах.

Складніше вирішується питання про можливість вибору права країни арбітражу (права *lex arbitri*). З одного боку, «приблизники «процесуальних» теорій (наприклад, В.А. Кабатов) визнають арбітражну угоду процесуальним актом, що складена з метою застосувати до спору за договором такий різновид цивільного процесу, як арбітражне розбирання. Оскільки належить до застосування особлива форма державного правосуддя, процесуальні питання повинні вирішуватись у відповідності із правом країни арбітражу. Наслідок цієї теорії – відмова розповсюдити дію угоди сторін про застосовуване право на питання арбітражного процесу»<sup>2</sup>, тобто автономія волі в даному випадку не визнається.

На нашу думку, вибір іноземного арбітражного права буде збігатися із вибором міжнародного комерційного арбітражу, а відповідь на питання про визнання вибору такого права буде залежати від того, чи допускається на вітчизняній території діяльність іноземного міжнародного комерційного арбітражу. При негативній відповіді на це питання негативною буде також відповідь на питання про вибір іноземного арбітражного права. Хоча вибір вітчизняного арбітражного права має визнаватися.

З іншого боку, міжнародний комерційний арбітраж може регулюватися різного роду міжнародними угодами, наприклад, Європейською конвенцією «Про зовнішньоторговельний арбітраж» 1961 року. Посилання в угоді на вибір права, яке буде ре-

---

<sup>1</sup> Богуславский М.М. Международное частное право. – М.: Юрист, 1998. – С. 352.

<sup>2</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 387.

гулювати арбітражну процедуру, на застосування міжнародної угоди замість застосування ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж», на наш погляд, має визнаватися та вважатися своєрідним вибором застосовуваного права.

У контексті проблеми застосування публічного права виникає питання про відношення понять «автономія волі» та «підкорення». Як стверджує Д.К. Мосс, «останнім часом у практиці все частіше зустрічаються випадки, коли сторони включають у текст договору так зване «застереження про підпорядкування». Воно відрізняється від звичайних форм здійснення автономії волі тим, що сторони не просто вказують, яке право буде регулювати їхні відносини, але й встановлюють, що мають намір підкоритися нормам публічного права країни, з якою їхні відносини не мають ніякого зв'язку. ... Найбільш наочний приклад – імпортер товару, що купив його у іноземного посередника, погоджується реекспортувати його в інші країни у відповідності з положеннями, що існують у третій країні, а саме, в країнах походження товару»<sup>1</sup>.

Однак, як вважає російський учений В.Л. Толстих, «сторони договору не можуть установлювати право, що регулює їхні відносини з державними органами (наприклад, органами митного, валютного, податкового контролю), а також право, що регулює їхні відносини з третіми сторонами (наприклад, перевізником)»<sup>2</sup>.

У цілому ж, така практика засуджується правовою доктриною, але, як доводить Д.К. Мосс, «практика міжнародного комерційного арбітражу не поділяє позицію, зайняту в цьому питанні теорією. Зустрічаються рішення, в яких арбітраж визнає за сторонами право підпорядковуватися нормам публічного

---

<sup>1</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 120.

<sup>2</sup> Толстых В.Л. Коллизийное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 51.

права третьої країни, отже, виражаючи готовність слідувати волі сторін, а не розповсюдженням теоретичним конструкціям»<sup>1</sup>.

А.Б. Покровська наголошує, що «санкціонування арбітражем таких застережень є спробою вирішення спору нікчемними засобами. ... Застосовувати публічно-правові норми держави для регулювання приватноправових відносин за договором, що не має жодного зв'язку з указаним правопорядком, означає ставити експеримент з «уживлення» в правопорядок чужорідного елемента»<sup>2</sup>.

Отже, проблема визнання «застережень про підпорядкування» далека від остаточного розв'язку, що пов'язується з досі дискусійною проблемою поділу норм права на публічні і приватні. Як зауважує Д.К. Мосс, «існує свого роду «сіра» зона, особливо в галузі регулювання економічної діяльності»<sup>3</sup>. Хоча розгляд даного питання виходить за рамки даної роботи, необхідно зазначити, що публічно-правові норми регулюють відносини побудовані за принципом «влада – підпорядкування», де хоча б один із суб'єктів є публічно-правовим (державна, її органи). Дія таких норм не може бути припинена на підставі автономії волі, оскільки автономія волі закріплена в нормах цивільного права, сфера дії якого не розповсюджується на відносини, згадані вище.

Як зауважує О.М. Садиков, «автономія волі повинна розглядатися, як інститут, який може визначати застосовувані норми

---

<sup>1</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 128.

<sup>2</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 365.

<sup>3</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 124.

цивільного права, але який не може *визнати* (курсив наш. – С.3.) застосовуваними положення публічного права»<sup>1</sup>.

Отже, на нашу думку, «застереження про підпорядкування» не є «формою реалізації»<sup>2</sup> автономії волі, як це вважає Д.К. Мосс, а тому відповідь на це питання треба шукати у відповідних галузях публічного права. Можливість підпорядкування публічним нормам іноземного права неправомірне, оскільки виходить за рамки здійснення автономії волі як принципу приватного права.

Тому, загальною відповіддю на поставлене на початку підрозділу питання про те, до якого типу національного правопорядку відсилає диспозитивна колізійна норма, є твердження про те, що, по-перше, загальноновизнаним і нормальним предметом вибору є національне матеріальне приватне (цивільне) право; по-друге, із предмета вибору колізійні норми не виключаються, такий вибір можна вважати здійсненням автономії сторін; по-третє, вибір публічних норм права є результатом реалізації автономії сторін *sui generis*.

Відповідь на друге питання «чи можна відіслати у формі вільного вибору права до ненаціонального правопорядку?» складається з двох частин, зважаючи на те, що ненаціональний правопорядок містить два типи норм: міжнародно-правові та *sui generis*.

Що ж стосується міжнародного правопорядку, то він, як і національний, складається з трьох частин, бо є результатом матеріально-правової, колізійно-правової та процесуально-правової уніфікації.

На наш погляд, незалежно від типу міжнародного правопорядку – матеріального, колізійного, процесуального, – відповідь на поставлене питання буде єдиною: по-перше, в цілому і загалом вибір міжнародного правопорядку має визнаватися, по-

---

<sup>1</sup> Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Москов. журнал МП. – 1992. – № 2. – С. 72.

<sup>2</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 120.

друге, обмеженням такого визнання має бути пряма заборона, або інша перешкода для такого визнання. Загально такий вибір має визнаватися незважаючи на те, за допомогою якої доктрини – моністичної чи дуалістичної, – пояснюється відношення міжнародного і національного права. З моністичного погляду, яка полягає в ототожненні згаданих правопорядків, пояснення позитивного ставлення до визнання буде збігатися із вищевикладеними нами положеннями про можливість вибору того чи іншого типу національного права. З протилежного дуалістичного погляду, вибір міжнародного правопорядку має визнаватися тому, що в такому випадку реалізується охарактеризована нами тенденція щодо розширення сфери застосування автономії волі у приватних відносинах з іноземним елементом. Наявність такої тенденції підтверджується, зокрема тим, що прямих заборон чи інших перешкод для застосування автономії волі у формі вибору міжнародного правопорядку, як правило, не існує.

Ненаціональний правопорядок *sui generis*, щодо назви якого в зарубіжній і вітчизняній науці немає єдиної думки, оскільки його позначають, як «третій правопорядок, субправо»<sup>1</sup>, «транснаціональне право»<sup>2</sup>, «недержавне регулювання»<sup>3</sup>, «квазі-правові норми»<sup>4</sup>, «ненаціональне право»<sup>5</sup>, «м'яке право (soft

---

<sup>1</sup> Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). – СПб.: Изд-во Юридический центр Пресс, 2002. – С. 96, 83.

<sup>2</sup> Schmitthoff C.V. Nature and evolution of transnational law commercial transaction \\\ The transnational law commercial transaction L., 1982. – P. 19-34.

<sup>3</sup> Зыкин И. С. Негосударственное регулирование // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 405-410.

<sup>4</sup> Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 169.

<sup>5</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 79.



law)»<sup>1</sup> та ін., ми далі, в контексті проблеми вибору застосовуваного права, позначасмо терміном «*lex mercatoria*».

Можливість вибору *lex mercatoria* залежить від того, чи в цілому визнається *lex mercatoria* національним правопорядком. Такий висновок можна зробити, виходячи з положення, сформульованого О.О. Мережком: «Оскільки функціонування *lex mercatoria* в значній мірі залежить від явно вираженого або такого, що мається на увазі погодження держави, то звідси логічно випливає, що національне законодавство має пріоритет перед *lex mercatoria*. Примат національного права над нормами *lex mercatoria* особливо яскраво виявляється тоді, коли мова йде про імплементацію рішень міжнародних комерційних арбітражів, прийнятих на основі *lex mercatoria*. Справа в тому, що в кінцевому рахунку здійснення подібних рішень на території визначеної держави цілком залежить від її розсуду. Інакше кажучи, дієвість норм *lex mercatoria* у межах національної юрисдикції обумовлена визнанням (курсив наш. – С.З.) існування *lex mercatoria* з боку конкретної держави»<sup>2</sup>. Аналогічний погляд має С.В. Бахін, який доводить, що у сфері приватних правових відносин «держави може надати юридичну силу тим чи іншим моделям поведінки і апіорі, тобто санкціонувати (визнати – С.З.) використання тих правил, які фактично складаються в практиці комерційного обігу, в якості нормативних регуляторів. Подібні варіанти поведінки, що склалися в практиці, можуть стати обов'язковими як за прямою вказівкою держави, так і на основі волевиявлення самих учасників цих відносин»<sup>3</sup>. Отже, якщо застосування *lex mercatoria* національним правопорядком визнається, то, отже, визнається і вільний вибір *lex mercatoria*, оскільки в колізійному праві немає ніяких перешкод для цього.

---

<sup>1</sup> Лукашук И.И. Международное «мягкое» право // Государство и право. – 1994. – № 8-9. – С. 159-167.

<sup>2</sup> Мережко А. А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права*. – К.: Таксон, 1999. – С. 110.

<sup>3</sup> Бахин С.В. *Субправо (международные своды унифицированного контрактного права)*. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 143, 144.

Про останнє свідчить аналіз, зокрема, чч. 3, 4 ст. 28 ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж». Так, ч. 3 цієї статті визнає можливість третейського суду приймати рішення *ex aequo et bono*, або як «дружній посередник», «*лише в тому разі, коли сторони прямо уповноважили його на це*» (курсив наш. – С.З.), – тобто тільки на підставі вільного вибору *lex mercatoria*. Частина 4 цієї статті має субсидіарне значення, тобто створює додаткові умови для застосування *lex mercatoria*. Як вважає Н.В. Тригубович, ««дружній посередник» виносить рішення, ґрунтуючись не тільки на правових нормах, а, наприклад, «по справедливості», що розглядається, як можливість застосування ненаціонального права. ... Крім того, цей пункт (ч. 4 ст. 28 ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж. – С.З.) закріплює положення, згідно з яким арбітри в будь-якому випадку враховують торгові звичаї. Прихильники *lex mercatoria* вбачають у цьому положенні відсилання до ненаціонального права, оскільки торговий звичай є одним із джерел *lex mercatoria*»<sup>1</sup>.

Аналогічна позиція міститься в п. 2 ст. VII Європейської конвенції «Про зовнішньоторговельний арбітраж», відповідно до якого, «арбітри виносять рішення як «дружні посередники», якщо між сторонами щодо цього є домовленість і якщо закон, який застосовується, це дозволяє»<sup>2</sup>.

Стаття 28.1 Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 р. також визнає можливість вирішити спір у відповідності з правовими нормами, обраними сторонами. Однак пояснювальна записка до Типового закону «встановлює, що вибір сторін не обов'язково повинен бути обмежений нормами національного права, але може, наприклад,

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 84.

<sup>2</sup> Европейская конвенция про внешнеторговом арбитраже 1961 р. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 707.

включати норми міжнародних конвенцій, які ще не вступили в силу»<sup>1</sup>.

Отже, можна зробити висновок, що найбільш характерна риса *lex mercatoria* – це наявність автономної сфери застосування, яку можна визначити за допомогою переліку відповідних джерел. Так, О.О. Мережко дає таку їх класифікацію: «... до числа основних джерел *lex mercatoria* у юридичній літературі найчастіше відносять:

- 1) міжнародні торговельні звичаї (*usages*);
- 2) норми міжнародного публічного права;
- 3) загальні принципи права визнані усіма чи більшістю країн, що активно беруть участь у міжнародній торгівлі;
- 4) типові (модельні) закони, які розробляються на міжнародному рівні як модель для національних нормативних актів з конкретного питання;
- 5) рішення міжнародних комерційних арбітражів;
- 6) типові проформи і контракти.

Допоміжними джерелами *lex mercatoria*, які мають менше значення в порівнянні з основними джерелами, є:

- 1) ділова практика;
- 2) кодекси поведження;
- 3) рекомендаційні документи міжнародних організацій;
- 4) праці видатних юристів;
- 5) "саморегульовані контракти" (*contrats sans loi*)»<sup>2</sup>.

У разі позитивного ставлення до визнання *lex mercatoria* в цілому, кожен з згаданих вище елементів окресленої її автономної сфери може, на нашу думку, бути вільно обраний. Але, в колізійній доктрині існують і полярні погляди, зокрема, щодо можливості вільного вибору певного джерела.

Негативного погляду дотримується, наприклад, Д.К. Мосс, яка вважає, що «підкорення сторонами свого договору

---

<sup>1</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 97.

<sup>2</sup> Мережко А.А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права.* – К.: Таксон, 1999. – С. 20.

такій «кодифікації» (йдеться про кодифікацію міжнародних звичаїв. – С.З.) не є здійсненням автономії волі, оскільки не можна вважати, що сторони в даному випадку замінюють належний до застосування національний закон, правилами ненаціонального права. Сторони в даному випадку здійснюють не автономію волі, а реалізують принцип свободи договору. ... сам договір всеодно залишається підпорядкованим національному законодавству або обраному сторонами, або при відсутності такого вибору, законодавству, визначеному згідно з колізійною нормою<sup>1</sup>. Аналогічний погляд висловлює А.А. Рубанов, який вважає, що «треба виключити можливість вибору сторонами правил, які можуть бути названі квазіправовими нормами: проекти іноземного закону, проект міжнародного договору (наприклад, такий, що містить уніфіковані норми), норм скасованого іноземного закону, а також «загальних принципів права», «принципів справедливості» і т.п.»<sup>2</sup>.

Така позиція зафіксована, наприклад, Римською конвенцією. Як доводить Ю.С. Лугініна, «норми Римської конвенції застосовуються до договірних відносин у будь-якій ситуації, коли постає питання про вибір між правом різних держав. З цього формулювання випливає, що сторони з самого початку обмежуються у своєму виборі позитивним правом певних держав або націй. Отже, у відповідності з правилами Римської конвенції, сторони не можуть обрати в якості застосовуваного права моделі, що пропонуються міжнародними організаціями, тобто норми, які носять наднаціональний характер, наприклад, Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА)»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 85.

<sup>2</sup> Рубанов А. А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 177, 178.

<sup>3</sup> Лугініна Ю.С. Основные положения Конвенции 1980 года, о праве применимом к договорным обязательствам и Межамериканской конвенции 1994 г. , о праве применимом к международным договорам

Протилежного погляду дотримуються автори, які стверджують, що вибір сторонами *lex mercatoria* при здійсненні автономії волі є реалізацією автономії волі. Наприклад, А.С. Довгерт вважає, що «цей вибір не обмежується вибором права конкретної країни і може включати вибір норм транснаціонального характеру, наприклад, таких, як «загальні принципи права», «*lex mercatoria*» або аналогічні положення. На нашу думку, це відповідає сучасним тенденціям розвитку міжнародного приватного права загалом та принципу автономії волі зокрема»<sup>1</sup>.

Позитивне ставлення до вибору *lex mercatoria* нині закріплено в таких відомих і авторитетних джерелах, як «Принципи міжнародних комерційних договорів» в редакції 2004 р. (Принципи УНІДРУА) та Принципи Європейського контрактного права (Принципи PECL). Преамбула до Принципів УНІДРУА передбачає можливість їхнього застосування в наступних випадках:

«1) ... якщо сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися цими Принципами;

2) ... якщо сторони погодилися, що їхній договір буде регулюватися «загальними принципами права», «*lex mercatoria*» або аналогічними положеннями; ...»<sup>2</sup>. А ст. 1:101 «Застосування принципів» Принципів PECL, передбачає, що: «(1) Дані принципи застосовуються як основні правила договірного права в європейському Співтоваристві.

(2) Дані принципи застосовуються у випадку, якщо сторони погодилися про те, що їх договір підпорядковується даним принципам.

(3) Дані принципи застосовуються:

---

(Сравнительный анализ) // Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского. – М: Статут. – 2002. – С. 392.

<sup>1</sup> Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – С. 293.

<sup>2</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНІДРУА // Международный ин-т. унификации част. права. Пер. с англ. Комарова А.С.- М.: Межд. центр фин.-экон. развития, 1996. – С. 1.

(а) коли сторони погодилися про те, що їх договір підпорядковуватися «Загальним принципам законодавства», «*lex mercatoria*» або подібному»<sup>1</sup>.

Зазначене варто доповнити. Так, Конвенція ООН 1980 року про договори міжнародної купівлі-продажу товарів передбачає, що сторони договору зв'язані «практикою, що вони установили у своїх взаємних відносинах» (п. 1 ст. 9)<sup>2</sup>. Аналогічне положення міститься в Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (п. 1 ст. 1.8)<sup>3</sup>.

Позитивне ставлення до вільного вибору *lex mercatoria* сторонами підтверджується також практикою третейського суду. Як доводить Д.К. Мосс, таке «ставлення можна пояснити тим, що міжнародний комерційний арбітраж менш обмежений окремими правовими системами, ніж національний суд (арбітраж). Міжнародний комерційний арбітраж приймає рішення «без громадянства», і тому він більш вільний у виборі джерел, на основі яких будується його рішення»<sup>4</sup>. Як доказ можна навести рішення МКАС при ТПП РФ по справі № 11/2002 від 05.06.2002 р., згідно з яким «із урахуванням обставин справи визнано, що для вирішення спору достатньо загальних принципів *lex mercatoria* (в якості яких застосовані Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА) і умов договору»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Принципи Європейського контрактного права // Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 274.

<sup>2</sup> Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 199.

<sup>3</sup> Принципы международных коммерческих договоров // УНИДРУА, Международный ин-т. унификации част. права. Пер. с англ. Комарова А.С. – М.: Межд. центр фин.-экон. развития, 1996. – С. 21-22.

<sup>4</sup> Детальніше: Мосс Д. К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража / Под ред. Рубанова А.А. – М.: РАН. Ин-т государства и права, 1996. – С. 97.

<sup>5</sup> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 – 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004. – С. 353.

Отже, у сфері міжнародного приватного права заявляє про себе тенденція все більш повного визнання вільного вибору *lex mercatoria*, тобто – застосування на основі принципу автономії сторін замість національного правопорядку правопорядку *sui generis*. Така практика враховує, що національні правові системи навіть досить розвинені, не завжди повністю відповідають потребам, які виникають у міжнародній торгівлі.

\*\*\*

Підсумовуючи сказане в цьому підрозділі, можна сформулювати такі висновки.

По-перше, як в національному, так і в ненаціональному правопорядку можна здійснити вибір не тільки матеріальних, а й із застереженням колізійних норм. Вибір процесуальних норм, як правило, доктриною, нормативними джерелами і практикою не визнається. Нормальним випадком автономії сторін є вільний вибір приватного права, в т.ч. колізійного, аномальним – вибір права публічного, в т.ч. із застереженням процесуального права.

По-друге, зважаючи на те, що в колізійній доктрині відсутня панівна думка щодо вичерпного переліку джерел *lex mercatoria* та щодо погодженої їх характеристики, можна зробити висновок, що невизнання певного джерела *lex mercatoria*, не позбавляє права сторін вибрати його для застосування до договору, в т.ч. керуючись при цьому не тільки принципом автономії сторін, а й принципом приватної автономії (принципом свободи договору). Залежність здійснення автономії волі шляхом вибору *lex mercatoria* від визнання його державою є доказом загального пріоритету національного права над *lex mercatoria*.

Вільний вибір права є формою відсилання, предметом якого можуть бути три типи норм – матеріальні, колізійні та, як виняток, процесуальні, – національного та міжнародного правопорядку. Предмет такого відсилання охоплює й *lex mercatoria*. Визначення в цілому предмета відсилання є визначенням кола правопорядків, між якими можливий вибір права.

### 3.2. Обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі

У загальній частині колізійного права містяться чотири положення: зворотне відсилання (*renvoi*), обхід закону (*fraus legis*), застереження про публічний порядок та про дію імперативних норм вітчизняного правопорядку, які за своєю природою, точніше за результатами їх застосування, є змістовними умовами практичного невизнання автономії волі в міжнародному приватному праві, внаслідок чого сфера дії автономії волі, як правило, обмежується вітчизняною територією. Згадані положення є, по суті, змістовними обмеженнями територіальної сфери дії норм про вільний вибір права.

Насамперед необхідно звернутися до аналізу відношення зворотного та подальшого відсилання й автономії сторін. Зворотне відсилання означає, що колізійна норма відіслала до закону, який повинен би бути застосованим, який зворотно або подальше «відіслав» до закону суду чи до іншого закону. Але зворотне відсилання можливе не тільки до внутрішнього матеріального цивільного права, а й до колізійних норм, які створюють друге зворотне відсилання, тобто подвійне *renvoi* до того ж іноземного права, що і раніше. Ця теорія була названа доктриною «пінг-понг», або «міжнародним тенісом»<sup>1</sup>.

Отже, суть зворотного та подальшого відсилання полягає у відсиланні колізійної норми законодавства однієї держави до закону іншої держави, а закон останньої, не вирішуючи питання по суті, також, відсилає до закону попередньої держави<sup>2</sup> або права третьої держави. Вирішується це питання шляхом прийняття або відхилення зворотного (подальшого) відсилання.

Доктрина зворотного відсилання, наприклад, не прийнята в Римській конвенції. У ст. 15 цієї конвенції, що носить заголовок «Виключення зворотного відсилання і подальшого відсилання», передбачається таке: «Під правом держави, що підлягає застосуванню відповідно до даної угоди, розуміються діючі в

---

<sup>1</sup> Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Под ред. М.М. Богуславского. – М.: Прогресс, 1982. – С. 496.

<sup>2</sup> Лунц Л.А. Проблема квалификации в международном частном праве // Советское государство и право. – 1947. – № 9. – С. 42-43



цій державі правові норми, за винятком норм міжнародного приватного права»<sup>1</sup>.

Негативне ставлення до зворотного відсилання, або, іншими словами, відхилення зворотного відсилання, знайшло своє вираження у ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж», в ч. 1 ст. 28 якого вказується, що «...будь-яке положення права або системи права будь-якої держави повинно тлумачитись як таке, що безпосередньо відсилає до матеріального права цієї держави, а не до її колізійних норм»<sup>2</sup>. Аналогічне регулювання міститься в ч. 1 ст. 9 МПрП-Закону, де також за основу береться поняття «будь-якого відсилання». Зважаючи на те, що вільний вибір права є формою відсилання, застосування автономії волі також тягне за собою зворотне або подальше відсилання у випадку, якщо сторони в угоді про застосовуване право не вирішили це питання. Його вирішення полягає в тому, що в угоді варто зазначити про вибір матеріального права, а не права в цілому.

В абстрактній формі, у випадку прийняття зворотного відсилання, вибір права обмежується вітчизняною територією, а у випадку прийняття подальшого відсилання – територією третьої держави. При відхиленні зворотного (подальшого) відсилання вибір права територіально не обмежується, і повинно застосовуватися вільно обране право.

На другому місці розглянемо проблему відношення обходу закону та автономії сторін.

У загальному та у нейтральній формі, як зазначає О.М. Садиков: «Обхід закону у міжнародному приватному праві означає: право, що застосовується, може визначатися зацікавленими сторонами штучно, тобто з метою створення сприятливого правового режиму для реалізації відповідних правовідносин з іноземним елементом (пільговий порядок заснування юридичної особи, сплати податків, укладення договору, припинення шлюбу і т.д.)»<sup>3</sup>. Однак таке розуміння не є загальноприйнятим, оскільки

<sup>1</sup> Левитин А.Б. Спорные вопросы международного частного права // Учен. зап. ВИУОН. – 1957. – Вып. 2/6. – С. 71-73.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 25. – Ст. 198.

<sup>3</sup> Садиков О.Н. Вопросы возникающие при применении коллизионных

*fraus legis* вважається заборонаю сторонам укладати правочини в обхід закону. Наприклад, А.Б. Покровська зауважує, що сутність указанного інституту «полягає в забороні сторонам обирати застосовуване право, єдиною метою якого є виключення застосування відповідної правової системи, тобто укладення угоди *in fraudem legis* – в обхід закону»<sup>1</sup>.

Компромісною думкою, на яку ми опираємося в цій роботі, можна вважати положення, сформульоване А.І. Мурановим, який вважає, що «обходом закону у міжнародному приватному праві є ситуація, в якій сторони не мали наміру уникнути застосування певного закону, а лише обрали норми, що не можуть регулювати правовідносини, оскільки вони, ці норми, призначені для інших відносин»<sup>2</sup>.

Сучасне українське колізійне законодавство (п. 1 ч. 9 ст. 1 та ст. 10 ЗУ «Про міжнародне приватне право») закріплює наслідки обходу закону в нормі, яка покликана, як вважає В.І. Кисіль, «не лише декларувати лібералізацію міжнародного приватного права, а й забезпечити дотримання принципу добросовісності при здійсненні приватними особами правила *lex voluntatis*»<sup>3</sup>. На думку цього автора, «концепція обходу закону фактично зводиться ось до чого: якщо немає сумнівів у добросовісності вибору сторонами права, що застосовується, цей вибір приймається в цілому. В таких випадках автономія волі реалізується повністю. Якщо ж вибір сторін явно недобросовісний,

---

норм // Международное частное право современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 457.

<sup>1</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 374.

<sup>2</sup> Муранов А. И. К вопросу об «обходе законе» в проекте раздела VII «Международное частное право» части третьей ГК РФ // Юрист. – 1997. – № 5. – С. 5.

<sup>3</sup> Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 206.

то суд має право відхилити такий вибір і визначити право, яке застосовується, на основі звичайної колізійної прив'язки. Хоч і тут присутній суб'єктивізм у визначенні міри добросовісності вибору сторін, однак його роль значно менша, ніж у концепції імперативних норм»<sup>1</sup>. Отже, якщо критерієм для оцінки вибору права вважати його добросовісність, то від її наявності або відсутності буде залежати доля здійсненої автономії сторін. У випадку визнання автономії волі, територіальна сфера її дії буде не обмеженою, у випадку разі невизнання, тобто при кваліфікації вибору як недобросовісного, або, іншими словами, як здійсненого *fraus legis*, – територіальна сфера дії автономії сторін обмежується шляхом застосування положення про те, що в такому випадку мають застосовуватися імперативні колізійні норми (друге речення ч. 1 ст. 10 МПрП-Закону).

Проблема відношення автономії й обходу закону ускладнюється тому, що, як відомо, «в міжнародному приватному праві розрізняють як «обхід власного закону» (*fraus legi domesticae*), так і «обхід іноземного закону» (*fraus legi exterraneae*)»<sup>2</sup>. Можна констатувати, що українські норми передбачають і перший, і другий варіант. Зокрема, п. 9 ч. 1 ст. 1 МПрП-Закону стосується, обходу іноземного закону, а ст. 10 регулює обхід власного закону. Закріплення в українському колізійному законі двох варіантів обходу закону свідчить про його наміри захищати не тільки власний закон, а й закони зарубіжних країн від нелегального їх невизнання. Тож, ускладнення згаданого відношення полягає в тому, що вільний вибір права буде перевірятися або оцінюватися на добросовісність не тільки щодо національного, а й щодо іноземного права.

Складність останньої кваліфікації, зокрема, підтверджується тим, що «різні правові системи неоднаково ставляться до обходу закону. У досвіді іноземних кодифікацій і міжнародної

---

<sup>1</sup> Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 214.

<sup>2</sup> Муранов А.И. К вопросу об «обходе законе» в проекте раздела VII «Международное частное право» части третьей ГК РФ // Юрист. – 1997. – № 5. – С. 5.

уніфікації міжнародного приватного права чітко простежується тенденція відмови від концепції обходу закону. Положення про обхід закону відсутні у найновіших і найпрогресивніших кодифікаціях міжнародного приватного права Австрії, ФРН, Швейцарії. Друга редакція Зводу законів США про колізійне право (1971) також відкидає цю теорію. В Англії вона взагалі ніколи не визнавалася<sup>1</sup>.

Правовим наслідком обходу закону, як правило, є визнання недійсною угоди, яка передбачала вибір права в обхід закону. Зокрема, «французька доктрина містить абстрактну заборону обходу закону, умисел сторони, спрямований на обхід закону, не враховується. Позиція французької судової практики полягає у визнанні такої угоди недійсною у відповідності з принципом *fraus omnia corrumpit* – «обхід закону породжує недійсність акту», який був сформульований на основі судового рішення по справі Бюфремон (1878 р.)»<sup>2</sup>. Згідно з казахським ЦК (ст. 1088) «недійсними є угоди і інші дії учасників відносин, які регулюються даним кодексом, спрямовані на те, щоб в обхід правил даного розділу про застосовуване право підкорити відповідні відносини іншому праву.»<sup>3</sup>. Зауважимо, що ні Римська, ні Гаазька, ні Міжамериканська конвенції не містять положень про обхід закону.

Що ж стосується української колізійної доктрини, то в ній висловлений погляд, який обґрунтовує заперечення необхідності існування в МПрП-Закону ст. 10 «Наслідки обходу закону»: «В усьому необхідна послідовність: якщо ми визнаємо теорію

<sup>1</sup> Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 208, 209.

<sup>2</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 375.

<sup>3</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муратов. – М.: «Статут», 2000. – С. 110

найбільш тісного зв'язку домінуючою основою, то проблема «обходу закону» зникає сама по собі, але якщо ми визнаємо теорію найбільш тісного зв'язку другорядною основою у порівнянні з встановленими в законі традиційними колізійними прив'язками, то вже неможливо робити застереження про обхід закону, оскільки це явище – неминучий наслідок традиційного колізійного методу, а прагнення викоринити це явище в рамках самого такого методу є, з однієї сторони, використанням подвійних стандартів у колізійному регулюванні, а з іншого боку – всього-на-всього запереченням самого колізійного методу, перспективою його «самогубства» і збільшенням шансів на відмову від нього, що навряд чи бажано в умовах сучасної України, що ще не закінчила навіть початкову школу колізійного регулювання»<sup>1</sup>. Цим проблема логічного зв'язку *lex voluntatis* і *fraus legis* може бути знята повністю.

Однак *de lege lata*, тобто з погляду чинного законодавства, правові наслідки обходу закону прямо залежать від існування проблеми автономії волі, оскільки дія норми про обхід закону є тоді, коли сторони здійснюють вибір права на основі правочину або іншої юридичної дії.

Отже, на основі проведеного бгляду основних положень теорії про обхід закону та, узявши, зокрема, до уваги висновок В.І. Кисіля – «теорія обходу закону базується на тих самих принципах, що й теорія найтіснішого зв'язку. Фактично, застереження про обхід закону – це те саме, що й норма про тісний зв'язок, лише не в позитивному, а в негативному формулюванні»<sup>2</sup>, а «оскільки теорія найтіснішого зв'язку є домінуючим началом у Книзі VIII проекту ЦК (та в МІРП-Законі. – С.3.), то проблема обходу закону відходить на другий план»<sup>3</sup>, – можна

---

<sup>1</sup> Колізії в законодавстві України: проблеми теорії і практики: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., Київ, 23-24 жовтня 1995. / Ю.С. Шемшученко та ін. – К.: Генеза, 1996. – С. 39-41.

<sup>2</sup> Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 210.

<sup>3</sup> Кисіль В.І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – С. 210.

зробити висновок про те, що, з одного боку, тісний зв'язок обходу закону із такими інститутами міжнародного приватного права, як принцип найтіснішого зв'язку, дія імперативних норм держави, застереження про публічний порядок може свідчити про те, що сам по собі обхід закону не є необхідним інститутом міжнародного приватного права, а, з іншого боку, що відмова від легальної фіксації інституту обходу закону спростила б застосування принципу автономії волі.

На третьому місці проаналізуємо проблему відношення автономії сторін та застереження про публічний порядок, зважаючи при цьому на те, що воно є одним із основних обмежень територіальної сфери дії норми про автономію волі. Згадане застереження може повністю нівелювати здійснений сторонами вибір права, тобто не позбавити права на автономію волі шляхом відмови від її позитивно-правового визнання в цілому, а лише анулювати правові наслідки такого вибору, чим повністю обмежити (виключити) застосування обраного іноземного права.

Оскільки детальний розгляд проблеми публічного порядку виходить за рамки теми дослідження, зазначимо тільки, що саме чи не найбільші труднощі в міжнародному приватному праві пов'язані з поняттям «публічний порядок». Як констатує О.М. Макаров, «визначення обсягу поняття «публічний порядок» є однією з найскладніших проблем конфліктної науки і судової практики»<sup>1</sup>. У рамках нашого дослідження стисло зупинимося на головних положеннях щодо характеристики «публічного порядку».

У колізійній доктрині функції застереження про публічний порядок знайшли відображення у двох основних концепціях – позитивній і негативній. Позитивна здебільшого асоціюється і з згадуваною вище ст. 6 ЦК Франції – «даючи тлумачення ст. 6 французького ЦК, доктрина виробила поняття «*ordre public interne*» («внутрішній публічний порядок»))<sup>2</sup>. Негативна концепція

<sup>1</sup> Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. – Москва: Юридическое изд-во Наркомъюста РСФСР, 1924. – С. 52.

<sup>2</sup> Бабаев М. Х. Проблемы публичного порядка в международном частном праве // Международное частное право: Современные проблемы

пції публічного порядку протиставляється позитивній концепції. Як зазначає М.Х. Бабаєв, у такому випадку «публічний порядок не ототожнюється з певною сукупністю матеріально-правових законів даної країни, а виражається через несприятливі властивості самого іноземного закону, у зв'язку з чим його застосування може нанести суттєву шкоду правопорядку країни»<sup>1</sup>.

Як підтверджує проведений вище порівняльно-правовий аналіз зарубіжного законодавства, більшість законодавчих актів у сфері міжнародного приватного права різних країн, встановлюють застереження про публічний порядок у негативній концепції, а позитивна пов'язується переважно з французьким правом.

Застереження про публічний порядок, як загальновизнана норма міждержавних відносин, закріплена в багатьох міжнародно-правових документах, розрахованих на регулювання міжнародних приватноправових відносин. Наприклад, Нью-Йоркська конвенція 1958 «Про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень» (п.п. в п. 2 ст. V) закріплює, що «у визнанні і приведенні до виконання арбітражного рішення може бути також відмовлено, якщо компетентна влада держави, в якій запитується визнання і приведення до виконання, знайде, що: ... визнання та приведення до виконання цього рішення суперечать публічному порядку цієї держави»<sup>2</sup>.

У невітчизняних нормативних джерелах поняттю «публічний порядок» можуть відповідати інші терміни, зокрема «кон-

---

Баратянц и др. Отв. ред. Богославский // РАН Институт государства и права. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 194.

<sup>2</sup> Dicey and Morris. The Conflict of Law. – P. 41 – 42.

<sup>1</sup> Бабаєв М. Х. Проблемы публичного порядка в международном частном праве. // Международное частное право: Современные проблемы / Баратянц и др. Отв. ред. Богославский // РАН Институт государства и права. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 194.

<sup>2</sup> Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. – 3-е изд. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 696.

ституційний лад», «основи конституційного ладу», «суверенітет і безпека», «основні принципи законодавства» і т.п. Наприклад, у Гаазькій конвенції з питань цивільного процесу від 1 березня 1954 року статтею 4 визначалося: «У врученні судового документа, передбаченого в статтях 1, 2 і 3, може бути відмовлено тільки в тому випадку, якщо держава, на території якого здійснюється вручення, знаходить, що воно може завдати шкоди її суверенітетові або безпеці»<sup>1</sup>.

У законодавстві України негативна концепція публічного порядку закріплювалась у ЦК УРСР. Сьогодні її закріплює ст. 12 МПРП-Закону, в якій ідеться про несумісність з основами правопорядку (публічним порядком) України, чи ст. 291. Застосування іноземних законів і міжнародних договорів Сімейного кодексу, в якій указується, що сімейне законодавство іноземних держав застосовується в Україні, якщо воно не суперечить основним засадам регулювання сімейних відносин, установлених цим кодексом.

Нині негативна концепція публічного порядку закріплюється і в інших вітчизняних нормативних актах і вноситься до міжнародних договорів за участю України. Зокрема, в п. 2 ч. 2 ст. 34 ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» використовується словосполучення «суперечить публічному порядку України»<sup>2</sup>. А в п. 5 ст. 21 Договору між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу в цивільних і кримінальних справах від 31 жовтня 1992 р. вживається словосполучення «може завдати шкоди суверенітетові, безпеці або публічному порядку»<sup>3</sup>.

Роз'яснення щодо застосування категорії публічного порядку, а також визначення самого поняття «публічний поря-

---

<sup>1</sup> Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, 1997. – С. 862-869.

<sup>2</sup> Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 25. – Ст. 198.

<sup>3</sup> Договір між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу в цивільних та кримінальних справах від 31 жовтня 1992 р. // Фединяк Г.С. Міжнародне приватне право: Курс вибр. лекцій. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – С. 247.



док», містить постанова Пленуму Верховного суду України від 24 грудня 1999 р. № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених в порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України», в п. 12 ч. 8, де йдеться про договір про правову допомогу між Україною і Монголією, зазначається: «... Під публічним порядком у цьому та інших випадках, коли незаподіяння йому (публічному порядку) шкоди зумовлює можливість визнання і виконання рішення, належить розуміти правопорядок держави, визначені принципи й засади, які становлять основу існуючого в ній ладу (стосуються її незалежності, цілісності, самостійності й недоторканності, й основних конституційних прав, свобод, гарантій тощо)»<sup>1</sup>.

При розмежуванні вибору права й застосування застереження про публічний порядок потрібно орієнтуватися на поняття визнання суб'єктивних прав, що виникли під впливом іноземного права. Тобто йдеться про, що потрібно розрізняти ситуацію, коли в учасників процесу ще не виникли суб'єктивні права і обов'язки, від ситуації, коли фізична особа вже набула суб'єктивне право на основі обраного іноземного закону. Як вибір права, так і застереження про публічний порядок, ґрунтуються на існуючому суб'єктивному праві, яке виникає на підставі застосування іноземного права, однак в першому випадку буде мати місце визнання такого права, і як результат застосування обраного сторонами права, в другому випадку – невизнання такого суб'єктивного права, що означає незастосування іноземного права, визначеного на основі як імперативної, та і диспозитивної колізійної норми.

В останньому випадку відповідно до ч. 1 ст. 12 МПРП-Закону застосовується право, яке має тісніший зв'язок із правовими відносинами, а якщо таке право визначити або застосувати неможливо, застосовується право України. Відмова в застосуванні іноземного права не може ґрунтуватися лише на від-

---

<sup>1</sup> Юридичний вісник України. – 2-8 березня 2000 р. – С. 29.

---

мінності правової, політичної або економічної системи відповідної іноземної держави від правової, політичної або економічної системи України.

Таким чином, наслідком застосування норми про автономію волі, як і будь-якої іншої колізійної норми, може бути обмеження її територіальної дії у відповідності із застереженням про публічний порядок. Обране право може не визнаватися в частині норм, що суперечать нормам публічного порядку.

Сучасною тенденцією законодавчої практики є закріплення застереження в негативному варіанті (виключення застосування іноземних законів, що суперечать основам правопорядку країни суду), що є найбільш оптимальним і з погляду судової практики. Зокрема, при відсиланні до іноземного права в силу вибору сторін, застосування цього іноземного права може бути обмежено або взагалі у застосуванні буде відмовлено, якщо наслідки такого застосування будуть суперечити або загрожувати місцевому публічному порядку.

Застереження про публічний порядок досить тісно пов'язано із проблемою застосуванням імперативних норм вітчизняного правопорядку та автономією сторін. Як зазначає О.О. Мережко, «застереження про публічний порядок встановлює межі волі сторін міжнародного контракту виводити свої правовідносини з-під дії національного правопорядку. Отже, сторони цього контракту завжди повинні будувати свої правовідносини з урахуванням імперативних норм національного права, в основному норм публічного характеру»<sup>1</sup>. При цьому варто звернути увагу на те, що застосування імперативних норм є одним із основних обмежень територіальної сфери дії норми про автономію волі. Застосування імперативних норм не позбавляє право сторін договору на визначення компетентного правопорядку, але може визнати такий вибір недійсним на підставі імперативних приписів, що призведе до застосування норм країни суду.

---

<sup>1</sup> Мережко А. А. *Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права.* – К.: Таксон, 1999. – С. 120.

Загальновідомо, що, як зазначає Д.К. Мосс, «серед норм, які утворюють національну правову систему, є категорія правил, що встановлюються державами враховуючи особливо важливі політичні, соціальні, економічні інтереси. ... Основною рисою цих норм є те, що держава, яка їх видає, не допускає ухилення від них і навіть вважає їх застосовними екстериторіально у сфері міжнародних приватних відносин (так звані «закони, що мають переважну юридичну силу»)»<sup>1</sup>. Законодавство і доктрина різних країн по-різному називають такі норми. Наприклад, у французькій правовій системі такі норми зазвичай називають «*lois de police*», Римська конвенція називає такі норми «обов'язковими нормами»<sup>2</sup>, російський учений О.М. Садиков<sup>3</sup>, як і більшість вчених пострадянського простору, визначає їх як «імперативні норми», «надімперативні норми»<sup>4</sup>.

Зауважимо, що певного, законодавчо окресленого кола імперативних норм не існує, немає його і в колізійній доктрині, що значно обмежує автономію волі сторін, адже учасники правовідносини не можуть передбачити заздалегідь всі норми держави, які суд визнає за імперативні стосовно конкретного випадку. Оскільки питання про склад даних норм залишається на розсуд органу, компетентного розглядати спір, як вбачається, суд повинен враховувати призначення і характер цих норм, а також наслідки їх застосування або незастосування.

---

<sup>1</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С.121, 122.

<sup>2</sup> Бардина М.О. О праве, применимом к договорным обязательствам в органах ЕС // Хозяйство и право. – 1997. – № 4. – С. 118.

<sup>3</sup> Садиков О. Н. Императивные нормы в международном частном праве // Москов. журнал МП. – 1992. – № 2. – С. 71 – 84.

<sup>4</sup> Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 371.

Зважаючи на те, що ст. 14. Застосування імперативних норм МПРП-Закону не визначає поняття імперативних норм, для їх розуміння можна звернутися до аналізу ст. 1192 ЦК РФ, з якої випливає, що російський законодавець передбачає два види імперативних норм: «імперативні норми в силу прямої вказівки самих імперативних норм» і «імперативні норми в силу їх особливого значення, в тому числі для забезпечення прав і охоронюваних законом інтересів учасників цивільного обороту»<sup>1</sup>.

Дія імперативних норм передбачена не тільки в національних, але й в міжнародних актах. Зокрема, в ст. 17 Гаазької конвенції закріплено, що «конвенція не перешкоджає застосуванню тих положень закону суду, які повинні застосовуватись незалежно від права, що регулює договір»<sup>2</sup>, у Міжамериканській конвенції, як зазначає Н.Г. Вілкова, «стаття 11 конвенції Мехіко надає органу, що вирішує спір враховувати не тільки імперативні правила країни суду, але й також строго слідувати політиці (held policies) іноземних юридичних систем, з якими контракт має тісний зв'язок»<sup>3</sup>.

Найбільш повно з погляду автономії волі проблема застосування імперативних норм врегульована в Римській конвенції, оскільки вона не тільки встановлює, що «при застосуванні права якої-небудь країни у відповідності з даною конвенцією можна підпорядкувати наслідки імперативним нормам права іншої країни, з якою ситуація має тісний зв'язок, якщо і оскільки за правом цієї останньої країни ці норми належать до застосування незалежно від того, яке право регулює договір. При вирішенні питання про підкорення наслідків цим імперативним нормам

<sup>1</sup> ЦК РФ // Международное частное право. Сборник нормативных актов / Сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд., исп. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, – 2004. – С. 6.

<sup>2</sup> Конвенция ООН о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров. Гаага, 1986г. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1996. – С. 261.

<sup>3</sup> Вилкова Н.Г. Региональная унификация коллизионных норм и международные коммерческие контракты // Юридический мир. – 1997. – № 10. – С. 66.

слід враховувати їх природу й мету, а також наслідки їх застосування або незастосування» (ст. 7)<sup>1</sup>, але й в п. 3 ст. 3 закріплює, що «той факт, що сторони обрали іноземне право, не є перешкодою застосуванню імперативних норм права цієї країни»<sup>2</sup>.

Як зазначає Д.К.Мосс, визнання обов'язкової дії імперативних норм було також підтверджено в ст. 9 Резолюції Інституту міжнародного права 1991 р., де закріплювалось, що «обрання сторонами право належить до застосування без шкоди для імперативних норм права місця арбітражу, які повинні застосовуватися до даної ситуації, незалежно від права, застосовуваного до договору»<sup>3</sup>.

На нашу думку, варто акцентувати увагу на те, що в колізійній доктрині була висловлена правова позиція, яку можна покласти в основу скасування самостійності інституту застосування імперативних норм, що одним із результатів буде мати спрощення проблеми автономії сторін, оскільки вона може бути вирішена, наприклад, за допомогою застереження про публічний порядок. В останньому випадку, зважаючи на те, що «теорія імперативних норм за своєю природою являє собою вираження позитивної концепції публічного порядку. При використанні концепції імперативних норм іноземне право застосовується в частині, що не суперечить імперативним нормам національного права»<sup>4</sup>, тобто надімперативні норми, що є предметом розгляду даного питання, є нормами публічного порядку в позитивному

---

<sup>1</sup> Бардина М.О. О праве, применимом к договорным обязательствам в органах ЕС // Хозяйство и право. – 1997. – № 4. – С. 117.

<sup>2</sup> Бардина М.О. О праве, применимом к договорным обязательствам в органах ЕС // Хозяйство и право. – 1997. – № 4. – С. 118.

<sup>3</sup> Резолюція Інституту міжнародного права «Автономія волі в міжнародних контрактах між фізичними і юридичними особами», прийнятої Інститутом міжнародного права в 1991 році на сесії в Базелі // *Annuaire de l'Institut de droit international, Session de Bale. 1992. Vol. 64 – II. P. 208.*

<sup>4</sup> Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 111.

розумінні, ми додатково розширимо розуміння публічного порядку в українській колізійній доктрині.

Тому, можна в цілому погодитись із добре аргументованим поглядом В.Л. Толстих, яка вважає, що «у зв'язку з тим, що дія інституту імперативних норм і інституту публічного порядку направлена на досягнення одних і тих же цілей, одночасне їхнє закріплення недоцільне»<sup>1</sup>. Теорія імперативних норм, на думку згаданого автора, має низку недоліків, серед яких наводиться, зокрема, те, що досить важко визначити коло імперативних норм національного права; визначення імперативних норм *ad hoc* здатне призвести до зловживання, і, крім того, не звільняє від проблеми критеріїв визначення імперативних норм; закріплення принципу імперативних норм порушує один з базових принципів міжнародного приватного права – принцип найтіснішого зв'язку права і відношення; застосування інституту імперативних норм обмежує застосування колізійних норм та інституту автономії волі, що створює штучні бар'єри для розвитку відносин в сфері міжнародного приватного права; застосування інституту імперативних норм передбачає комплексність застосування норм різних країн, що утруднює роботу суду<sup>2</sup>.

Крім того, потрібно врахувати точку зору А.Г. Філіпова, який вважає, що «концепція імперативних норм являє собою складну конструкцію, що об'єднує в собі елементи публічно-правового регулювання, концепції «найтіснішого зв'язку» (права властивого договору) і концепції «обходу закону»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 111.

<sup>2</sup> Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – С. 111.

<sup>3</sup> Филиппов А. Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. – М.: Статут, 1998. – С. 455.

Отже, правовим наслідком застосування автономії сторін може бути обмеження територіальної сфери її дії нормами про обхід закону, застереження про публічний порядок та дію імперативних норм. Оскільки в теорії проблема співвідношення цих концепцій залишається не вирішеною, пропонується об'єднати їх в єдиний інститут, який би так і називався «обмеження дії іноземного права», з основною метою – захист національної системи права. Що стосується проблеми зворотного (подальшого) відсилання, то, зважаючи на те, що, з одного боку, тільки у випадку прийняття такого відсилання є обмеження територіальної сфери дії, а, з іншого боку, проблема відсилання стосується лише дії колізійної норми, то положення про зворотнє (подальше) відсилання в рамках спільного інституту обмеження дії іноземного права займає особливе місце, яке не збігається із трьома іншими обмеженнями.

Зважаючи на те, що як з одного боку, в рамках спільного інституту обмеження дії іноземного права, який стосується прив'язки колізійної норми *lex voluntatis*, або, точніше, – правового наслідку її застосування, так, з іншого, в контексті розглянутого в попередньому розділі питання про обмеження статуту автономії сторін, тобто, іншими словами, – про обсяг згаданої колізійної норми, такі обмеження автономії волі не можуть бути абсолютними ні в історичному, ні в порівняльному, ні в легальному чи догматичному аспектах, а також не знаходять і філософського виправдання, можна твердити, що нині міжнародному приватному праву властива тенденція до розширення для сторін можливостей вибору правопорядків, за допомогою яких вони бажають регулювати свої відносини. Як правило, не викликає сумнівів можливість вибору у формі погодження права країни однієї і з сторін договору, або країни, де буде відбуватися виконання договору, або країни, де договір був укладений тощо. Крім того, у ділових стосунках може трапитися ситуація, коли таке погодження відсутнє, оскільки кожна і з сторін контракту наполягає на застосуванні норм свого правопорядку, для того, щоб використати переваги, які виникають з доброго його знання. Тоді, загалом постає питання, чи можуть сторони вільно об-

рати будь-яке право, в т.ч. таке, що не має зв'язку із їх відносинами? Або – чи можна здійснити абсолютний вибір права?

В колізійній доктрині «дане питання широко дискутується як питання допустимості вибору так званої «третьої країни», тобто права, яке не має ніяких точок дотику з відношенням, що ним регламентується»<sup>1</sup>. Аргументи «за» абсолютність вибору права наводить, зокрема, Н.В. Тригубович: «Вибір права третьої країни, не пов'язаного з договором, може бути обумовлений детальною регламентацією даного виду правовідносин цим законодавством. Обрана правова система може бути добре знайома обом сторонам або може являти собою найбільш сприятливий захист прав у випадку їх порушення. Обрання права, не пов'язаного з правовідносинами, може виступати як компроміс у випадках, коли сторони, що не змогли досягти згоди про застосовуване право, зупиняються на виборі «нейтральної» правової системи. Так урівнюються позиції сторін у можливому судовому (арбітражному) спорі»<sup>2</sup>.

Зважаючи на проведений вище порівняльно-правовий аналіз колізійних норми зарубіжних країн, можна дійти висновку, що питання, що розглядається, як правило, не має чіткої регламентації в національному законодавстві, а тому для відповіді на нього треба звернутися до колізійної доктрини та судової (арбітражної) практики. Наприклад, ст. 27 Вступного закону до ЦК Німеччини<sup>3</sup> закріплює можливість вибору права сторонами, не містячи заборони обирати право третьої країни. Відсутність регламентації даного питання в національних законодавчих ак-

<sup>1</sup> Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т гос. и права Российской Академии Наук. – М., 1995. – С. 73.

<sup>2</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 56.

<sup>3</sup> Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муратов. – М.: Статут, 2000. – С. 279.



тах в сфері регулювання колізійно-правових питань, зокрема, в українському МПРП-Законі, ми трактуємо як мовчазне визнання вибору права, що не має зв'язку з правовідношенням.

Однак можуть бути і складніші відповіді на поставлене вище питання. Так, у країнах загального права можливість вибору сторонами права, що буде застосовуватися, обмежується умовами локалізації договору, розумним зв'язком, тобто до договору може застосовуватись право, що у певний спосіб з ним пов'язане. Наприклад, у статті 1-105 Комерційного кодексу США написано: «Коли контракт має розумний зв'язок з даним штатом та іншим штатом або країною, сторони можуть домовитись, за законами якого штату або країни визначатимуться їхні права й обов'язки. За відсутності такої умови Кодекс застосовується до угод, які мають належний зв'язок з даним штатом. Така незалежність сторін зафіксована і в § 187 Другого Зводу правових норм США 1971 року»<sup>1</sup>.

Крім того, у США існують «незначні конституційні обмеження щодо вибору законів, які ґрунтуються на статті про належну правову процедуру 14-ї поправки. Якщо суперечка зовсім не стосується конкретного штату, вважається неконституційним застосовувати законодавство цього штату для вирішення справи. Так, у рішенні по справі Компанія Allstate Ins. Co. проти Хейга, йшлося, що при виборі законів для вирішення справи певний штат повинен мати значні зв'язки (контакти) зі справою або сторонами, які загострюють правовий інтерес штату до цієї справи, і щоб вибір потрібного закону не був довільним або фундаментально несправедливим»<sup>2</sup>.

Та потрібно звернути увагу на те, що обережне ставлення американського законодавця до абсолютності вибору застосовуваного права має тільки внутрішнє або локальне значення. Враховуючи той факт, що США є учасницею Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, протилежна

---

<sup>1</sup> Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. – К.: Україна, 1999. – С.258.

<sup>2</sup> Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. – К.: Україна, 1999. – С.254.

ситуація складається в міжнародній торгівлі за участю цієї країни. Підтвердженням цього є той факт, що Р.Х. Фолсом, М.У. Гордон, Дж.А. Спаногл тлумачать ст. 6 згаданої конвенції – «Сторони можуть виключити застосування даної Конвенції або, за умови дотримання статті 12, відступити від будь-якого із її положень або змінити його дію»<sup>1</sup> – так: «Згідно зі ст. 6 Конвенції сторони зовнішньоторговельного договору вправі виключити застосування Конвенції або *обрати будь-яке інше право для регулювання договору без обмежень* (курсив наш. – С.3). Отже, це положення розповсюджується на зовнішні угоди, що укладаються американськими суб'єктами права, у випадку застосування Віденської конвенції»<sup>2</sup>.

Аналіз інших міжнародно-правових актів у сфері регулювання автономії волі свідчить про такий підхід до вирішення питання про абсолютність вибору, який характеризується відсутністю прямого регулювання. Тобто, ні Римська, і Гаазька, і Міжамериканська конвенції не містять положення про надання чи обмеження права сторін обирати право третьої країни. Та, якщо ототожнити за змістом вислів, що міститься відповідно в статтях 2, 6 та 2 згаданих конвенцій, «... навіть якщо воно не є правом однієї з держав-учасниць» з фразою «право третьої держави», то можна зробити висновок про те, що сторони договору на підставі цих міжнародно-правових документів можуть обирати право будь-якої третьої держави.

Проектом ЦК України, п. 3 ст. 1552, закріплювалася можливість сторін обрати застосовуваним до їхніх правовідносин право третьої країни, оскільки в ньому передбачалось, що вибір права країни сторонами не обмежується колом правопорядків країн, між якими можливий вибір. Отже, проект позитивно ставився до вибору права третьої країни, але за умови що інше не встановлено законом. Зважаючи на те, що чинним МПРП-

<sup>1</sup> Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 року // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 198.

<sup>2</sup> Фолсом Р.Х., Гордон М.У., Спаногл Дж.А. Международные сделки. – М.: Логос, 1996. – С. 431.

Законом не передбачено й не заборонено вибір права третьої країни, ми вважаємо, що цей закон містить невисловлене визнання абсолютності вибору права сторонами.

Щоб забезпечити більший ступінь юридичної визначеності, на наш погляд, варто в МІрП-Законі поновити в правах формулювання п. 3 ст. 1552 згаданого проекту, а саме: «Вибір права країни сторонами не обмежується колом правопорядків країн, між якими можливий вибір, – якщо інше не встановлено законом».

Закріплення вищезгаданої норми в законі України про міжнародне приватне право буде визнанням абсолютності вільного вибору права сторонами як визначеної та охарактеризованої нами тенденції сучасного міжнародного приватного права. Тому незважаючи на відсутність єдності в підходах, – наприклад, Н.В. Тригубович стверджує, що «автономія волі немає універсального характеру»<sup>1</sup>, – в колізійній доктрині буде проявлятися намір щодо відмови від обмеження автономії волі.

\*\*\*

Підсумовуючи сказане в підрозділі, варто прийняти до уваги політику «Європейського вибору» України, яка, зокрема, полягає в адаптації вітчизняного права до вимог та стандартів європейського права, складовою якого є Римська конвенція, що визнає незначні обмеження умов для застосування автономії волі. При цьому потрібно керуватися розширювальним тлумаченням п. 3 ст. 3 цієї конвенції, акцентуючи увагу на імперативному аспекті проблеми автономії волі.

Абсолютне визнання автономії волі за Римською конвенцією додатково пояснюється ще й тим, що при її створенні «експерти навели приклади справ, у яких вибір іноземного права сторонами був повністю виправданим, хоча ніяких інших елементів не існувало. Цей підхід визнали добре обґрунтованим і дозволили сторонам договору, всі елементи якого пов'язані з

---

<sup>1</sup> Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская государственная академия права. – Саратов, 1999. – С. 42.

---

однією країною, обирати в якості застосовуваного іноземне право з урахуванням того, що такий вибір не повинен виключати застосування імперативних норм тої країни, в якій локалізовані всі елементи договору»<sup>1</sup>. Український законодавець має врахувати, що обмеженням абсолютності вільного вибору права сторонами (автономії волі) може бути тільки застосування імперативних норм національного права, які мають пріоритет перед обраним сторонами правом.

\*\*\*\*\*

**Загальний висновок до третього розділу.** Правові наслідки застосування автономії волі в колізійному праві є змістовною сферою дії вільного вибору права або автономії сторін. Цю сферу можна визначити, по-перше, розглянувши коло правопорядків, між якими можливий вибір права, по-друге, дослідивши принцип абсолютності вибору права, противагою якого є раціональне обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі, яке є імперативним за своєю природою.

Абстрагуючись від теоретично можливого вибору між приватним та публічним правопорядком, оскільки вибір останнього в міжнародному приватному праві може бути тільки як виняток, практичний вибір права здійснюється, з одного боку, в рамках приватного правопорядку поміж колізійним та матеріальним правопорядком, а з іншого – в рамках матеріального правопорядку, – поміж його частинами. Тому, позитивним результатом здійснення автономії сторін буде, в цілому та зокрема, реальний вибір серед визначеного кола правопорядків. Зрештою, завданням застосування прив'язки *lex voluntatis* є вибір конкретних норм одного із перерахованих правопорядків.

Логіка принципу абсолютності вибору права полягає в урівноваженні імперативного застосування норм власного наці-

---

<sup>1</sup> Лугинина Ю.С. Основные положения Конвенции 1980 года, о праве применимом к договорным обязательствам и Межамериканской конвенции 1994 г., о праве применимом к международным договорам (Сравнительный анализ) // Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В.Витрянского. – М: Статут. – 2002. – С. 407.

онального правопорядку. Наслідком визнання такого принципу буде належне обмеження територіальної сфери дії норми про автономію волі за допомогою таких способів, як: зворотне відсилання, обхід закону, застереження про публічний порядок та дія імперативних норм вітчизняного правопорядку, при цьому три останніх способи можна об'єднати в єдиний інститут під назвою «обмеження дії іноземного права», а разом з першим елементом – у спільний аналогічний інститут.

Кінцевою метою автономії волі (вільного вибору права, автономії сторін) як колізійно-правової свободи є захист і забезпечення приватного інтересу у формі абсолютного чи насправді вільного вибору права, що має два аспекти: формальний і змістовний. Відповідно до структури диспозитивної колізійної норми проаналізована нами формальна сторона автономії волі стосується її (колізійної норми) обсягу, а змістовна – прив'язки.

## ВИСНОВКИ

1. Оцінюючи в цілому питання про автономію волі значимо, що її зумовленість і принципова допустимість у колізійному праві є формальним аспектом абсолютності вибору права, тоді як змістовним – установлення правових наслідків застосування автономії сторін. Об'єднавши два аспекти в єдиному понятті визнання абсолютності вибору права на основі врахування структури гіпотетичної (абстрактної, логічної) колізійної норми *lex voluntatis*, отримуємо не тільки колізійний принцип, але й логіку, природу, мету, завдання та результат застосування колізійної норми щодо автономії волі у міжнародному приватному праві.

Отже, проблема автономії має розв'язуватися не тільки через обґрунтування визнання автономії волі як одного з основоположних принципів міжнародного приватного права, але й як аналіз гіпотетичної диспозитивної колізійної норми (норми з прив'язкою *lex voluntatis*)

Проблему автономії волі як вільного вибору права можна детально дослідити за допомогою не тільки загальнонаукових, а й спеціальних методів. До останніх, які використані в роботі, належать, насамперед, метод «подвійного визнання», історичні корені якого ведуть до вчень І. Канта, та структурний аналіз проблеми. Проблема автономії волі пройшла три етапи розвитку: докантівський, кантівський та післякантівський період.

Метод «подвійного визнання» вирішує дві взаємопов'язані сторони єдиної проблеми вибору права: з одного боку, підкреслює зустрічне спрямування у відношенні воля – правопорядок, зважаючи, зокрема, на те, що саме останній є предметом вибору, тобто – суб'єктивного визнання, поряд із об'єктивним визнанням такого вибору через встановлення законодавцем колізійного принципу, і на його основі – колізійної норми з прив'язкою *lex voluntatis*. З іншого боку, «подвійне визнання» підкреслює неоднорідність правової природи автономії волі: це спільна проблема позитивного і природного права, при цьому

відповідне поняття в обох випадках ґрунтуються на емпірико-психологічному розумінні волі.

2. У результаті дослідження трилеми психологізму, раціоналізму та позитивізму можна знайти поєднуючу ланку між позитивістським та природнім уявленням про автономію волі з одного боку та позитивістським і психологічним з іншого. Таким зв'язком є теорія «подвійного визнання». Оскільки міжнародне приватне право традиційно вважають позитивним правом, теорія «подвійного визнання» через поняття автономії волі пов'язує його з філософією права та психологією.

Як наслідок, теорія «подвійного визнання» ґрунтується на розмежуванні понять виправдання й легітимація вільного вибору права у міжнародному приватному праві.

3. Для розвитку філософського аналізу при історичному аналізі можна використати провідну ідею «подвійного визнання» для опису і пояснення проблеми колізійно-правової свободи. При цьому утворюється така класифікація періодизації історії автономії волі в колізійному праві: передісторія (XIV, XV ст.ст.); перший період – виникнення психолого-емпіричного принципу автономії волі, Дюмулен (XVI ст.); другий період – раціоналістичне доповнення принципу автономії волі (принцип більш тісного зв'язку), Савіньї (XVII-перша половина XIX ст.); третій сучасний період – позитивістське завершення оформлення принципу автономії волі, «етатистські» та «автономістські» концепції автономії волі (друга половина XIX-XXI ст.ст.).

Схема конструкції автономії волі в історичному сенсі виражається не тільки старою формулою *voluntas alia justa*, а й новою – *voluntas et justa*, тобто і воля, і правопорядок є вихідними точками для взаємовизнання.

Існує, визначена шляхом порівняльного аналізу, тенденція повсюдного визнання автономії сторін у сучасному світі як перехід від ситуативного її невизнання, яке допускалося раніше в Латинській Америці.

4. При реалізації принципу автономії волі можливі три основні способи вираження волі сторін щодо застосовуваного права. Перший – це чітке і ясне виявлення волі щодо обрання

застосовуваного права. Другий – коли сторони чітко не визначили в договорі обране право, але такий вибір можна визначити, ґрунтуючись на основних обставинах справи чи умовах договору. Найбільш поширеною умовою, що вказує на мовчазний вибір права є арбітражне застереження. І третій спосіб – суд визначає застосовуване право, ґрунтуючись на колізійній нормі, що підлягає застосуванню при відсутності вибору сторін договору. Крім того, в науці існує думка про те, що при відсутності вибору сторін, суд може визначити гіпотетичну волю сторін, тобто те право, яке сторони обрали б при реалізації принципу автономії волі.

Отже, при реалізації принципу автономії волі можливі три основні способи здійснення автономії сторін: два прямі і один непрямий. Категоричний вибір є класичним і найбільш повним прямим виразом автономії сторін, і конклюдентний, в т.ч. мовчазне волевиявлення, спосіб здійснення автономії є також прямим вибором права, яке мали на увазі сторони, але чітко його не виразили. Непрямий спосіб передбачає здійснення вибору права на підставі вирішення питання конкуренції колізійних норм правопорядку *lex fori*. В останньому випадку часто застосовується принцип тісного зв'язку з правовідношенням.

5. Автономія волі – це особливий інститут міжнародного приватного права, який поєднує в собі колізійний та договірний елементи, які дозволяють учасникам правовідносин реалізувати свою колізійно-правову свободу, шляхом вибору правової норми того чи іншого правопорядку у випадку наявності, за загальним правилом, іноземного елемента.

Автономія волі не має універсального чи абсолютного характеру тільки в тій частині, стосовно якої діють імперативні норми правопорядку *lex fori*. Імперативними нормами є не тільки норми публічного права, але й деякі норми приватного права, а також колізійні принципи і норми.

Вибір права сторонами договору, ускладненого іноземним елементом, стосується лише питань взаємних відносин сторін договору, тобто зобов'язального статуту правочину. Сторони не можуть встановлювати право, що регулює їхні відносини з



державними органами, а також право, що регулює їхні відносини з третіми сторонами.

6. Автономія волі передбачає «договірний» елемент, тому автономія волі це перш за все угода про вибір права, це договір з колізійним змістом.

Угода про застосовуване право може міститись як у тексті відповідної угоди в якості однієї з її умов, або складеної у вигляді окремого документа.

Угода про право, застосовуване до договору, ускладненого іноземним елементом, підпорядковується нормам цивільного або торгового права, що регулює відповідний вид угоди із врахуванням спеціальних норм.

7. Законодавство і практика багатьох країн свідчить про наявність норм, що обмежують автономію волі у сфері договорів споживання та трудових відносин, цим же напрямком рухаються й українські законодавці. Наявність таких обмежень автономії волі пояснюється наявністю у вищезазначених договорах сторони, що потребує спеціального захисту. Принцип автономії волі не повинен слугувати інструментом обмеження захисту інтересів споживачів і працівників, який гарантується імперативними нормами правопорядку, що підлягає застосуванню за вибором сторін.

Терміни «не може погіршувати» та «не може позбавляти», що, як правило, закріплюються у вищезазначених нормах, доцільніше розуміти як альтернативний вибір права, що надаватиме стороні договору максимального захисту.

8. Аналіз норм МГІрП-Закону дає можливість констатувати, що за певних умов, встановлених в даному нормативному акті, автономія волі може бути здійснена і в інших речових відносинах, у правочинах, пов'язаних із інтелектуальною власністю, в деліктних і навіть у відносинах щодо усиновлення. Звичайно, у згаданих випадках автономія волі здійснюється в набагато меншому обсязі ніж, наприклад, у договірних зобов'язаннях, де остання має найбільш широке застосування. Крім того, зазначимо, що проведений аналіз статуту автономії волі в українському колізійному законодавстві, дає підстави

зробити висновок про те, що в Україні намітилась тенденція до визнання необмеженої автономії волі, що найбільш яскраво виражається у відносинах, які виникають із договорів.

9. Форма і дійсність угоди про вибір права повинна регулюватися правом, яке застосовується до основного договору, тобто за обраним сторонами правом. Однак це правило не повинно виключати дії імперативних норм національного законодавства держав, що встановлюють обов'язкову письмову форму укладання зовнішньоекономічних договорів.

Найбільш прийнятним було б визначити дійсність угоди про вибір права за правом, обраним сторонами, тобто на основі принципу «вибір вибору права». У зв'язку з цим пропонується в МПРП-Законі передбачити норму такого змісту:

«Дійсність угоди про вибір права визначається правом, обраним сторонами.

Якщо, згідно з правом, обраним сторонами, угода визнається недійсною, регулювання здійснюється на загальних підставах, так, якби воно здійснювалося при відсутності угоди про вибір права

При підпорядковані договору декільком правовим системам сторони зазначають, яка з них буде вирішувати питання дійсності угоди про вибір права, інакше дане питання вирішуватиметься згідно з частиною 2 даної статті».

10. Вибір того чи іншого джерела *lex mercatoria* сторонами в договорі, буде мати різні правові наслідки, в залежності від того, чи визнає правова система, в межах якої вирішується спір, цей елемент в якості джерела права, чи ні. Якщо визнає, то такий вибір буде вважатися здійсненням автономії сторін; якщо ж ні, то вибір буде вважатися інкорпорацією, тобто здійсненням сторонами принципу свободи договору (приватної автономії), або не буде враховуватися взагалі.

Функціонування *lex mercatoria* значно залежить від визнання його державою, тому національне законодавство має, із застереженнями, пріоритет перед *lex mercatoria* у разі його вибору.

11. У випадку розщеплення договірному статуту, необхідне визнання можливості сторін у договорі підпорядковувати окремі (окрему) частини (частину) договору різним національним правовим системам, та, з іншого боку, необхідно заборонити підкорення договору в цілому різним правопорядкам, наприклад, колізійному і матеріальному, оскільки останнє не вирішує належно колізійної проблеми та не забезпечує тих цілей, які перед ним поставлені. Однак обрання в порядку кумулятивного вибору одночасно національного права і т.зв. *lex mercatoria* може бути визнане легітимним, якщо вважати застосування норм *lex mercatoria* як субсидіарне правове регулювання.

Тому пропонується доповнити МПрП-Закон нормою такого змісту:

«Сторони в договорі можуть обумовити застосування до окремих частин договору право різних держав, а також у будь-який час змінити свою угоду про застосовуване право шляхом доповнення зробленого раніше вибору.

Вибір декількох правопорядків одночасно до договору в цілому не визнається».

12. Оскільки реалізація принципу автономії волі може залежати від того, чи передбачена така можливість у міжнародному дво- або багатосторонньому договорі, цей принцип необхідно закріплювати в кожному наступному договорі, що буде укладатися Україною.

13. Зокрема, в роботі аргументовані такі положення:

а) вказівка в договорі на конкретну колізійну норму є опосередкованим вибором застосовного права. Незважаючи на те, що механізм вибору права при відсиланні до матеріального і колізійного права іншої країни різний, сторони все ж домовляються про застосування до їхніх правовідносин матеріального права певної країни;

б) можливість необмеженого в часі вибору права, якщо при цьому не зачіпаються права третіх осіб;

в) пропонується законодавчо закріпити можливість вибору права будь-якої країни без обмежень для регулювання відносин в сфері міжнародного приватного права;

г) стверджується, що застереження про «обхід закону» для захисту інтересів українського права, з огляду на принцип автономії волі, зовсім не зайве;

14. Зважаючи на те, що Законом України «Про міжнародне приватне право» не передбачено й не заборонено вибір права третьої країни, хоча Проектом ЦК (п. 3 ст. 1552) закріплювалася така можливість, оскільки передбачалося, що вибір права країни сторонами не обмежується колом правопорядків країн, між якими можливий вибір, закріплення аналогічної норми в законі України про міжнародне приватне право, на нашу думку, є важливим моментом сучасної тенденції в міжнародному приватному праві. Як загальний висновок, зазначимо, що в такому випадку простежується намір до поступової відмови від даного виду обмеження автономії волі, а вільний вибір права набуває рис абсолютності.

## БІБЛІОГРАФІЯ

1. Алексеев С.С. Теория права. – М.: Изд-во БЕК, 1994. – 224 с.
2. Ануфриева Л.П. Иностранцы физические лица: правовое положение в России // Российская юстиция. – 1997. – № 6. – С. 34-35.
3. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х томах. Том 1. Общая часть: Учебник. – М.: БЕК, 2000. – 288 с.
4. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (Одобрено Генеральной Ассамблеей ООН 15 июня 1976 года) // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 726-757.
5. Арбузкин А.М., Мураметс О.Ф. Принципы правового регулирования пребывания в СССР иностранцев: Учеб. пособие. – М.: ВНИИ МВД, 1979. – 21 с.
6. Бабаев М. Х. Проблемы публичного порядка в международном частном праве // Международное частное право: Современные проблемы Баратянц и др. Отв. ред. Богуславский // РАН Институт государства и права. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 462-475.
7. Бакланова Е.Г. «Автономия воли» в международном частном праве // Актуальные проблемы развития гражданского и хозяйственного законодательства. – М., 1988. – С. 91-100.
8. Бардина М.О. О праве, применимом к договорным обязательствам в органах ЕС // Хозяйство и право. – 1997. – № 4. – С. 114-126.
9. Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – 311 с.
10. Белов А.П. Публичный порядок: Законодательство, доктрина, судебная практика // Право и экономика. – М., 1996. – № 19/20. – С. 85-91.
11. Бертельс Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко / Пер. с фр. – М.: NOTA VENE, 2000. – 576 с.
12. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. – К.: Україна, 1999. – 554 с.

13. Белоглавек Олександр Міжнародне контрактне право. – К.: Таксон, 2000. – 270 с.
14. Беляева І. Межі дії принципу свободи договору в сфері зовнішньоекономічної діяльності: поняття, вираження, походження // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 8. – С. 45-47.
15. Богуславский М.М. Коллизионные вопросы обязательственных правоотношений во внешней торговле СССР // Правовое регулирование внешней торговли СССР. – М.: Внешторгиздат, 1960. – 514 с.
16. Богуславский М.М. Международное частное право. – М.: Юрист, 1998. – 408 с.
17. Боярська З.І. Міжнародне комерційне право: Навч. посібник. – К.: КНЕУ, 2001. – 143 с.
18. Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. – М., 1915. – 98с.
19. Варшаломидзе Л.Г. Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках УНІДРУА: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Т.Г. Шевченка. – К., 1998. – 16 с.
20. Вельяминов Г.М. Основы международного экономического права: Учебное пособие. – М.: ТЕИС, 1994. – 109 с.
21. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 року // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 196 -231.
22. Вершинин А.П. Внешнеэкономическое право. Введение в правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. – М.: НОРМА-ИНФРА, 2001. – 256 с.
23. Вилкова Н.Г. Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам. – Право и экономика. – 1997. – № 4. – С. 62-64
24. Вилкова Н.Г. Региональная унификация коллизионных норм и международные коммерческие контракты // Юридический мир. – 1997. – № 10. – С. 40-46.
25. Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. – Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1984. – 99 с.

26. Вольф Марк Международное частное право / Под ред. проф. Л.А. Лунца. – М.: Гос. изд-во ин. лит., 1948. – 702 с.

27. Гаврилов В.В. Международное частное право: Общая часть. – Изд-во Дальневост. ун-та, 1997. – 123 с.

28. Галенская Л.Н. Действие общих принципов международного права в сфере международного частного права // Журнал Международного частного права. – СПб, 1995. – № 4. – С. 3-11.

29. Галенская Л.Н. Международное частное право: Учебное пособие. – Л.: ЛГУ, 1983. – 233 с.

30. Герасименко Ю.В. Иностранцы: понятие и содержание их конституционно-правового статуса. – Омск: ОмЮИ, 1996. – 26 с.

31. Гірма Гізу Айеле. Система колізійних норм в міжнародному приватному праві: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Т.Г. Шевченка. – К., 1998. – 13 с.

32. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 1. Научно-практический комментарий. / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кобалкин. – М.: БЕК, 1996. – 714с.

33. Гражданский кодекс Российской Федерации, № 14-ФЗ от 26.01.96. // [www.duma.gov.ru](http://www.duma.gov.ru).

34. Гражданский кодекс Германии / В.А. Савельев – М.: Юрист, 1994. – 95 с.

35. Гражданско-процессуальный кодекс Германии / А.Г. Давтян Гражданское процессуальное право Германии – М.: Городециздат, 2000. – 320 с.

36. Гражданско-процессуальный кодекс Франции // А. Довгерт Новый Гражданско-процессуальный кодекс Франции – К.: Истина, 2004. – 544 с.

37. Гражданский кодекс. Часть первая. Модель. Рекомендательный законодательный акт Содружество Независимых государств // Информационный бюллетень. Приложение. – 1995. – № 6. – 196 с.

38. Гражданское законодательство КНР. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1997. – 224 с.

- 
39. Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии. – М.: Городециздат, 2000. – 320 с.
40. Данилькевич Н.И., Федорова О.Н. Международное частное право: Учебное пособие. – Д.: Арт-пресс, 1999. – 208 с.
41. Джурович Р. Руководство по заключению внешнеэкономических контрактов: Пер. с серб.-хорват. – М.: Российское право, 1992. – 416 с.
42. Довгерт А.С. Колізійний принцип *lex voluntatis* в регулюванні трудових відносин з іноземним елементом // Пробл. правознавства. – К., 1990. – Вип. 4. – С. 41-45.
43. Довгерт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений: Учебное пособие. – К.: УМК ВО, 1992. – 248 с.
44. Довгерт А.С. Система приватного права та структура проекту нового цивільного кодексу України // Українське право. – 1992. – № 4. – С. 21.
45. Договір між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу в цивільних та кримінальних справах від 31 жовтня 1992 р. // Фединяк Г.С. Міжнародне приватне право: Курс вибр. лекцій. – К.: Юрінком Інтер, 1997. – С. 239-246.
46. Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах / Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право: Навч. посіб. – 2-е вид., допов. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – С. 246-248.
47. Доронина Н.Г. Унификация и гармонизация права в условиях экономической интеграции государств // Право и экономика. – 1997. – № 17-18. – С. 84-92.
48. Европейская конвенция про внешнеэкономическом арбитраже 1961 р. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 701-711.
49. Единый торговый кодекс США: Пер с англ. / Серия: Совр. зарубежное и международное частное право. – М.: Междунар. центр фин.-эконом. развития, 1996. – 427 с.



50. Ермолаев В.Д., Сиваков О.В. Международное частное право. Курс лекций. – М.: Былина, 1998. – 176 с.

51. Жильцов А.Н. Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Адвокат. – М., 1997. – № 12. – С. 75-87.

52. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р., № 2709-IV // Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

53. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р., № 959-XII // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 29. – Ст. 377.

54. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05 1991 р., № 1024-XII // Відомості Верховної Ради. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

55. Закон України «Про міжнародні договори України» від 22.12.1993 р., № 3767-XII // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 10. – Ст. 45.

56. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р., № 3792-XII // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

57. Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 04.02.1994 р., № 3929-XII // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 23. – Ст. 162.

58. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 р., № 4002-XII // Відомості Верховної Ради. – 1994. – № 25. – Ст. 198.

59. Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 г., № 5338-1 // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 641-660.

60. Законодавство в Україні та міжнародне право (проблеми гармонізації) / Збірник наукових праць. Інститут законодавства ВР України. – К., 1998. – Вип. 4. – 297 с.

61. Звеков В.П. Новое российское гражданское законодательство и проблемы международного частного права // Мос-

ковский журнал международного частного права. – 1998. – № 2. – С. 250-257.

62. Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. – М.: Норма-Инфра, 1999. – 689 с.

63. Звеков В.П. К вопросу о соотношении материально-правового и коллизионного способов регулирования в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. – 1973. – М.: Наука, 1975. – С. 284-292.

64. Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. – М.: Международные отношения, 1994. – 304 с.

65. Зыкин И. С. Теория «*lex mercatoria*» // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 399-404.

66. Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. – М.: Международные отношения, 1990. – 224 с.

67. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. – М.: Международные отношения, 1983. – 158 с.

68. Зыкин И. С. Негосударственное регулирование // Международное частное право. Современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 405-410.

69. Ильинов П.И. Воля и право в экономике. – Вопр. методологии и теории. – Волгоград, 1993. – 307 с.

70. Инкотермс 2000 (извлечение) // Кибенко Е.Р. Международное частное право: Учебно-практическое пособие. – Харьков.: Эспада. – С. 364-394.

71. Иссад М. Международное частное право / Под ред. проф. М.М. Богуславского. – М.: Прогресс, 1989. – 399 с.

72. Історія політичних і правових вчень: Підручник / Под ред. Ф. Шульженко. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 466 с.

73. Кабатов В.А. Применимое право при разрешении споров в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ // Хозяйство и право. – 1998. – № 5. – С. 101-105.

74. Кабатова Е.В. Новос коллизионное регулирование в проекте Гражданского кодекса РФ // Журн. междунар. част. права = J. of intern. private law : СПб., 1996. – № 4. – С. 3-13.

75. Калакура В.Я. Кодифікація міжнародного приватного права в країнах Європи: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Т.Г. Шевченка. – К., 1993. – 26 с.

76. Кант И. Собрание сочинений. В 8-ми т. Т.4. – М.: Чоро, 1994. – 630 с.

77. Кант И. Собрание сочинений. В 8-ми т. Т.6. – М.: Чоро, 1994. – 613 с.

78. Карабельщиков Б.Р. Проблема публичного порядка при приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей // Журнал российского права. – 2001. – № 8. – С. 101-109.

79. Кибенко Е.Р. Международное частное право: Учебно-практическое пособие. – Харьков.: Эспада, 2003. – 512 с.

80. Кисиль В.И., Шевченко А.Н. Договорной процесс во внешне-торговой деятельности Украины // Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве. – К.: Наукова думка, 1992. – С.180-204.

81. Кисиль В.І. Механізм колізійного регулювання в сучасному міжнародному приватному праві: Автореф. дис.... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2001. – 39 с.

82. Кисиль В.І. Міжнародне приватне право: Питання кодифікації. – К.: Україна, 2000. – 430 с.

83. Кичигина И.Л. Коллизионный и материально-правовой методы регулирования в международном частном праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / МГУ им. Ломоносова. – М., 1987. – 23 с.

84. Кодекс Бустаманте // Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – С. 746-800.

85. Кодекс торговельного мореплавства України (прийнятий 9 грудня 1994 року) // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 47-52. – Ст. 349.

86. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгєрта. – К.: Український центр правничих студій, 2000. – 336 с.

87. Колізії в законодавстві України: проблеми теорії і практики: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Київ, 23-24 жовтня 1995/ Ю.С. Шемшученко та ін. – К.: Генеза, 1996. – 122 с.

88. Колодій А.М. Принципи права України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 208 с.

89. Комаров А.С. Выбор применимого права в контрактах с фирмами капиталистических стран. // Материалы секции права / Торг. пром. палата СССР. – М., 1988. – № 38. – С. 59-71.

90. Комаров А.С. Правовые вопросы товарообменных сделок. – М.: ТЭИС, 1994. – 199 с.

91. Комиссарова Е.Г. Об основных началах гражданского законодательства // Журнал российского права. – 2001. – № 5. – С. 13.

92. Конвенция ООН о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров. Гаага, 1986 г. // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 255-266.

93. Конвенція країн СНД про правову допомогу по цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 року (витяг) // Кибенко Е.Р. Международное частное право: Учебно-практическое пособие. – Харьков.: Эспада, 2003. – С. 227-242.

94. Конвенция про урегулирование инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других держав 1965р. // Международное частное право. Сборник нормативных актов / Сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд., исп. и доп. – М.: ТК Велби, – Проспект, 2004. – С. 64-70.

95. Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 р. // Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, 1997. – С. 862-869.

96. Конвенция ООН о праве, применимом к международной купли-продажи товаров. Гаага, 1955 г. // Розенберг М.Г. Конт-

ракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 250-254.

97. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

98. Контрактное право. Мировая практика. – Собрание документов в 3-х томах. Т.1. Сделки. / Под ред. Г.В. Петровой. – М.: Имидж, 1992. – 397 с.

99. Кордеро Мосс, Дж. Применение в странах с развитой рыночной экономикой права, избранного сторонами в договоре. – Тезисы докладов на теоретической конференции аспирантов Института государства и права Российской академии наук и Московской государственной юридической академии. – М., 1994. – С. 102-105.

100. Корецкий В.М. Савиньи в международном частном праве // Корецкий В.М. и др. Избранные труды: в двух книгах / АН УССР Ин-т государства и права. – К.: Наукова думка, 1989. – Кн. 1 – 343 с.

101. Кох Х., Магнус У., Винеклер фон Моренсфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр. наук Ю.М. Юмашева. – М.: Международные отношения, 2001. – 480 с.

102. Кукин А. Принципы УНИДРУА и процедура заключения международных договоров // Законодательство и экономика. – 1999. – № 11. – С. 37-41.

103. Кучер А.Н. Регулирование торгового оборота в США // Законодательство. – 1998. – №7. – С. 74-80.

104. Лебедев С.Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. – М.: Изд-во Торгово-промышленной палаты СССР, 1988. – 123 с.

105. Лебедев С.Н., Нарышкина Р.Л., Уайт Дж., Саммерс Р. Единообразный торговый кодекс США. Пер. с англ. Лебедева С.Н., Нарышкиной Р.Л. – М.: Междунар. центр фин.-экон. развития. – 1996. – 427 с.

106. Левитин А.Б. Спорные вопросы международного частного права // Учен. зап. ВИЮН. – 1957. – Вып. 2/6. – С. 70-76.

107. Лугинина Ю.С. Основные положения Конвенции 1980 года, о праве применимом к договорным обязательствам и Межамериканской конвенции 1994 г., о праве применимом к международным договорам (Сравнительный анализ) // Актуальные проблемы гражданского права. Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского. – М: Статут. – 2002. – С. 390-421.
108. Лукашук И.И. Международное «мягкое» право // Государство и право. – 1994. – № 8-9. – С. 159-167.
109. Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизионные вопросы) – М.: Юрид. лит., 1972. – 102 с.
110. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. – М.: Юрид. лит., 1973. – 340 с.
111. Лунц Л.А. Международное частное право. – Москва: Юрид. лит., 1975. – 486 с.
112. Лунц Л.А. Развитие советской доктрины по международному частному праву // Советское государство и право. – 1977. – № 12. – С. 48-57.
113. Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н., Международное частное право: Учебник. – М.: Юрид. лит., 1984. – 336 с.
114. Лунц Л.А. Проблема квалификации в международном частном праве // Советское государство и право. – 1947. – № 9. – С. 40-49
115. Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. – Москва: Юридическое изд-во Наркомюста РСФСР, 1924. – 151 с.
116. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002. – 328 с.
117. Марышева Н.И. Иностранец: правовая защита. – М.: Известия, 1993. – 80 с.
118. Мартынов И.С. Сфера применения и выбор права по Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товара // Государство и право. – 1993. – № 9. – С. 128-133.
119. Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам 1994 року // Право и экономика. – 1997. – № 4. – С. 62-64.

120. Международное частное право / Под ред. Н.И. Марышевой. – М.: Юристъ, 2004. – 604 с.

121. Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред.. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. – М.: Статут, 2000. – 892 с.

122. Международное частное право. Сборник нормативных актов / Сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд., исп. и доп. – М.: ТК Велби, – Проспект, 2004. – 584 с.

123. Международное частное право: Современные проблемы. Баратынец и др. Отв. ред. Богуславский // РАН Институт государства и права. – М.: ТЕИС, 1994. – 507 с.

124. Международное частное право: Учебное пособие / Под ред Г.К. Матвеева. – К.: Вища школа, 1985. – 176 с.

125. Международное частное право: учебное пособие / Под ред. Д.В. Задыхайло. – Харьков.: Консум, 1998. – 751 с.

126. Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2-х частях. Часть. 1. По испр. и доп. 8-му изд., 1902. – М.: Статут, 1997. – 290 с.

127. Мережко А.А. Lex mercatoria: теория и принципы транснационального торгового права. – К.: Таксон, 1998. – 415 с.

128. Мережко О.О. Теорія та принципи транснаціонального торгового права (LEX MERCATORIA): Автореф. дис.... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2002. – 39 с.

129. Мережко А.А. Диалектика права // Проблеми філософії права. – Чернівці, 2004. – Том II. – С. 177-180.

130. Мережко О.О. Принципи та методологічні засади міжнародного приватного права // Вісник Київського університету імені Тараса Шевченка. Міжнародні відносини. – 2000. - № 24. – Частина II. – С. 84-98.

131. Минаков А.И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. – М.: Юрид. лит., 1985. – 144 с.

132. Міжнародне приватне право. Міжнародні договори України. Том 2 / Відп. ред. та упорядники А. Довгерт та В. Крохмаль. – К.: Port- Royal, 2000. – 1307 с.

133. Мірошниченко М.І., Мірошниченко В.І. Історія вчень про державу і право: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2004. – 224 с.
134. Михайлов Д. М. Международные расчеты и гарантии. – М.: ФБК-ПРЕСС, 1998. – 366 с.
135. Монастырский Ю.Э. Пределы применения иностранных законов в целях правосудия по международным спорам // Московский журнал международного права. – 1996. – № 3. – С. 147-205.
136. Морозова Ю.Г. Отказ в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: основание публичного характера // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – М., 2000. – № 7. – С. 145-154.
137. Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража / Под ред. Рубанова А.А. – М.: РАН. Ин-т государства и права, 1996. – 83 с.
138. Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: Дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М., 1995. – 148 с.
139. Муранов А.И. К вопросу об «обходе закона» // Юрист. – 1997. – № 3. – С. 42-76.
140. Нарский И.С. Кант. – М.: Мысль, 1976. – 207 с.
141. Нешатаева Т.Н. Международное частное право: Учебное пособие по спецкурсу. – Пермь: Пермский университет им. А.М. Горького, 1991. – 91 с.
142. Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 року // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. – М.: Книжный мир, 1998. – С. 693-701.
143. Овсянников М.Ф. Гегель. – М.: Мысль, 1971. – 223 с.
144. Панов В.П. Международное частное право: схемы, документы. – М.: Право и закон, 1996. – 213 с.
145. Перетерский И.С. Очерки международного частного права РСФСР. – М.: Госюриздат, Б.г. – 140 с.
146. Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право: Учебник. – М.: Госюриздат, 1959. – 227 с.



147. Пиленко А. Очерки по систематике международного частного права. – Петроград: Тип. т-ва А.С. Суворина «Новое время», 1915. – 426 с.

148. Поздняков В.С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – 123 с.

149. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – М.: Статут, 1998. – 353 с.

150. Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского; Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М.: Статут, 2002. – С. 340-389.

151. Попов А.А. Международное частное право. – Харьков: РА, 1999. – 219 с.

152. Практика МКАС при ТПП Украины. Внешнеэкономические споры / Под общ. Ред. И.Г. Побирченко. – К.: Праксис, 2006. – 864с.

153. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 – 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. – М.: Статут, 2004. – 494 с.

154. Принципы Европейского контрактного права // Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 268-309.

155. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА // Международный ин-т. унификации част. права. Пер. с англ. Комарова А.С. – М.: Межд. центр фин.-экон. развития, 1996. – 328 с.

156. Постановва Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених в порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» від 24 грудня 1999 р., № 12 // Юридичний вісник України. – 2-8 березня 2000 р. – С. 29.

157. Проблемы современного международного частного права. Сборник обзоров (Актуальные проблемы современного международного права АН СССР. Ред. коллегия: М.М. Богуславский. – М.: ИНИОН, 1988. – 254 с.

158. Проект нового Цивільного кодексу України від 25 серпня 1996 р. – Українське право. – Число 2 (4). – 632 с.

159. Проект регламенту Європейського Парламенту і Ради «Про право, яке застосовується до позадоговірних зобов'язань» (КОМ (2003) 427 кінцева редакція // Офіційний сайт ЄС в рубриці EUR-LEX за адресою [http://europa.eu.int/documents/eur-lex/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/documents/eur-lex/index_de.htm))

160. Раапе Л. Международное частное право: Сокр. пер. нем. изд. А.М. Гурвича. Под ред. и с предисл. д-ра юрид. наук Л.А. Лунца. – М.: Изд-во. иностр. лит., 1960. – 608 с.

161. Раевич С.И. Международное частное право / Под ред. Е. Пашуканиса. – М.: Советское законодательство, 1934. – 272 с.

162. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины // Сборник международных договоров. Международная торговля. Международный гражданский процесс / Сост. И.В. Фисенко. – Минск.: Амалфея, 1999. – С. 341-362.

163. Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 года // Хозяйство и право. – 1997. – № 4. – С. 114-126.

164. Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. – 3-е изд. – М.: Книжный мир, 1998. – 200 с.

165. Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. – М.: Статут, 1998. – 212 с.

166. Розенберг М.Г. О применимом праве // Вестн. Высш. арбитраж. суда РФ. – М., 1995. – № 9. – С. 74-81.

167. Романов С.В. О теоретических основах правового регулирования статуса иностранцев в РФ // Московский журнал международного права. – 1996. – № 2. – С. 72-80.

168. Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем / Отв. ред. В.А. Мозолин. – М.: Наука, 1984. – 159 с.
169. Рубанов А.А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право: Современные проблемы Баратянц и др. Отв. ред. Богуславский // РАН Институт государства и права. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 164-179.
170. Садилов О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Москов. журнал МП. – 1992. – № 2. – С. 71-84.
171. Садилов О. Н. Коллизионные нормы в современном международном частном праве // Советский ежегодник международного права. – М.: Наука, 1982. – С. 37-38.
172. Садилов О.Н. Вопросы возникающие при применении коллизионных норм // Международное частное право современные проблемы. – М.: ТЕИС, 1994. – С. 450-462.
173. Сборник документов по международной политике и международному праву. Вып. 11. – М.: НКВД, 1937. – 535 с.
174. Семенов Н.П. О целесообразности подготовки закона о международном частном праве // Советское государство и право. – 1990. – № 1. – С. 90-97.
175. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 року // Зак-во України про сім'ю: Зб. нормат. актів. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 384 с.
176. Скаридов А.С. Международное частное право. – Санкт-Петербург: Изд-во Михайлова В.А., 1998. – 765 с.
177. Сліпачук Т. Міжнародний комерційний арбітраж і досвід України // Політична думка. – 1997. – № 4. – С. 118-122.
178. Словарь международного права / Авт. кол. М.М. Аваков и др. М.: Международные отношения, 1986. – 432 с.
179. Смирнов С.А., Васильев Н.М. Организационные и правовые основы коммерческой деятельности на рынках США и Канады. – М.: Торг.-пром. палата Рос. Федерации, 1997. – 287 с.
180. Советское и иностранное гражданское право: Проблемы взаимодействия и развития / Отв. ред. В.П. Мозолин. – М.: Наука, 1989. – 335 с.
181. Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: Учебное и научно-практическое пособие. – М.: Юринформцентр, 2000. – 394 с.

182. Толстых В.Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. – М.: Спарк, 2002. – 244 с.
183. Третьяков С.В. Автономия воли и односторонние коллизионные нормы в международном частном праве // Вестник Московского Ун-та. – Серия 11, Право. – 2002. – № 5. – С. 90-101.
184. Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: Дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. – Саратов, 1999. – 161 с.
185. Тригубович Н.В. Автономия воли как принцип международного частного права (некоторые вопросы теории) // Московский журнал международного права. – М., 1994. – С. 60-74.
186. Трутень В.В. Встановлювання іноземного права в міжнародному приватному праві: Автореферат дис... канд. юр. наук. 12.00.03 / Київський національний університет ім. Т.Г. Шевченка. - К., 1996. – 26 с.
187. Унифицированные правила по инкассо в редакции 1995 года. // Международное частное право. Сборник нормативных актов / Сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд., исп. и доп. – М.: ТК Велби, – Проспект, 2004. – С. 346-353.
188. Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов в редакции 1993 года // Журнал международного частного права. – 1995. – № 1 (7). – С. 33-63.
189. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право: Навч. посіб. – 2-е вид., допов. – К.: Юрінком Інтер, 2000. – 416 с.
190. Филиппов А. Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. – М.: Статут, 1998. – С. 450.
191. Философский словарь: Основан Г. Шмидтом. – 22-е, новое, переработ. изд. под ред. Г. Шишкоффа / Пер с нем. / Общ. ред. В.А. Малинина. – М.: Республика, 2003. – 575 с.
192. Философский энциклопедический словарь. – М.: ИНФРА-М, 2003. – 576 с.
193. Фолсом Р.Х., Гордон М.У., Спаногл Дж.А. Международные сделки. – М.: Логос, 1996. – 528 с.

194. Фолсом Р.Х., Гордон М.У., Спаногл Дж.А. Міжнародні торгові угоди. – Харків: Око, – Будапешт: Colri, 1997. – 398 с.
195. Французский гражданский кодекс / Научное редактирование и предисловие Д.Г. Лаврова, перевод с франц. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – 1101с.
196. Харт Х.Л.А. Концепція права. – К.: Сфера, 1998. – 236 с.
197. Хачатурян А. Унификация коллизионных норм в международном частном праве. – К.: Наук. думка, 1993. – 126 с.
198. Ходыкин Р.М. Критерий наиболее тесной связи в международном частном праве // Московский журнал международного права. – 2002. – № 48. – С. 208-221.
199. Цалін С.Д. Принцип свободи волі в історії соціальної філософії та філософії права. – Харків: Основа, 1998. – 329 с.
200. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – М.: Международные отношения, 2000. – Т 2. – 512 с.
201. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. – К.: Атіка, 2003. – 416 с.
202. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004, №1618-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40-41, 42. – Ст. 492.
203. Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 року: текст із змінами і доп. станом на 1 липня 1998 р. – Ужгород: ІВА, 1998. – 320 с.
204. Циппеліус Р. Філософія права: Підручник: Пер. з нім. – К.: Тандем, 2000. – 300 с.
205. Черноморец А.Е. Выражение принципа свободы в ГК РФ. – Рос. юрид. журн: Екатеринбург. – 1996. – № 3. – С. 62-93.
206. Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Под ред. М.М. Богуславского. – М.: Прогресс, 1982. – 496 с.
207. Чубыкина Е.В. Принцип автономии воли сторон во внешнеэкономическом договоре // Законодательство. – 2001. – № 10. – С. 16-22.
208. Шапп Я. Основы гражданского права Германии. Учебник. – М.: БЕК, 1996. – 304 с.

209. Шмиттгоф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М.: Юрид. лит., 1993. – 511 с.

210. Audit Bernard Droit international prive. – 3 e edition. – Paris: Economica, 2000. – 973 p.

211. Bodenheimer E. Norm und Ermessen in der Entwicklung des amerikanischen internationalen Privatrechts: *Rabels Ztschr. für ausländisches u. intern. Privatrecht*: Tübingen, 1987: Jg. 51, H. 1/2. – S. 1-19.

212. Brilmayer L. Conflict of laws. Foundations and future directions. – Boston; Toronto; L., 1991. – XIV, 240 p.

213. Carlier J.-Y. Autonomie de la volonte et statut personnel. – Bruxelles, 1992. – 468 p.

214. Choice of law problems in international commercial arbitration. / by Horatio A., Grigera Naon. – Tübingen: Mohr, 1992. – 337 p.

215. Dicey and Morris. *The Conflict of Law*. – NY, 1979. – 127 p.

216. Gannage P. De penetration de l'autonomie de la volonte dans le droit international prive de la famille // *Rev. critique de droit intern. prive*: P., 1992. – T. 81. – № 3. – P. 425-484.

217. Graveson Ronald Harry Comparative aspects of the Generale Principles of Private International Law // *Academie de Droit International. Recueil de cours*. – Tom. 109. – 1964. – P. 1-164.

218. Graulich Paul. Principes de droit international prive. Conflict de lois, conflict de jurisdiction. – Paris: Dalloz, 1961. – 215 p.

219. Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung // *KOM* (2002) 654 endgültig.

220. Hamza G. Some reflections on the history of private international law // *Acta jur. Hungarica / Hung. j. of legal studies Budapest*, 1992. – Vol. 34. – № 3-4. – P. 195- 200.

221. Hoffmann von B. *Internationales Privatrecht / Begründet von Karl Firsching. Fortgef. von Bernd von Hoffmann*. – 6., neubearf. Aufl. - München; Beck, 2000. – 544 C.

222. Jacquet, J.-M., *Principe d'autonomie et contracts internationaux*, Paris, 1983. – P. 227.

223. *Internationale Privatrecht: ein Studienbuch / von Gerhard Kegel und Klaus Schuring*. – München: Beck; 2000. – 1032 p.

---

224. Kaye P. New international law of contract of the European Community. – Dartmouth, 1993. – 150 p.

225. Kantorowicz H., Buckland W.W. Studies in Glossators of Roman Law. Cambridge: Univ. Pr., 1938. – 301 P.

226. Kegel G., Schurig K. Internationales Privatrecht: ein Studienbuch. – 8., neubearb. Aufl. – Muenchen: Beck, 2000. – 1032 S.

227. Kropholler Ja. Internationales Privatrecht: auf der Grundlage des Werkes von Paul Heinrich Neuhaus: Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts / von Jan Kropholler. – Tuebingen: Mohr, 1997. – 625 S.

228. Kalensky P. Trends of International Private Law. – Prague. – Academia Publishing House of the Czechoslovak Academy of Science. – 1974. – 243 p.

229. Lando O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // International and Comparative Law Quarterly. – 1985. – Vol. 34, part 4. – P. 747-768.

230. Nigh, P.E. The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort // Recueil des cours = Collected courses of the Hague academy of international law.: Dordrecht etc., 1996. – P. 273-400.

231. Madl F. System and principles of the hungarian Code of private international law Rev. hellenique de droit intern: Athenes, 1991: A. 44. – P. 227-250

232. Ramberg Jan International Commercial Transactions. – Stockholm: Nastedts Juridik, 2000. – 516 P.

233. Schmitthoff C.V. Nature and evolution of transnational law commercial transaction \ The transnational law commercial transaction. – L., 1982. – P. 19-34.

234. Trebilcock M.J., Howse R. The regulation of international trade. – L., N.Y.: Routledge, 1995. – 510 p.

235. Visser F. General course on Private International Law. Recueil des cours. Hague, 1992. – Vol. 1. – 438 p.

236. Watte N. L'autonomie de la volonte dans les Conventions de La Hay // Rev. belge de droit intern. = Belg. rev. of intern. Law. – Bruxelles, 1991. – Vol. 24, № 2. – P. 413-437.

---

## АВТОНОМИЯ СТОРОН В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

### Резюме

Монография представляет собой комплексное исследование автономии воли как коллизионно-правовой свободы на основе принципа «двойного признания» и структурного анализа проблемы. В целом в монографии исследована история возникновения и формирования автономии воли как свободного выбора права, проведён сравнительно-правовой анализ иностранного и международного законодательства по исследуемому вопросу, рассмотрены основания и порядок выбора права, условия и способы выражения автономии воли, произведён анализ границ действия автономии воли.

В монографии предлагается и обосновывается необходимость перенять из европейской и другой практики нормотворчества терминологическое деление понятия «автономия воли», непринятое в отечественном частном и международном частном праве, на соответственно «частную автономию» та «автономию сторон», при этом в последнем случае необходимо отличать «свободный выбор права» и «свободный выбор суда (юрисдикции)». Каждый из предлагаемых терминов выражает форму международной частноправовой свободы, так, автономия сторон (свободный выбор права) – коллизионно-правовую свободу, и должно послужить адаптации национального правопорядка стандартам и требованиям ЕС и международных коллизионных договоров.

В работе доказано совершение выбора применимого права в форме коллизионной теории «двойного признания» воли, смыслом которой есть прямо- и обратноподirected протиставление «правопорядок – воля» (соответственно объективное и субъективное признание). Эта теория позволяет определить автономию сторон в международном частном праве как коллизи-



онно-правовой принцип и позитивно-правовую норму с привязкой *lex voluntatis*.

В монографии догматически охарактеризовано правовое регулирование Закона Украины «Про международное частное право» с точки зрения автономии воли, в том числе при помощи определения, как гипотезы, так и правового следствия соответствующей правовой нормы, построено типичную коллизионную норму *lex voluntatis*, которую конкретизировано формально к объёму и содержательно к привязке.

В работе критически оценены наиболее актуальные и нерешённые в европейской практике вопросы о возможностях выбора негосударственного регулирования, а также об определении молчаливого выбора права, при этом в первом случае сделан вывод о допустимости, а во втором – о признании такого выбора.

## PARTY AUTONOMY IN THE INTERNATIONAL PRIVATE LAW

### Summary

The monography represents complex investigation of an autonomy of will as conflict of law freedom on basis of principle of "a double confession" and the structural analysis of a problem. The dissertation contains the complex analysis of the doctrines of the party autonomy in the international private law, the attempt of the philosophy justification of the free choice of law in the international private law, the rather-legal analysis of the foreign and international legislation on an investigated question, the bases and the order of a choice of the right, a condition and limits of expressions of autonomy of will are considered.

The monography also contains the history of the principle of the autonomy of will in the international private law; the legal confession of the principle of the autonomy of will in the international private law; the ways of expression of a principle of an autonomy of will; gives the answer to a problem, about, when the choice of the applicable law can be made; the problem of choice of transnational law by the contragents of the external economic agreement are considered; an orb of application of a principle of an autonomy of will in the international private law, determination of a circle of the relations, for which the party can select the applicable law; the problem of a liguity of choice of law by the parties of agreements, the offers to the legislation of Ukraine also are introduced.

## CONTENTS

<b>PREFACE</b> .....	4
<b>INTRODUCTION</b> .....	6
<b>PART 1. Autonomy of will – the way of expression of a conflict of law freedom</b> .....	9
1.1. The main problem of the category autonomy of will: private autonomy – party autonomy .....	9
1.2. Scientific and legal substantiation of the free choice of law .....	36
1.2.1. The philosophy justification of the free choice of law in the international private law: the theory of “double confession” of will .....	36
1.2.2. The history of the theory of “double confession” of will .....	49
1.2.3. The comparative tendency of the universal confession of the party autonomy .....	63
1.2.4. The legal confession of the autonomy of will in the Ukrainian international private law (of the party autonomy) .....	81
<b>PART 2. The conditions, the ways and the limits of action (formal sphere of action) of the party autonomy as a conflict of law norm</b> .....	89
2.1. Autonomy of will as the conflict of law norm and their realization .....	89
2.2. The condition and the ways of application of the party autonomy. The validity of the free choice of law .....	103
2.3. The formal sphere of action of the party autonomy .....	125
2.3.1. The volume of realization of the party autonomy .....	125
2.3.2. The restriction of the statute of the party autonomy .....	137
<b>PART 3. The legal consequences of application (substantial sphere of action) of the conflict of law norm <i>Lex voluntatis</i></b> .....	144
3.1. The circle of the laws and orders, from which is possible a choice of law .....	144
3.2. The consequences of the territorial sphere of action of the conflict of law norm of autonomy of will .....	164
<b>CONCLUSIONS</b> .....	189
<b>BIBLIOGRAPHY</b> .....	193
<b>RESUME</b> .....	212
<b>SUMMARY</b> .....	214
<b>CONTENTS</b> .....	215

**Задорожна С.М.**

Автономія сторін в міжнародному приватному праві. – Чернівці: Технодрук, 2008. – 216 с. – (Укр. мова)

**Задорожная С.М.**

Автономия сторон в международном частном праве. – Черновцы: Технодрук, 2008. – 216 с. – (Укр. язык)

**Zadorozhna S.M.**

Party autonomy in the international private law: Monography. – Chernivtsi: Technodruk, 2008. – 216 p. – (Ukr.)

Наукове видання

**Задорожна Світлана Михайлівна**

**АВТОНОМІЯ СТОРІН  
У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

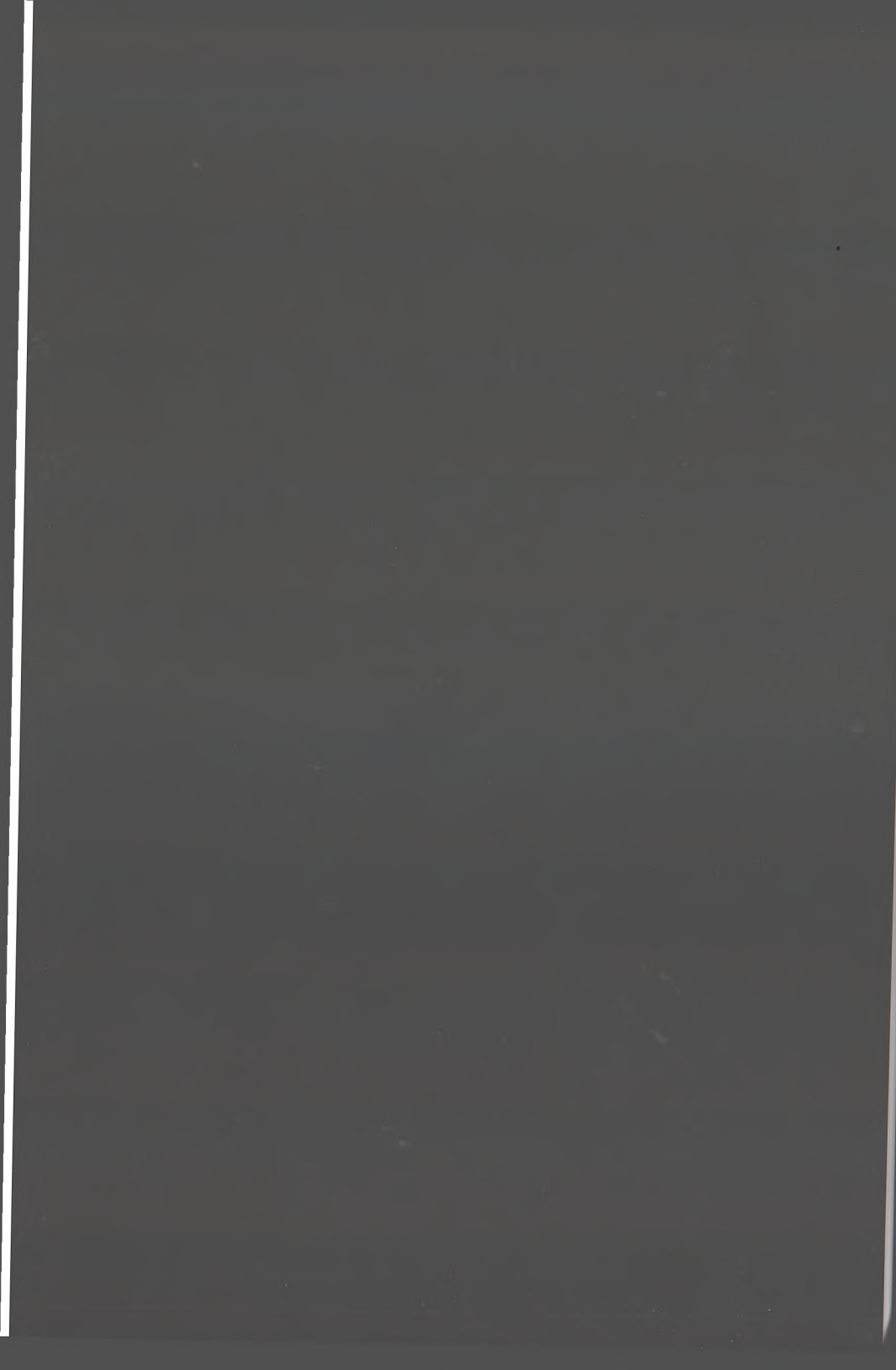
*Монографія*

Папір офсетний. Тираж 300 прим. Зам. 42.

ПВКФ „Технодрук”. 58000, м. Чернівці, вул. І.Франка, 20, к.18, тел.(0372)550585.

Свідцтво про внесення до державного реєстру суб'єктів видавничої справи

ДК №1841 від 10.06.2004 р.





**Задорожна Світлана Михайлівна**  
кандидат юридичних наук  
доцент кафедри міжнародного права  
Чернівецького національного університету  
імені Юрія Федьковича